Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2024 nº 12

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Procedimientos de impugnación judicial de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo
  José Luis Monereo Pérez
  Susana Rodríguez Escanciano
  Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales
  Miguel Ángel Almendros González
- El despido barato italiano: sobre la necesaria derogación del "Job's Act" y del "contratto di lavoro a tutele crescenti", diez años después de su introducción
  Stefano Bini
- La dependencia del sistema de empleo público español de las resoluciones del TJUE
  Jorge Baquero Aguilar
- El tiempo de apoyo al trabajo. Una actualización del concepto de tiempo de trabajo
  Diego Velasco Fernández
- La colaboración público-privada en las políticas de empleo en el País Vasco a la luz de la nueva Ley vasca de Empleo
  Irene Martínez Martínez

Estudios de Doctrina Judicial

- Primacía del convenio colectivo sectorial sobre los pactos individuales. Comentarios a la STS (Social, Casación de 20 de Marzo de 2024) Recurso de Casación 98/2022
  Arturo Acebal Martín
- El recurso a la neutralidad religiosa o cómo justificar la discriminación laboral de las minorías
  Andrea Garrido Raya
- ERTE por fuerza mayor derivado de un "ciberataque". Análisis de la STS 3452/2024
  Tamara Prieto Pérez

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- Huelgas sin preaviso. La última palabra sobre el tema de la Corte Suprema de los Estados Unidos

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

- La soberanía y las transformaciones del Estado y del Derecho: Leon Duguit y la realidad existencial del poder
  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
  Guillermo Rodríguez Iniesta

Laborum EDICIONES

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2024 nº 12

© 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**

PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO 13

José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. INTRODUCCIÓN: PODER Y SUBORDINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO 13
2. LOS DIVERSOS CAUCES DE IMPUGNACIÓN 15
3. ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: REFERENCIAS AL PLAZO DE CADUCIDAD 28
4. LA PROBLEMÁTICA DE ESTABLECER EL "***DIES A QUO***" A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL DE CONFLICTO COLECTIVO: LA EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN Y PARTICULARIDADES 31
5. BIBLIOGRAFÍA 37

ESTUDIOS DOCTRINALES **39**

DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN LAS RELACIONES LABORALES...41

Miguel Ángel Almendros González

1. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA 41
2. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO 49
3. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO 51
4. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGIBILIDAD DE AJUSTES RAZONABLES PARA EL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE POR SU CONDICIÓN DE SALUD.....53
5. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO 55
6. EPÍLOGO 65
7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 66

EL DESPIDO BARATO ITALIANO: SOBRE LA NECESARIA DEROGACIÓN DEL "JOB'S ACT" Y DEL "CONTRATTO DI LAVORO A TUTELE CRESCENTI", DIEZ AÑOS DESPUÉS DE SU INTRODUCCIÓN 69

Stefano Bini

1. INTRODUCCIÓN 70
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA BÁSICA EN MATERIA DE DESPIDOS 70
3. COORDENADAS CONCEPTUALES MÍNIMAS EN MATERIA DE DESPIDOS 73
4. UNA MIRADA DE CONJUNTO SOBRE LA ***RATIO*** DEL ***"JOB'S ACT"*** (LEY 183/2014 Y DECRETO LEGISLATIVO 23/2015), DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DESPIDOS EN GENERAL: ***EL "CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI"***.....74
5. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DESPIDOS ***"A TUTELE CRESCENTI"***: SOBRE EL PAULATINO DESMONTAJE DE UNA REFORMA EQUIVOCADA.....77
6. OBSERVACIONES CRÍTICAS, TAMBIÉN A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES DE JULIO DE 2024.....82
7. CONCLUSIONES 85
8. BIBLIOGRAFÍA 88

LA DEPENDENCIA DEL SISTEMA DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE 91
Jorge Baquero Aguilar
1. INTRODUCCIÓN 92
2. DEL LARGO RECORRIDO DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO: LA CONFLICTIVIDAD NO RESUELTA 92
3. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024 (SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS) 93
4. LA STJUE DE 13 DE JUNIO DE 2024: LA CONVERSIÓN ***CONTRA LEGEM*** DEL DERECHO NACIONAL 107
5. LA DEPENDENCIA DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE: ¿FALTA DE VOLUNTAD DEL LEGISLADOR? 110
6. CONCLUSIONES 112
7. BIBLIOGRAFÍA 113

EL TIEMPO DE APOYO AL TRABAJO. UNA ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO 115
Diego Velasco Fernández
1. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE DEFINIR EL TIEMPO DE TRABAJO 116
2. FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO 116
3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO 133
4. CONCLUSIONES 155
5. BIBLIOGRAFÍA 158

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN EL PAÍS VASCO A LA LUZ DE LA NUEVA LEY VASCA DE EMPLEO 167
Irene Martínez Martínez
1. EMPLEABILIDAD Y EMPLEO DIGNO COMO OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO 167
2. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN ESPAÑA 168
3. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY ESTATAL DE EMPLEO DE 2023 173
4. LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI EN MATERIA DE EMPLEO 178
5. LA LEY VASCA DE EMPLEO 180
6. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY VASCA DE EMPLEO 186
7. VALORACIONES FINALES 190
8. BIBLIOGRAFÍA 192
9. OTROS FONDOS DOCUMENTALES 192

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 195

PRIMACÍA DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL SOBRE LOS PACTOS INDIVIDUALES. COMENTARIOS A LA STS (SOCIAL, CASACIÓN DE 20 DE MARZO DE 2024) RECURSO DE CASACIÓN 98/2022 197
Arturo Acebal Martín
1. ANTECEDENTES 197
2. CUESTIÓN PLANTEADA 198
3. CRITERIO DEL TRIBUNAL 198
4. CONCLUSIONES 200

EL RECURSO A LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA O CÓMO JUSTIFICAR LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LAS MINORÍAS 203
Andrea Garrido Raya
1. UN BREVE REPASO EN TORNO A LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO 203
2. PAÑUELOS ISLÁMICOS Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA: LA PRIMACÍA DE LA NEUTRALIDAD SOBRE EL PLURALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 206
3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y NEUTRALIDAD ESTATAL: EL TJUE ABRE LA VÍA PARA JUSTIFICAR LA EXCLUSIÓN DE LAS TRABAJADORAS MUSULMANAS TAMBIÉN EN EL SECTOR PÚBLICO 210
4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: ¿HACIA UNA DEVALUACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA UE? 214
5. BIBLIOGRAFÍA 215

ERTE POR FUERZA MAYOR DERIVADO DE UN "CIBERATAQUE". ANÁLISIS DE LA STS 3452/2024 217
Tamara Prieto Pérez
1. ANTECEDENTES DE HECHO 217
2. POSICIONES DE LAS PARTES 220
3. EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO 220
4. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE FUERZA MAYOR 221
5. LA DILIGENCIA EMPRESARIAL FRENTE A LAS AMENAZAS CIBERNETICAS 224
6. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE DESEMPEÑAR LAS TAREAS LABORALES EN CONTEXTOS ALTAMENTE TECNIFICADOS 226
7. DOCTRINA FIJADA POR EL ALTO TRIBUNAL 227
8. LAGUNAS LEGALES: PROPUESTAS DE REGULACIÓN TRAS LAS ENSEÑANZAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 230
9. CONCLUSIONES 232
10. BIBLIOGRAFÍA 234

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 235

HUELGAS SIN PREAVISO. LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE EL TEMA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS 237
1. EL CASO ***GLACIER NORTHWEST, INC. V. INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF TEAMSTERS LOCAL UNION NO. 174*** (2023) 237
2. LA LICITUD DE LAS HUELGAS NO PREAVISADAS AL EMPRESARIO 238
3. EL DEBER DE LOS HUELGUISTAS DE PREVENIR LOS RIESGOS PARA LAS PERSONAS Y PARA EL PATRIMONIO EMPRESARIAL CAUSADOS POR HUELGAS NO PREAVISADAS 239
4. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PREVENIR LOS RIESGOS PARA LAS PERSONAS Y PARA EL PATRIMONIO EMPRESARIAL CAUSADOS POR HUELGAS NO PREAVISADAS 240
5. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO ***GLACIER NORTHWEST***, SEGÚN LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LA CORTE 241
6. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO ***GLACIER NORTHWEST***, SEGÚN LA OPINIÓN DISIDENTE FRENTE A LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LA CORTE 242
7. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO ***GLACIER NORTHWEST***, SEGÚN LAS OPINIONES CONCURRENTES CON LA MAYORITARIA DE LA CORTE 243
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA 244

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 245

LA SOBERANÍA Y LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO Y DEL DERECHO: LEON DUGUIT Y LA REALIDAD EXISTENCIAL DEL PODER 247
José Luis Monereo Pérez
1. LA TENSIÓN ENTRE SOBERANÍA Y LIBERTAD EN LA MODERNIDAD: DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA A LAS POSICIONES «REVISIONISTAS» Y «NEGATIVISTAS».....248
2. SOBERANÍA DEL ESTADO Y LIBERTAD EN LEÓN DUGUIT.....270
3. EN BUSCA DE LA SOBERANÍA: LA SOBERANÍA Y LA REALIDAD EXISTENCIAL DEL PODER POLÍTICO O «PODERES SOBERANOS».....283
4. SOBERANÍA Y COMPLEJIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO: ESTADOS «SOBERANOS» Y ORDEN GLOBAL.....285
5. OBRAS SELECCIONADAS Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO.....323

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 325

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS.....327
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 327
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA.....353
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS.....361
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 363

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 375

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO..377
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. ACTIVIDADES O TRABAJOS COMPATIBLES CON EL DISFRUTE DE PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ.....377
2. TRABAJOS IRRELEVANTES Y JUBILACIÓN. APLICACIÓN DE LA DT. 34 APARTADO 3.A) LGSS 380
3. CESE EN LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS.....381

Editorial

Laborum

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Procedimientos de impugnación judicial de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

Proceedings for legal challenges to substantial modifications of working conditions

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. «Procedimientos de impugnación judicial de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 13-37.

1. INTRODUCCIÓN: PODER Y SUBORDINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

> *"El Derecho es una técnica de regulación del poder social […] El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo […]. La nota característica de la relación de trabajo es que el trabajador individual se encuentra subordinado al poder del empresario, pero dicho poder es al propio tiempo un poder coordinado con el de las organizaciones laborales. La ordenación jurídica del trabajo resulta de la combinación de estos procesos de subordinación y coordinación […]"*
>
> Otto Kahn-Freund[1]

El instituto jurídico iuslaboral de la modificación sustancial de condiciones de trabajo constituye una excepción a regla normalizada de ejercicio del poder directivo del empleador. Una vez más lo que en técnica jurídico-civil aparece como excepcional y requiere por lo general el concurso de voluntades de ambas partes contractuales (pacto novatorio), aunque no descarta variaciones unilaterales (denuncia modificativa), en técnica jurídico-laboral, en la norma laboral ex art. 41 ET (disposición legal que

[1] Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* traducción y nota preliminar de Galiana Moreno, J.M., "In Memoriam", por Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J., edición al cuidado de Monereo Pérez, J.L., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019, pp. 48-58.

constituye el eje sobre el que pivota esta institución), aparece de un modo normalizado jurídicamente y con carácter unilateral, esto es, se autoriza al empresario a realizar dicha modificación sometiéndola, eso sí, a ciertas limitaciones causales y procedimentales. La modificación objetiva impuesta en última instancia *ex uno latere del empresario* aparece, pues, como una técnica central ("la medida estrella") de la llamada flexibilidad interna, que se considera una forma de sacrificio de condiciones de trabajo preferible al despido[2], operando con un carácter más "silencioso", pero de reclamo constante. De ahí que se vea por la doctrina judicial de forma positiva, en aras de la mejora de la productividad y competitividad empresarial y también como instrumento de mantenimiento del empleo (bien que a cambio de la asunción de sacrificios en las condiciones de trabajo que se venían disfrutando).

La modificación unilateral afecta a la relación vigente sin poner en riesgo su supervivencia, creando al mismo tiempo efectos conservadores y transformadores en la conformación de la relación jurídica y en la articulación de los intereses en conflicto presentes. Confiere al empleador la facultad de modificar unilateralmente los condiciones de la relación laboral (o de las relaciones laborales), afectando al ámbito jurídico relacional esencial/sustancial de la contraparte.

Por lo demás, la modificación sustancial constituye el paradigma de "*flexibilidad interna*" que comporta una decisión unilateral del empleador en última instancia. Constituye una manifestaciones excepcional del poder de dirección empresarial, enmarcado en el contexto de sus facultades de organización y gestión de la organización productiva, a la que se recurre como un mecanismo de adecuación empresarial a las cambiantes del sistema productivo y del entorno el que se mueven las empresas. Se trata de un supuesto singular de alteración sobrevenida de circunstancias cuya existencia acreditada por el empleador (que asumen la carga de la prueba) le autoriza a ejercitar, con efectos jurídicos directos, facultades directivas que van más allá del poder de dirección y organización *ordinario* atribuido ex art. 20 ("Dirección y control de la actividad laboral", en conexión necesaria con el art. 1.1 ET) del Estado de los Trabajadores (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), el cual es, ante todo, un poder de especificación de las obligaciones jurídicas que surgen de la prestación de servicios jurídico-laborales. El trabajador se compromete, bajo condiciones de dependencia o subordinación, a una puesta a disposición para trabajar en vista de un rendimiento y a cambio de una retribución (*in fine* artículos 1, 8.1, 20 y 26.1 del ET). La genérica "deuda de trabajo" se concretará, a lo largo de todo el arco temporal que dure la prestación, a través del ejercicio por el empresario —o por personas en quien delegue— de determinados instrumentos reconocidos para la «extracción de la utilidad» del trabajo —que es un factor de producción que requiere ser producido—, como es el poder de dirección del empresario (art. 20.1 ET; art. 38 CE). Esta institución se concreta en un conjunto unitario y objetivado de facultades jurídicas reconocidas al empresario para permitirle tanto una eficiente organización general de la empresa cuanto la ordenación de las prestaciones laborales, así como la corrección de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (derechos especiales de garantía).

Sin entrar aquí en la discusión sobre el fundamento del poder de dirección del empresario, hoy se acepta –en opinión predominante- la doble dimensión organizativo-institucional y contractual de este instrumento jurídico-económico. Lo que significa que la titularidad y ejercicio de tal poder se deriva de manera inmediata de la conclusión del contrato de trabajo, configurándose como concreción de la situación de sujeción a que queda sometido el trabajador, y de manera mediata de la

[2] Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M. Á. (Dirs): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, Ortega Lozano, P. G. y Marín Alonso, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, espec., pp. 1-31; Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. (Dirs.): *Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva,* López Insua, B.M. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social/Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2024, espec., pp. 17-23.

voluntad de la Ley. Ahora bien: la razón de ser de esta atribución legal se encuentra en la titularidad de la organización empresarial (el poder de dirección es inherente al trabajo organizado en la forma capitalista de empresa). El contrato aparece no sólo como una relación obligatoria sino también como una relación de poder —jurídico, pero también de poder económico y de poder social—. El ordenamiento jurídico regula igualmente los mecanismos para limitar la arbitrariedad y los posibles abusos que se produzcan en el ejercicio de esas facultades empresariales[3].

En efecto, conforme al art.41.1 ET "la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan *probadas* razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa"[4]. La singularidad técnico-jurídica y de política del Derecho de este instituto iuslaboral de modificación objetiva unilateral se acrecienta cuando se repara en el dato normativo que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el "*contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos* (apartado 2 del art. 41 ET). De este modo la facultades unilaterales inciden de manera sustancial en condiciones de trabajo reguladas en una multiplicad de fuentes y se legitiman en hechos sobrevenidos que alteran los equilibrios de intereses en juego. De este modo, queda afectada la distribución de los riesgos que se soportan en el marco de las relaciones de trabajo[5].

2. LOS DIVERSOS CAUCES DE IMPUGNACIÓN

La decisión modificativa es un acto jurídico *recepticio* que no necesita del consentimiento del trabajador para su efectividad, puesto que si lo necesitara no estaríamos ante una modificación sustancial del art. 41 ET, sino frente a una novación modificativa *ex* art. 1203 Código civil[6]. De aquí que una vez ha sido adoptada la decisión modificativa, ya sea acordada o decidida unilateralmente por el empresario y notificada debidamente al trabajador afectado, éste puede optar entre varias alternativas, teniendo en cuenta el carácter ejecutivo de la decisión modificativa, una vez transcurrido el plazo de preaviso de quince días con que se le comunicó el cambio de condiciones contractuales, por lo que debe desempeñar su prestación laboral en las nuevas condiciones una vez terminado ese plazo, siempre que no haya optado por alguna de las demás alternativas posibles, que son, además del aquietamiento, la impugnación de la modificación si considera que no se ajusta a las previsiones

[3] Monereo Pérez, J.L.: "Subordinación y "constitución del trabajo" en el tercer milenio", en Monereo Pérez, J.L., Perán Quesada, (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Santamaría, J.L. y Muros Polo, A. (Coords.), Granada, Comares, 2024, pp. 3-104.

[4] Dicho precepto señala, igualmente, "tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39". Indicando, también, como modificación sustancial la relativa a los traslados, aunque sometida a una regulación legal específica (apartado 7 del art. 41 ET: "En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el art. 40" ET).

[5] Monereo Pérez, J. L.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral", en Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M. Á. (Dirs): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, Ortega Lozano, P. G. y Marín Alonso, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 129 y ss.

[6] Monereo Pérez, J. L.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral", en Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Álmendros González, M. Á. (Dirs): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, Ortega Lozano, P. G. y Marín Alonso, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022, pp. 103-211; Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo,* Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 107 y ss.

normativas en el fondo o en la forma, para tratar de mantener las condiciones contractuales vigentes, por los diversos mecanismos procesales previstos en los arts. 138 y 153 LRJS y la extinción de la relación contractual, lo que puede llevar a cabo a través de dos vías alternativas, la del art. 41.3, segundo y la del art. 50.1.a), ambos del ET. El trabajador afectado por la modificación podrá hacer uso de cualquiera de estas posibilidades de actuación, sea la modificación individual o colectiva, haya sido decidida unilateralmente por el empresario o acordada con los representantes de los trabajadores y, por supuesto, si es producto de un procedimiento arbitral[7].

El aquietamiento consiste, simplemente, en que el trabajador no reacciona contra la modificación, la acepta pacíficamente, no hace nada y la asume, dando su conformidad de manera expresa o tácita y desempeñando su prestación desde ese momento de acuerdo a las nuevas condiciones de trabajo, debido, lo que es indiferente en términos legales, tanto al convencimiento de que no existen causas reales y suficiente de oposición, como a su decisión personal de no impugnar, aunque considere que la modificación es injusta o le perjudica. Es decir que no extingue el contrato ni lo impugna porque no tiene motivos o aun teniéndolos no quiere hacerlo. Evidentemente este aquietamiento sólo supone la aceptación individual de la modificación sin que implique limitación alguna de las facultades de impugnación de los representantes de los trabajadores.

Ahora bien, ante el silencio del art. 41.3 ET, la posibilidad de aquietamiento del trabajador se deduce fácilmente de la existencia de plazos para la extinción contractual o la impugnación de la modificación, puesto que su transcurso, sin que se haya ejercitado ninguna de esas dos opciones, permite presumir que el trabajador acepta pacífica y quietamente la modificación. De aquí que sean muchos los pronunciamientos judiciales que deducen el aquietamiento del trabajador por el transcurso de un período de tiempo más o menos largo: de varios meses[8], años[9] o un largo lapso de tiempo[10] e incluso se considera el aquietamiento a aquella modificación de la que no se llegó a instar la ejecución, aunque fue declarada por el juez como improcedente[11].

Si el trabajador no se muestra conforme con la modificación de sus condiciones de trabajo que se le ha notificado por el empresario puede reaccionar, de acuerdo al art. 41.3 ET, y con indiferencia de que la modificación tenga carácter individual o colectiva, impugnando ante la jurisdicción la modificación por no considerarla ajustada a derecho a través del procedimiento previsto en el art. 138 LRJS o extinguir su contrato de trabajo con indemnización, ya sea por la vía del 41.3 ET, segundo, o del art. 50.1 a) ET o, en última instancia, dimitir *ex* art. 49.1.d) ET sin derecho a indemnización

[7] *In extenso,* véase Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo,* Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 151 y ss., 223 y ss., 299 y ss., y 347 y ss. De obligada cita, Cruz Villalón, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, y Rivero Lamas, J.: *La novación del contrato de trabajo,* Barcelona, Bosch, 1963; Rivero Lamas, J.: "Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 100, núm. 1, 2000 (Ejemplar dedicado a "El Estatuto de los Trabajadores").

[8] La STSJ Aragón 15 de julio de 2000 [AS 2000\3550] refiere que "*no puede haber tal [la impugnación] cuando el trabajador se aquietó durante diez meses a sus nuevas funciones, tras ser elegido miembro del Comité de Empresa, desarrollando junto a su trabajo la actividad sindical consiguiente*". Igualmente, la STSJ Madrid, 24 de septiembre de 2002 [JUR 2002\282254] dice que "*no se comprende cómo no ejercitó acción alguna, hasta transcurridos seis meses, por ser indudable que se hubiese producido una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, al cambiar de forma importante su horario laboral, debiendo haber accionado, contra esa modificación esencial*".

[9] La STSJ Andalucía/Sevilla 25 de septiembre de 2002 [AS 2003\723] señala que los trabajadores "*no impugnaron esta decisión empresarial durante el año que estuvo vigente, con lo que se acredita un consentimiento tácito a la modificación del régimen de trabajo que les afectaba*".

[10] Así, la STSJ Comunidad Valenciana 28 de junio de 2001 [AS 2001\2054], dice que "*ha excedido en mucho al plazo legalmente establecido, del cual no puede afirmarse que ha existido suspensión alguna, ya que la situación, según el propio actor, ha venido siendo la misma sin solución de continuidad durante más de año y medio*".

[11] *Cfr*. la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 21 de enero de 2002 [AS 2002\1067].

alguna, sin olvidar las posibilidades de impugnación colectiva de la modificación a través del art. 153 LRJS, opciones todas que serán analizadas a continuación.

a) La impugnación de la modificación. Una de las opciones de que dispone el trabajador afectado por la modificación sustancial, de acuerdo con el art. 41.3, apartado tercero, ET, si no quiere aceptar sin más la modificación ni extinguir su contrato, es impugnar la medida modificativa ante la jurisdicción social competente para volver a las condiciones contractuales anteriores, lo que podrá hacer a través de varias modalidades procesales, en función de las circunstancias concretas que concurran en la modificación sustancial enjuiciada.

La primera posibilidad que tiene el trabajador es acudir a la modalidad del art. 138 LRJS, prevista para la impugnación individual de la movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales, con independencia de que la modificación sea de naturaleza individual o colectiva, aunque la impugnación sí habrá de ser individual, puesto que un trabajador, individualmente considerado, puede estar en desacuerdo con la modificación colectiva pactada entre sus representantes y la empresa, aunque ésta sea razonable, parezca seriamente argumentada y se haya seguido el procedimiento legalmente previsto para ello.

El art. 138.1 LRJS establece que "*el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores*". Cuestión problemática y en la que se pueden localizar sentencias contradictorias. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, en interpretación de este precepto, "*tras la entrada en vigor de la LRJS, el controvertido plazo de veinte días de caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del artículo 41 ET, por lo que resulta baladí cualquier argumentación sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, ya que, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, lo cierto es que la acción que se ejercitaba en la demanda había de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad*"[12]. Por tanto, la impugnación de la decisión empresarial por la modalidad procesal del art. 138 LRJS posee un plazo ineludible de caducidad de veinte días desde la fecha de su notificación a los trabajadores, aun cuando la empresa no hubiere cumplido los requisitos formales exigidos por el art. 41 ET.

La modalidad procesal del art. 138 LRJS (en referencia a la impugnación individual de la modificación sustancial de la condición de trabajo) se caracteriza, entre otras cosas, porque la sentencia está excluida del recurso de suplicación (arts. 138.6 y 191.2.e) LRJS). No obstante, la ley establece una excepción a la regla general de irrecurribilidad de la sentencia cuando se refiere a la modificación sustancial de condiciones que tenga "*carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41ET*". Esto supuso una novedad respecto de lo que cabía desprenderse del art. 138 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, "*pues allí la admisibilidad del recurso quedaba constreñida –por remisión al art. 189.1.b)– al planteamiento del conflicto colectivo*". Ahora, el precepto vigente vincula el no recurso, no a la naturaleza colectiva del litigio, sino a la decisión empresarial. Por tanto,

[12] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705], STS 18 de mayo de 2021 [RJ 2021\2489], STS 3 de abril de 2018 [RJ 2018\1746], STS 9 de junio de 2016 [RJ 2016\2918], STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900] y STS 20 de junio de 2023 [JUR 2023\273783].

"*siempre que ésta tenga carácter colectivo, cabrá acudir, en su caso, a la suplicación, tanto si la decisión se ataca por los trabajadores individualmente considerados, como si se combate por el cauce del conflicto colectivo por los sujetos legitimados a tal efecto*". En consecuencia, aun tratándose de una demanda individual, "*la sentencia que resuelve el litigio en instancia es susceptible de ser combatida vía recurso de suplicación si la modificación sustancial con las que se discrepa tenía carácter colectivo con arreglo a la definición que haga el art. 41ET (bien en atención a la fuente de la que surgía la condición, como sucedía en el texto legal vigente en el caso; bien según el número de trabajadores afectados, como resulta ahora tras la reforma de 2012)*"[13]. Aplicado en sentido contrario la doctrina jurisprudencial, no procede recurso de suplicación cuando estamos ante una modificación individual de las condiciones del contrato que ha sido impugnada en proceso individual[14].

Y recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo[15], en unificación de doctrina, estableciendo la no posibilidad de recurrir la sentencia de instancia dictada en un proceso sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a pesar de que la cuantía económica a reclamar sea superior a 3.000€ como consecuencia de los perjuicios que la decisión empresarial ha ocasionado (modificando así su anterior doctrina[16]). Ahora, para el Tribunal Supremo, "*no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT, aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000€ derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada. Así se desprende de una interpretación sistemática, teleológica y literal de los preceptos procesales en presencia (arts. 138.7; 191.2.e) y 191.2 LRJS) y de su entendimiento acorde con las garantías constitucionales (art. 24 CE)*". De este modo, "*modificamos la doctrina sentada por nuestras SSTS 210/2016 de 10 marzo (rcud. 1887/2014) y 831/2017 de 24 octubre (rcud. 3175/2015) y concordantes en cuanto permitían la suplicación atendiendo a la cuantía de los daños y perjuicios provocados por la decisión empresarial cuestionada*"[17].

Si el ámbito de afectación de la modificación sustancial supera lo individual y se hace colectivo, la modificación puede impugnarse por los representantes de los trabajadores, esta vez de manera colectiva, acudiendo al procedimiento previsto en el art. 153 y siguientes de la LRJS para los conflictos colectivos, mientras que si es el trabajador individual el que pretende impugnar la modificación colectiva deberá hacerlo a través de la modalidad del art. 138 LRJS. Esta duplicidad de vías procesales, que permite la coexistencia del ejercicio individual y colectivo de la impugnación de las modificaciones sustanciales, plantea bastantes problemas para una correcta articulación de ambos procedimientos, puesto que la sentencia del proceso colectivo va a condicionar la solución de los procesos individuales, que se ven suspendidos por la mera interposición del colectivo, por lo que analizaremos, más adelante, las consecuencias y efectos de esta interrelación.

Igualmente, debe acudirse al proceso especial de modificaciones sustanciales del art. 138 LRJS para la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, como señala el art. 184 LRJS, si el demandante, sea éste individual o colectivo, considera que se han lesionado sus derechos fundamentales y libertades públicas a través de la modificación sustancial impuesta, puesto que dice que cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas "*se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente*", después de mencionar expresamente la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

[13] STS 22 de enero de 2014 [RJ 2014\787]. En el mismo sentido, STS 26 de febrero de 2018 [RJ 2018\1253].
[14] STS 20 de julio de 2015 [RJ 2015\4149].
[15] STS 14 de septiembre de 2023 [JUR 2023\366427].
[16] Doctrina recogida en la STS 10 de marzo de 2016 [RJ 2016\1695] y STS 24 de octubre de 2017 [RJ 2017\4855].
[17] STS 14 de septiembre de 2023 [JUR 2023\366427].

Otra posibilidad es que se acuda a la modalidad de impugnación de convenios colectivos del arts. 163 y ss. LRJS, cuando las modificaciones sustanciales colectivas impuestas sean consecuencia de un laudo arbitral pactado con carácter previo en un convenio colectivo, de acuerdo con lo previsto en los arts. 85.1 y 91 ET, o se haya acordado expresamente para supuestos de solución extrajudicial de conflictos para la solución de las discrepancias en los periodos de consultas. Los legitimados en esta modalidad son, únicamente, la autoridad laboral, *ex* art. 163 LRJS, las representaciones colectivas si se trata de ilegalidad o los terceros perjudicados en caso de lesividad, de acuerdo con el art. 163 LJRS, sin que se admita la legitimación del trabajador individualmente afectado por el laudo, que tendrá que acudir para su impugnación al proceso del art. 138 LRJS.

Esta pluralidad de vías de impugnación y la diversidad de sujetos legitimados provoca una duplicidad de procesos que obliga al establecimiento de reglas de conexión entre las diversas vías procesales, cuando se han planteado coetáneamente, lo que se pone especialmente de relieve en la regulación de la relación entre el proceso individual del art. 138 y el conflicto colectivo del art. 153 LRJS, cuando se establece que el proceso individual se suspende hasta la resolución del conflicto colectivo de impugnación de la modificación sustancial, de acuerdo con los arts. 41.5.3 ET y 138.3 LRJS, suspensión que se mantiene hasta la firmeza de la sentencia colectiva. En cambio, si el planteamiento es sucesivo y se dispone de una sentencia firme, cuando se interpone el segundo procedimiento, ésta surtirá efectos de cosa juzgada, plena o parcial en función de las personas que integraron la relación procesal.

En el procedimiento de impugnación a través del art. 138 LRJS se produjo la única novedad procesal (de toda esta serie de reformas de 2010 y 2011). Es una modificación interesante que vino a clarificar y a poner orden en el modo en que los tribunales han ido interpretando el acceso al proceso de impugnación individual de las modificaciones sustanciales. En síntesis, la idea era la siguiente: las modificaciones sustanciales para ser reconocidas como tales a efectos legales y procesales deben seguir para su implementación los procedimientos previstos en el art. 41 ET tanto en el fondo como en la forma. En caso contrario no son en estricto sentido modificaciones sustanciales luego no se pueden impugnar por un procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales. Esto suponía, además, como ya se ha señalado, que por defectos formales la modificación podía ser calificada unas veces como improcedente y otras como nula, según el órgano judicial interviniente. Pero el efecto más importante de este modo interpretativo es que el plazo de caducidad de veinte días previsto para la impugnación se ampliaba hasta el de un año porque ya no había que impugnar por el procedimiento especial del art. 138 LRJS, sino por el procedimiento ordinario. Con un añadido, el proceso del art. 138 LRJS no admite recurso y el ordinario sí, cargándose la pretendida celeridad legal de la implementación de las modificaciones sustanciales y los repertorios jurisprudenciales son testigos con la innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores. En resumen: no existe modificación sustancial si no se implementa el cambio siguiendo exactamente los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y el proceso del art. 138 LRJS exige que exista modificación sustancial[18].

[18] Esta tesis se apoya en la doctrina de unificación sentada por la STS 18 de julio de 1997 [RJ 1997\6354], cuando afirmó que "*el proceso especial regulado en el artículo 138 de la LRJS tiene como presupuesto, en el caso que nos ocupa, la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art. 41 del Estatuto" de lo que concluye que "de los datos que obran en las presentes actuaciones se deduce que el comportamiento de la empresa no se ajusta a las prevenciones del artículo comentado, ni en consecuencia, se justifica el procedimiento especial del artículo 138 mencionado*". Esta doctrina ha sido mantenida, existiendo una consolidada doctrina de unificación en esta línea, como la mantenida por la STS 8 de abril de 1998 [RJ 1998\2693], STS 7 de abril de 1998 [RJ 1998\2690], STS 8 de abril de 1998 [RJ 1998\2693], STS 11 de mayo de 1999 [RJ 1999\4721] o STS 7 de abril de 2000 [RJ 2000\2690], cuando dice que "*no cabe hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla en el fondo*", puesto que la modificación se ha llevado a cabo sin respetar los requisitos exigidos por el art. 41 ET, de manera que "*el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley Procesal Laboral tiene*

Pues bien, la actual redacción que del art. 138 hace la LRJS pretende solventar el problema de los defectos formales y expresamente dice que "*el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores*". Este pronunciamiento parece dar por zanjada la discusión y encauzar la impugnación de todas las modificaciones individuales a través de la modalidad especial del art. 138 LRJS.

Pero el problema no está completamente resuelto, porque el párrafo siguiente del art. 138 LRJS continúa diciendo que "*la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes*". De este modo, lo que parecía una declaración de efectos generales en el sentido de que los defectos formales derivados de no seguir el procedimiento del art. 41 ET no exceptuaban su impugnación por el procedimiento especial en lugar del ordinario se ve invalidado en parte cuando se dice que el plazo de caducidad comenzará a correr a partir de la notificación escrita, sin perjuicio del plazo de prescripción de un año previsto en el 59.2 ET. En la práctica esto supone que el único defecto formal que sigue impidiendo el acceso al procedimiento especial es si la notificación no se hace por escrito. El que ésta se haga así es evidente, como ya hemos dicho, que da seguridad jurídica y permite conocer el alcance real de la modificación. Pero esto también se puede conseguir si la notificación al trabajador se hace de algún otro modo que pueda demostrarse, por ejemplo, mediante testigos de la comunicación directa al trabajador por la empresa, porque el 41.3 ET no exige más que la "notificación" y esta puede llevarse a cabo de diversos modos, aunque es cierto que lo aconsejable es hacerla escrita, hasta ahora lo pedía la doctrina y la jurisprudencia y desde ahora lo exige el art. 138 LRJS. Lo positivo es que éste señala que la notificación se debe hacer a los trabajadores o sus representantes, con lo que se debe tener por hecha en cualquiera de los destinatarios.

Todo esto supone que no se cierra por completo el acceso al procedimiento ordinario para la impugnación de una modificación sustancial. Esta situación se puede dar cuando se implementa la modificación y el trabajador toma conciencia del hecho, pero no se le ha notificado por escrito ni a él ni a sus representantes, se le haya comunicado la modificación, sus efectos y sus derechos con respecto a ella o no, porque lo decisorio es que se haya notificado por escrito o no. En este supuesto el trabajador dispone, al igual que hasta ahora interpretan los tribunales, del plazo de un año desde el inicio de la modificación y a través del proceso ordinario. En resumen que de los veinte días de plazo de caducidad y la imposibilidad de recurso dispone de un plazo de hasta un año, acceso al proceso ordinario y posibilidad de recurrir el fallo de instancia, porque en ninguna parte se dice que se tenga que acudir siempre que estemos ante una modificación sustancial al procedimiento especial previsto para su impugnación, como se debía haber hecho, aunque fuera dentro del plazo de prescripción de un año si la notificación no se hizo por escrito y consecuentemente se dificultaba conocer el *dies a quo* del plazo de caducidad de veinte días. Lo que se ha hecho pretendía unificar la impugnación de las modificaciones a través del art. 138 LRJS, pero no ha resuelto completamente el problema porque deja abierta la puerta al plazo de un año, al proceso ordinario y al recurso que la vía del art. 138 LRJS no permite y sigue dejando a la voluntad del trabajador acudir a un procedimiento u otro, lo que es un despropósito en términos jurídicos. O a lo mejor puede entenderse este planteamiento como una sanción encubierta o, lo que es más posible, como una deficiente técnica jurídica que deja abierto en parte el problema que pretende cerrar.

Dicho esto, se debe precisar que la modalidad procesal del art. 138 LRJS es la adecuada para la impugnación individual de las modificaciones sustanciales, con independencia de cuál sea la condición modificada, la concurrencia o no de perjuicios para el trabajador afectado, la naturaleza individual

como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET".

o colectiva de la modificación, la observancia o no de los requisitos formales y procedimentales del art. 41 ET y la existencia o no de acuerdo entre la empresa y los representantes para su adopción y con la pretensión de volver a las condiciones contractuales anteriores. El objeto de este proceso es, esencialmente, el análisis del fondo del problema, por tanto, se comprobará la justificación de la modificación y la conexión de razonabilidad, es decir, la relación existente entre la justificación causal de la modificación, su veracidad e intensidad, y la correlativa proporcionalidad de sus efectos modificativos, como ya se ha visto anteriormente. Pero, además de esta cuestión de fondo, también pueden y deben plantearse y analizarse otras cuestiones más formales, como el cumplimiento o no de todas las reglas previstas para el proceso de toma de decisión, individual o colectiva, es decir, las relativas al período de consulta-negociación, la existencia o no de notificación suficiente y respeto de plazo de preaviso y, finalmente, los criterios de selección utilizados para señalar los trabajadores afectados, independientemente de que su origen sea legal, convencional o contractual. En resumen, que el trabajador puede alegar para la impugnación de la modificación sustancial cualquier infracción normativa de los requisitos de forma y fondo que el empresario deba respetar para la válida adopción de la decisión modificativa. Desde esta perspectiva, el objeto natural del procedimiento del art. 138 LRJS se corresponde con el ámbito material de los arts. 40 y 41 ET.

Para el Tribunal Supremo, el art. 41.5 ET circunscribe la obligación empresarial de notificar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no solo a los trabajadores individuales, sino también a la representación legal de los trabajadores[19]. El art. 59.4 ET sujeta la impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a un plazo de caducidad y especifica que se computa "desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas". Esta norma no distingue en función de cómo haya finalizado el periodo de consultas, sino que establece una única fecha como inicial; sin previa notificación el plazo no comienza a discurrir. Por su parte, el art. 138.1 LRJS contiene un mandato claro sobre la cuestión: el plazo de caducidad no comenzará a computarse hasta que tenga lugar la notificación por escrito, de la empresa a sus trabajadores o representantes. Por tanto, aunque las normas sustantivas no reflejen esta obligación de manera nítida, incluso aunque se considere que la misma es ajena al periodo de consultas, lo cierto es que existe una norma con rango de ley específicamente dedicada a la fijación del *dies a quo*. La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. Es por ello que se exige la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. No constando ésta, "*se hace inexigible a la parte social una reacción constreñida al plazo de caducidad de los 20 días que, en todo caso, deberían iniciarse en el momento en que la empresa efectúe esa comunicación expresa y fehaciente*"[20].

En cuanto a la posibilidad de acumulación de acciones, ahora, el art. 26.1 LRJS lo prohíbe explícitamente y cambia el planteamiento existente que sí permitía hacerlo, aunque con el inconveniente de que las acciones acumuladas también sufrían la carencia de recurso de suplicación. En cuanto a la acumulación de procesos, los arts. 28, 29 y 30 LRJS pretenden posibilitar la acumulación de los autos que se tramiten en el mismo juzgado o en diferentes juzgados dentro de la misma circunscripción con la evidente y lógica finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre un mismo problema.

La sentencia declarará la modificación justificada si se han acreditado las razones invocadas por la empresa, se ha constatado la oportunidad de la modificación y la conexión de razonabilidad entre la razón invocada y la modificación adoptada y se ha seguido el procedimiento correcto. Frente a

[19] STS 16 de febrero de 2016 [RJ 2016\1206].
[20] STS 12 de enero de 2017 [RJ 2017\1097].

esta calificación al trabajador se le abre una doble opción: acatarla y asumir sus nuevas condiciones de trabajo o pedir la rescisión contractual por no estar de acuerdo con ellas, tal y como preceptúa el art. 41.3 ET, rescisión que será indemnizada si demuestra que le causa los perjuicios previstos o dimitir sin derecho alguno si no existen esos daños. Sobre esta cuestión del derecho a la rescisión contractual indemnizada y el perjuicio se volverá más adelante.

En caso contrario la modificación será injustificada, mientras que la nulidad, ahora, se reserva únicamente para cuando las modificaciones se hagan en fraude de ley, sean discriminatorias o violen derechos fundamentales del trabajador, como señalan los arts. 41.3.4 ET y 138.7.4 LRJS. Los efectos de ambas declaraciones son, en principio, la vuelta a la situación de origen. Sin embargo, existe una diferencia sustancial consistente en que la sentencia que declara la modificación injustificada no tiene por qué ejecutarse siempre en sus propios términos como sí sucede con la que declara la nulidad en la que es inexcusable. En ambos casos, además de la vuelta a las condiciones de partida, se puede condenar al empresario al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por haberse visto obligado el trabajador a trabajar en unas condiciones impuestas ilegalmente.

La ejecución de estas sentencias está recogida en el art. 138.7 y 8 LRJS. La ejecución de las sentencias de injustificación plantea múltiples cuestiones, centrándose el debate en conocer si estamos ante una hipótesis donde se asegura el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia, es decir la ejecución en sus propios términos, o si cabe su sustitución por una indemnización compensatoria en el caso de incumplimiento total o parcial de lo sentenciado. La cuestión surge de la redacción del propio art. 138 LRJS. La primera y clara opción legal se muestra en el 138.7 LRJS, cuando se dice que se reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo si la modificación resulta injustificada.

Esta fórmula, reiteración de la misma idea expresada también en los arts. 41.1 y 41.3 ET, puede hacer pensar, aunque no es el caso, que se ha optado clara y decididamente por un modelo de ejecución que garantice la reposición del trabajador en sus condiciones originales de trabajo, que, por otra parte, debiera ser el objetivo de un proceso que se ha iniciado por el trabajador desechando la otra alternativa de que disponía, que era la extinción contractual, lo que conduce a pensar que la reposición en las condiciones anteriores sería la consecuencia más lógica y justa del proceso judicial de impugnación emprendido. Sin embargo, si a continuación se lee el art. 138.8 LRJS se comprueba que si el empresario se niega a reponer al trabajador en sus condiciones originales se le concede a éste la posibilidad de optar entre la ejecución del fallo en sus propios términos o la extinción indemnizada, remitiéndose a los arts. 50.1.c) ET y 279, 280 y 281 LRJS, todos referidos a la extinción contractual.

Esta regulación evidencia que la inicial reposición del trabajador, *ex* 138.7 LRJS, se puede transformar, sin duda alguna, en una deuda pecuniaria[21], máxime si tenemos en cuenta que el art. 138.9 LRJS matiza que la sentencia se ejecutará en sus propios términos sólo si se declara la nulidad de la decisión modificativa empresarial, aunque algún pronunciamiento discrepe de esta posición[22]. Esta realidad supone que, aunque en teoría se mantiene el derecho del trabajador a pedir que se cumpla en sus términos el sentido del fallo, en la práctica la actitud empresarial contraria fuerce al trabajador a elegir la alternativa extintiva. Por eso, se puede decir, con razón, que el verdadero objeto del derecho

[21] Véase, por ejemplo, la STSJ Cataluña 26 de mayo de 2004 [AS 2004\2158], señalando que el 138.6 y 7 LPL, al igual que sucede con el despido, dispone que la modificación nula se ejecute "*en especie, admitiendo "a sensu contrario", que en el caso de modificaciones declaradas simplemente injustificadas la obligación de deshacer lo indebidamente hecho pueda ser sustituida por su equivalente pecuniario y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios cuando lo indebidamente hecho en este caso es no proceder a reintegrar la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciese de modo irregular*".

[22] STS 21 de noviembre de 2005 [RJ 2006/6856], STSJ País Vasco 22 de octubre de 2004 [JUR 17529] y STSJ País Vasco 23 de septiembre de 2003 [AS 2003\3545].

de ejecución a instancias del trabajador, en paralelo con la regulación de los casos de despido, no es otro que la extinción indemnizada, en lugar de la restitución a las condiciones originales, aunque aquí el empresario opta de forma tácita al no reintegrar al trabajador a sus condiciones[23].

Este modo de ejecutar la sentencia que declara injustificada la decisión modificativa es legalmente posible, porque junto al derecho constitucional a una tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que aboga por el criterio general de ejecución específica en los propios términos de la sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite, con carácter subsidiario, la posibilidad de conversión del objeto de la condena más allá de los supuestos de estricta imposibilidad, como medio de hacer efectiva la tutela judicial, admitiendo, en consecuencia, que el legislador puede establecer la solución que considere más conveniente para resolver los conflictos, lo que implica la plena validez de la opción del art. 138.8 LRJS por la transformación de la obligación de vuelta a las condiciones de origen por su equivalente[24], lo que sitúa esta alternativa más allá de la voluntad del juez o de las partes, porque lo que realmente se pretende es garantizar la efectividad de la resolución judicial y que ésta no resulte inútil o sin consecuencia para la satisfacción del interés del trabajador y esta efectividad es posible tanto ejecutando en los propios términos como por su equivalente, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional[25].

Ahora bien, una vez aceptada la equivalencia de ejecuciones, falta establecer a través de qué vía procesal se debe tramitar, porque el art. 138.8 LRJS remite al trabajador para la extinción de su contrato al art. 50.1.c) ET, que señala, como justa causa para que se pueda solicitar la extinción contractual, el rechazo del empresario a reponerlo en sus condiciones de trabajo tras la declaración de injustificada de una modificación sustancial. La consecuencia de esta remisión es la duda de por qué procedimiento ha de tramitarse esa extinción, si por el proceso ordinario o instando un incidente de no readmisión dentro de los trámites de la ejecución de sentencia por los arts. 279, 280 y 281 LRJS, a los que también se remite el art. 138.8. Obviamente, a través del trámite de la ejecución de sentencia, como señala el 138.8 LRJS, puesto que la opción del art. 50.1.c) obligaría a iniciar un nuevo procedimiento, esta vez ordinario, únicamente para hacer efectivo lo ya declarado en la sentencia del proceso de impugnación, aunque la jurisprudencia las admite y considera como alternativas a elección del trabajador[26]. Hay que tener en cuenta que el auto dictado en el incidente de ejecución no puede ser recurrido al no caber recurso alguno contra la sentencia que ejecuta y la literalidad del art. 191.2 LRJS no admite la suplicación contra el auto resolutorio de estos incidentes de ejecución. La única excepción posible sería si el auto entra a resolver cuestiones que excedan el ámbito estricto de la ejecución y pasa a decidir cuestiones propias de un proceso declarativo, aunque no cabe olvidar la exclusión absoluta de recurso que se deriva del art. 189.2 LRJS[27].

En consecuencia, en el procedimiento del art. 138.8 LRJS, el trabajador tendrá derecho a solicitar la ejecución del fallo que condena al empresario, pero la ejecución que normalmente va a conseguir no será en sus propios términos, sino la sustitutiva del incidente de no readmisión, que

[23] Mantiene una posición contraria, por ejemplo, la STSJ Cataluña 26 de mayo de 2004 [AS 2004\2158], afirmando que debe primar "*el deber de reintegro del trabajador en las condiciones de trabajo alteradas por tal decisión*".

[24] Esta posibilidad se apoya en la doctrina de la STC 26 de julio de 1983 [RTC1983\69] y STC 23 de abril de 1993 [RTC 1992\61].

[25] Véase la STC 29 de junio de 1983 [RTC 1983\58].

[26] Véase, por ejemplo, la STSJ Castilla y León/Valladolid 26 de julio de 2005 [AS 2005\2069], afirmando que "*la resolución contractual indemnizada que se decretó por la sentencia de instancia había sido reivindicada por la trabajadora por la vía alternativa a ese fin contemplada en el artículo 50.1.c) del Estatuto, vía que transita en forma paralela a la prevista en el ya citado art. 138.6 de la Ley de Procedimiento Laboral y que no se encuentra de ninguna manera excluida por esta última*".

[27] En esta lógica, la STS 21 de noviembre de 2005 [RJ 2006/6856] y STS 6 octubre de 2005 [RJ 2005/7182]. Se trata de una norma de indubitada constitucionalidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional en el ATC 5 de octubre de 1993 [RTC 301/1993].

extingue la relación contractual con el pago de la indemnización del despido improcedente, porque el que tiene la facultad de elegir entre esas dos opciones no es el trabajador, sino el empresario, al que no se puede imponer la ejecución en los propios términos incluidos en la sentencia, al contrario de lo que sucede con la ejecución de las sentencias de nulidad, en que prima la voluntad del trabajador si este decide pedir la ejecución en los propios términos de la sentencia, como se desprende del art. 138.9 LRJS salvo que voluntariamente opte por la pecuniaria[28].

b) El procedimiento de conflicto colectivo. Además de la posibilidad de impugnación individual de las modificaciones sustanciales por medio del procedimiento del art. 138 LRJS, que acabamos de ver, la norma legal posibilita también que los representantes de los trabajadores puedan reaccionar frente a esas modificaciones sustanciales a través, esencialmente, de dos mecanismos impugnatorios, aplicables en función de las características concretas de la modificación que se pretende impugnar. Estos procedimientos son la modalidad procedimental de conflictos colectivos regulada en los arts. 153 y siguientes LRJS y el proceso especial de tutela de derechos fundamentales de los arts. 177 y siguientes LRJS, siempre que la modificación impugnada tenga carácter colectivo, aunque existe una tercera posibilidad, de ámbito más reducido, que es el procedimiento de impugnación de convenios colectivos regulado en los arts. 163 y siguientes LRJS.

El procedimiento de conflicto colectivo del art. 153 LRJS es el único previsto legalmente para la impugnación de cualquier tipo de modificación de carácter colectivo, con independencia de la fuente originaria de la condición y si afecta a uno o muchos trabajadores, puesto que lo importante es el carácter colectivo de la condición modificada y la persecución del interés general de los trabajadores como integrantes del grupo, no como mera agregación de los mismos individualmente considerados[29].

De aquí que se puedan impugnar, a través del art. 153 LRJS por los sujetos colectivos legitimados, modificaciones tanto individuales como colectivas, puesto que éstas pueden afectar al derecho a impedir o negociar la modificación, pero también a los derechos e intereses generales de un grupo homogéneo de trabajadores[30], es decir, que aquí cabe tanto la reacción contra la inaplicación de un convenio colectivo estatutario modificado sin acuerdo, como contra la supresión de una condición más beneficiosa disfrutada, con carácter general, por toda la plantilla. Esto supone que la vía idónea para reclamar contra las modificaciones plurales realizadas en fraude de ley sería ésta, puesto que debía haberse empleado el procedimiento colectivo para su modificación y no el individual fraudulento[31]. Otra cuestión es que también pueda plantearse esta impugnación por la vía del art. 138 LRJS cuando el accionante sea el trabajador individualmente afectado, mientras que por el art. 153 quién impugna son los representantes, al considerar burlado el procedimiento colectivo y, por tanto, su libertad sindical por el uso fraudulento de las modificaciones individuales.

Están legitimados, *ex* art. 154 a) y b) LRJS, los sindicatos y asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación sea igual o más amplio que el del conflicto y, *ex* art. 154.c) LRJS, para la

[28] La STSJ Castilla y León/Valladolid 26 de julio de 2005 [AS 2005\2069], razona que el incremento de la cuantía indemnizatoria responde a un doble incumplimiento del empresario: "*la preterición del derecho del productor a ser restablecido en sus anteriores condiciones de trabajo, o a retornar a su anterior residencia, así como el atinente a la satisfacción del mandato contenido en la sentencia judicial*".

[29] Resaltan esta idea, entre otras muchas, la STSJ Murcia 8 de abril de 2002 [AS 2002\1626], STSJ Castilla y León/León 13 de febrero de 2003 [AS 2003\49] y STSJ Cataluña 9 de febrero de 2006 [JUR 2006\208173].

[30] Véase, por todas, la STSJ Cataluña 9 de febrero de 2006 [JUR 2006\208173] y STSJ Murcia 8 de abril de 2002 [AS 2002\1626], donde se afirma que se tramitarán por el 151 y ss., "*las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo; cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa*".

[31] Aunque la STS 28 de febrero de 2007 [RJ 2007\3388], redactada al dictado de la STC 26 de septiembre de 2005 [RTC 2005\238], argumenta que sólo es obligada esta opción para las condiciones de origen convencional, excluyendo las demás.

interposición del procedimiento de conflicto colectivo a nivel de empresa o inferior "*los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores*", que pueden actuar directamente, interponiendo por sí mismos la impugnación, o indirectamente, acudiendo a la posibilidad del art. 158 LRJS, que consiste en comunicar la situación a la autoridad laboral para que ésta inicie el correspondiente proceso comunicando al juez la situación, comunicación que equivale a la presentación de la demanda. Sin embargo, deben quedar excluidos de esta legitimación activa los representantes de los trabajadores que acordaron con el empresario la modificación que se impugna, puesto que no es lógico que quienes dieron su consentimiento a la modificación, inmediatamente después traten de impugnarla. De aquí que sólo esté legitimada la representación que no negoció con el empresario o aquellos que no han prestado su consentimiento al acuerdo modificativo o, si lo dieron, éste ha sido invalidado por dolo, coacción o abuso de derecho, o cuando las modificaciones realmente implementadas no se corresponden con las acordadas. En cambio, lo que sí ostentan aquellos representantes que aprobaron el acuerdo impugnado es la legitimación pasiva, puesto que deberán ser demandados junto con el empresario, dándose lugar a una situación de litisconsorcio pasivo necesario, similar al del art. 138.2 LRJS para las impugnaciones individuales contra las modificaciones sustanciales derivadas de un acuerdo colectivo. Igualmente, los sindicatos más representativos, *ex* art. 155 LRJS, podrán personarse como partes en el proceso, a cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación sea igual o superior al del conflicto. Para el Tribunal Supremo, la posible legitimidad "*no viene determinada por su cualidad de representante legal de los trabajadores, sino por su condición de miembros de Comisión Negociadora "ad hoc" en los ERE, ERTE y MSCT a los que puso fin el acuerdo que se impugna*"[32].

Igualmente, el Tribunal Supremo, sustentándose en sentencias en las que ha reconocido la legitimación activa a la comisión "*ad hoc*" para interponer la demanda de despido colectivo[33], reconoce también misma legitimación en caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo[34]. La razón de ello es porque "negarles legitimación a las comisiones ad hoc impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical. Ello implicaría, no solo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión ad hoc, la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer"[35]. En la presente litis, la mercantil no comunicó a los representantes de los trabajadores el inicio del periodo de consultas regulado en el art. 41.4 ET. Sin embargo, la empresa "sí que mantuvo reuniones con los representantes de los trabajadores en el seno de la comisión negociadora". Habida cuenta de las circunstancias concurrentes, "si la empresa negoció en el seno de la comisión negociadora con los cinco representantes de los trabajadores cómo aplicar la sentencia del TS 64/2019 en relación con el abono de los incentivos del personal de la fundación, sin llegar a un acuerdo, y posteriormente la empresa decidió cambiar el sistema de abono de los incentivos; no puede negarse legitimación activa a la citada representación de los trabajadores para impugnar dicha decisión empresarial en el presente procedimiento colectivo". No se trata, en el presente caso, de una impugnación a título individual, sino que la representación de los trabajadores en la comisión negociadora "*acordó interponer la presente demanda de conflicto colectivo*". A la vista de las circunstancias concurrentes debe concluirse que la representación de los trabajadores

[32] STS 16 de febrero de 2016 [RJ 2016\1867].
[33] STS 18 de marzo de 2014 [RJ 2014\1828] y STS 18 de mayo de 2022 [RJ 2022\3011].
[34] STS 27 de marzo de 2023 [RJ 2023\2180].
[35] STS 18 de marzo de 2014 [RJ 2014\1828].

que negoció con la empresa cómo interpretar y aplicar una sentencia[36], "*ante la falta de acuerdo, está legitimada para impugnar judicialmente la decisión empresarial que modificó el abono de los incentivos*"[37].

El plazo previsto para el ejercicio de la acción es el de veinte días ya señalado para la impugnación individual, puesto que la norma, en el art. 59.4 ET, cuando señala el plazo de veinte días para la impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo no hace distingo alguno entre acciones individuales o colectivas, como han venido confirmando mayoritariamente los pronunciamientos judiciales[38]. Se ha planteado que esta caducidad de la acción sólo puede ser alegada frente a aquellos a los que se notificó la modificación, con la consecuencia de que la caducidad para aquellos representantes que no participaron en la negociación, si no se les notificó el acuerdo y la decisión modificativa, no puede iniciarse, puesto que el art. 59.4 ET se refiere expresamente a que el plazo se computará desde "la notificación".

Debe tenerse en cuenta que también puede, *ex* art. 158 LRJS, iniciarse este procedimiento mediante comunicación de la autoridad laboral a instancia de las representaciones legitimadas, lo que plantea la cuestión de si el "*dies a quo*" del plazo de caducidad sigue o no siendo el de la notificación a los afectados, porque si es así y se solicita a la autoridad laboral que lleve a cabo la impugnación, por la lógica demora causada por la simple, e incluso rápida, tramitación burocrática de la comunicación al juzgado, en la mayoría de los supuestos, cuando ésta llegue habrá trascurrido el plazo de caducidad. Para evitar este inconveniente, la jurisprudencia ha interpretado que es suficiente que la presentación del escrito inicial, ante la administración laboral, se haga dentro del plazo de veinte días para no tener por caducada la acción[39]. Igualmente resulta aplicable a este procedimiento de conflicto colectivo todo lo dicho, a propósito del procedimiento del art. 138 LRJS, acerca de la aplicabilidad del plazo de caducidad de veinte días para cuando no se ha respetado el procedimiento previsto.

En cambio, la sentencia, que debe calificar la modificación como justificada, injustificada o nula, sí que nos plantea dos cuestiones importantes: una, el alcance de lo sentenciado sobre los procedimientos individuales y, otra, si la ejecución de la sentencia colectiva se llevará a cabo por sí o a través de las sentencias individuales. En cualquier caso, la sentencia será ejecutiva desde que se dicte y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse con idéntico objeto. De aquí que, aunque se permite la impugnación individual independientemente de la colectiva, se indica que la impugnación colectiva a través del art. 153 LRJS paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas y no resueltas hasta que la sentencia colectiva sea firme[40]. Este efecto de la sentencia colectiva sobre los procedimientos individuales plantea problemas de coordinación, tanto en relación con el ejercicio de ambas acciones como en relación con la ejecución, que nos obligarán a detenernos en la consideración de su problemática.

[36] STS 29 de enero de 2019 [RJ 2019\794].

[37] STS 27 de marzo de 2023 [RJ 2023\2180].

[38] Entre los pronunciamientos judiciales puede señalarse, entre otros, la STS 5 de diciembre de 2002 [RJ 2003\1944] y STS 9 de abril de 2001 [RJ2001\5112], que estiman caducada la acción "*en aplicación de lo dispuesto en el art. 59.4 del ET*".

[39] Véase la STS 5 de diciembre de 2002 [RJ 2003\1944] señalando que "*la interpretación conjunta y armónica de lo previsto en los artículos 41.4 y 59.4 ET con lo establecido en el art. 156 LRJS y los artículos 21 y ss. del Real Decreto-ley 17/1977 conduce a entender que la presentación del escrito inicial del conflicto ante la Autoridad Laboral juega como "dies ad quem" de la caducidad*".

[40] Véase, por todas, STS 13 de junio de 2001 [RJ 2001\6296], señalando claramente que el plazo de prescripción se reanudará a partir de la firmeza de la sentencia resolutoria del conflicto colectivo, doctrina seguida, entre otras, por la STSJ Murcia 29 de mayo de 2006 [JUR 2006 \198525], STSJ Murcia 6 febrero de 2006 [JUR 2006 \78342], STSJ Murcia 9 de enero de 2006 [JUR 2006\79334], entre otras más, al igual que la STSJ Castilla y León/Burgos 16 de septiembre de 2004 [AS 2004\168] y STSJ Castilla y León/Burgos 29 de julio de 2004 [AS 2004\2075].

De la normativa reguladora resulta evidente que la concurrencia del ejercicio individual y colectivo de la impugnación se resuelve a favor de la impugnación colectiva, cuya interposición paralizará la tramitación de las acciones individuales ya iniciadas o, si es el conflicto colectivo el primero en plantearse, las demandas individuales se admitirán para quedar en suspenso hasta su resolución, si se presentan, puesto que aplicando la doctrina jurisprudencial reciente no es necesario hacerlo[41], aunque la doctrina tradicionalmente ha defendido la obligación de hacerlo dentro del plazo del art. 59.4 ET y art. 138.1 LRJS, para que la acción no se vea irremediablemente abocada a la caducidad, si bien tampoco se puede impedir la presentación, sea esta anterior o posterior a la interposición del conflicto colectivo. Es decir, que la presentación de la demanda de conflicto colectivo, puesto que a la conciliación administrativa no se le atribuye efecto alguno en este sentido, suspende el proceso individual hasta su resolución, como dice el art. 138.4 LRJS, usando una expresión absolutamente criticable por su indefinición, sobre todo si tenemos en cuenta que la finalidad última de esta subordinación del conflicto individual al colectivo es anular la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias con respecto a un mismo trabajador y empresario. Evidentemente, durante esta suspensión de la impugnación individual, el trabajador debe acatar la orden modificativa que, como se ha dicho, es ejecutiva desde que se dicta, salvo que recurra al *ius resistentiae*, con adversas consecuencias para él si la modificación es convalidada, o pedir *ex* art. 50.1.a) ET la resolución contractual, lo que puede parecer excesivo en este momento procesal.

De acuerdo con este planteamiento, una vez la sentencia gane firmeza, se levantará la suspensión y se continuará la tramitación individual, aunque sin que pueda desconocerse el contenido de la sentencia colectiva, pudiéndose, eso sí, resolverse cuestiones no planteadas ni resueltas en aquella. Esta subordinación de la impugnación individual a la colectiva es el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 160.5 LRJS, cuando establece que "*la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél*". En esta lógica, la sentencia colectiva tendrá el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada o, dicho de otra manera, dispondrá de una prejudicialidad normativa, obligando al juez a fallar en idéntico sentido al fallo anterior, puesto que la cosa juzgada es una excepción perentoria con un efecto negativo, consistente en impedir al segundo juez conocer de lo ya conocido por otro, y un efecto positivo o prejudicial que no prohíbe que se dicte sentencia en el segundo juicio, sino que obliga tan sólo a que en esa segunda sentencia se sigan y apliquen los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior[42], que aunque hayan condicionado el fallo, no se han incorporado a éste, aunque sí actúan como sus determinantes lógicos[43] y como tales han de ser asumidos por el segundo juez, para el que la sentencia primera tiene valor de cosa juzgada en sentido positivo que debe ser apreciada de oficio y, por tanto, no tiene que ser excepcionado[44], aunque en la práctica las dificultades materiales de conocimiento por el juez de anteriores sentencias aconsejen su alegación, incluso en aquellos supuestos en que sea el mismo juez el que conozca de ambos procedimientos.

Una vez dictada la sentencia de conflicto colectivo, la reanudación del proceso individual en suspenso no deja de suscitar problemas relacionados con el contenido del fallo de aquella, puesto que estas sentencias, aunque son ejecutivas desde el momento en que se dictan y surten efectos de cosa

[41] Así, por ejemplo, STS 29 de abril de 2002 [RJ 2002\5685], STS 24 de noviembre de 2004 [RJ 2002\7957] y STS 18 de octubre de 2006 [RJ 2006\8849]. Igualmente, la STSJ Castilla y León/Valladolid de 9 de diciembre de 2004 [JUR 2004\14735], STSJ Cataluña de 3 de febrero de 2005 [AS 2021\567] y STSJ Castilla-La Mancha 30 de mayo de 2006 [AS 2021\2055].

[42] STS 13 de octubre de 2000 [RJ 2000\9650], STS 14 de octubre de 1999 [RJ 1999\9411] y STS 23 de octubre de 1995 [RJ 1995\7867].

[43] STS 17 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10521] y STSJ País Vasco 18 de febrero de 2003 [AS 2003\1775], entre otras.

[44] STS 17 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10521] y STS 29 de mayo de 1995 [RJ 1995\4455].

juzgada *ex* art. 160.4 LRJS, dado que su naturaleza es esencialmente declarativa, tradicionalmente se ha exigido para la efectividad de su pronunciamiento un título que confiera ejecutividad a las peticiones de los individuos que conforman el colectivo, es decir, que cada componente del grupo obtenga, a su vez, una sentencia, ahora de condena, que sí tiene carácter ejecutivo, de manera que serán las sentencias individuales las que se constituirán en título ejecutivo y no la colectiva, salvo casos excepcionales. Sin embargo, este planteamiento se rompe con el art. 160.3 LRJS que ordena que la sentencia, si es de condena y estima una pretensión "*susceptible de ejecución individual*", deberá contener la concreción de los datos, características y requisitos necesarios para una posterior individualización de los afectados y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado, señalando, además, que la sentencia debe contener la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a los que hayan sido partes en el proceso. De este modo, la nueva regulación convierte en normal lo que antes era excepcional y así bastantes sentencias colectivas pasan a tener efectos ejecutivos directos en los individuos del colectivo, que no se deben ver obligados a la interposición o continuación, en su caso, del procedimiento del art. 138 LRJS para ejecutar lo dispuesto en la sentencia colectiva, sino que debiera bastar acudir al incidente de ejecución de la sentencia colectiva para así ver satisfecha su pretensión, concretando el "*petitum*", si no se ha especificado con anterioridad, en el momento de la ejecución.

En cambio, si la sentencia no es "*susceptible de ejecución individual*", la sentencia declarativa deberá ser ejecutada, como hasta ahora se venía considerando normal, a través de los correspondientes procesos individuales, que si no estaban en suspenso pueden interponerse ahora en un nuevo plazo de caducidad que se abre a partir de la fecha de la sentencia de conflicto colectivo.

3. ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA: REFERENCIAS AL PLAZO DE CADUCIDAD

A modo general, como ya hemos referenciado, dentro de la impugnación de las medidas de flexibilidad interna es conveniente diferenciar la impugnación individual de la impugnación del proceso de conflicto colectivo. El capítulo V de la LRJS, se refiere a la impugnación individual de medidas que tengan que ver con los motivos atinentes a las "*vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente*". Capítulo que, a su vez, queda dividido en varias secciones, siendo la que nos interesa la sección 4.º referida a la "*movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, trabajo a distancia, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*" y, concretamente, el art. 138 LRJS. Por el otro lado, es el capítulo VII de la LRJS, arts. 154 y siguientes, el referido a la impugnación "del proceso de conflictos colectivos", debiéndose tener en cuenta la especialidad referida en el capítulo IV "*de la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción*", y, concretamente, la sección 2.º del mismo respecto a los "*despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*". Al respecto, si la decisión empresarial que implique una modificación sustancial de condiciones de trabajo supera los umbrales numéricos, "*pueden concurrir dos vías procesales: la emprendida por los representantes de los trabajadores interponiendo demanda de conflicto colectivo; la emprendida por el trabajador afectado individualmente impugnando la decisión empresarial por el cauce del art.138 LRJS. Ambas vías están sometidas al plazo de caducidad de 20 días desde la notificación de la decisión empresarial. Como consecuencia de la potestad originaria del empresario para modificar determinadas condiciones contractuales, cuando concurran causas de justificación, la acción de impugnación de la orden empresarial se somete a un*

plazo terminal de 20 días hábiles para su ejercicio. De modo que, si cumplido éste no se acude a la jurisdicción, la medida adoptada deviene inatacable"[45].

La modalidad establecida en el art. 138 LRJS es el cauce principal con el que acometer la impugnación individual de las medidas de flexibilidad interna empresarial adoptadas por el empresario[46]. En efecto, el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Esta afirmación implica que, efectivamente, la decisión empresarial es título ejecutivo –sin perjuicio de las posibles impugnaciones por el trabajador o trabajadores afectados–.

En lo que respecta al plazo de caducidad para la interposición de la acción, al igual que en muchos otros procedimientos de impugnación –como el del despido–, la demanda frente a la medida de flexibilidad interna individual deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes. A tal efecto debe tenerse en cuenta el contenido del art. 59.4 ET remitiéndose, a su vez, al apartado 3 del mismo precepto cuando indica que "*lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas*". En efecto, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. Lógicamente, el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente (art. 59.3 ET).

Ante las dudas interpretativas jurisprudenciales en referencia al plazo de caducidad estipulado para la medida de flexibilidad interna, el Tribunal Supremo ha confirmado que "*tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, el controvertido plazo de 20 días caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del art. 41 ET. Por consiguiente resulta baladí cualquier argumentación sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, ya que, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, lo cierto es que la acción que se ejercitaba en la demanda había de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad*"[47]. En defensa de la fijación del plazo perentorio, el mismo constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello, "*de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción*"[48].

A mayor abundamiento, tanto la regulación legal como la interpretación jurisprudencial concluyen que para fijar el "*dies a quo*" de la caducidad de la acción de impugnación de la

[45] STSJ Andalucía, Sevilla, 19 de diciembre de 2019 [JUR 2020\47272].

[46] Gallo Llanos, R.: "La modalidad procesal de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna. El art. 138 de la LRJS. Aspectos críticos y soluciones jurisprudenciales tras tres años de aplicación de la ley 36/2001, de 10 de octubre", en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015.

[47] STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900].

[48] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705], STS 18 de mayo de 2021 [RJ 2021\2489], STS 3 de abril de 2018 [RJ 2018\1746], STS 9 de junio de 2016 [RJ 2016\2918], STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900] y STS 20 de junio de 2023 [JUR 2023\273783].

modificación sustancial de condiciones de trabajo tiene que existir una notificación por escrito de la decisión empresarial a los trabajadores o a sus representantes, siendo –justamente– a partir de día en el que se efectúa dicha notificación, "*cuando comienza a correr el plazo de caducidad de la acción. No es válido, a estos efectos, que el empresario publique su decisión en el tablón de anuncios, o la manifieste en las reuniones del periodo de consultas y se haga constar en acta, es preciso la notificación escrita en los términos señalados*"[49].

Continuando con el proceso de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna, cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. También deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con su conformidad.

Por otro lado, el órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe que deberá emitirse por la Inspección de Trabajo deberá versar sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes.

Asimismo, cuestión fundamental, si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual (de conformidad con el art. 160.3 LRJS). No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento.

Sobre la fecha en la que debe comenzar a computar el plazo, ya no debe existir duda respecto a que la misma tiene lugar con la notificación por la empresa de su decisión a los representantes de los trabajadores.

El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda (de no haberse recabado el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Por otro lado, la sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del art. 40 ET, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del art. 41 de la referida normativa, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 ET que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET.

Por su parte, la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del art. 40 y en el apartado 3 del art. 41 ET, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los

[49] STS 27 de febrero de 2020 [RJ 2020\2722].

arts. 40.2, 41.4 y 47 ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del art. 108.

Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del art. 50 ET, conforme a lo establecido en los arts. 279, 280 y 281. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Si la sentencia declarara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la extinción del contrato por su propia voluntad.

Respecto a la impugnación colectiva de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos ante un proceso recogido en los arts. 153 y siguiente LRJS. En efecto, se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo tales como la movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos (de conformidad con el art. 124 LRJS) y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos. También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos. Asimismo, se tramitará conforme a este proceso la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

Siendo los legitimados activos para promover procesos de conflictos colectivos los siguientes: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa. c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior. d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores. e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

4. LA PROBLEMÁTICA DE ESTABLECER EL "*DIES A QUO*" A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL DE CONFLICTO COLECTIVO: LA EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN Y PARTICULARIDADES

Entrando en detalle en lo referente al "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo es importante referirnos a la doctrina jurisprudencial al

respecto. Y, en estos casos, hay cuestiones jurisprudenciales en relación a la exigencia de notificación: por ejemplo, una problemática importante tiene que ver con las modificaciones sustanciales anunciadas por las empresas a través de diferentes vías (pero consideradas no notificadas, verbigracia, a través del tablón de anuncios o de la intranet de la empresa)[50]. El punto de partida debe ser, tal y como ya hemos señalado anteriormente, aquel que viene estimando que el cómputo del inicio de plazo de caducidad queda condicionado al momento en el que se produce la notificación a los representantes de los trabajadores.

La buena doctrina establece que cuando se trata de modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones de trabajo y se cierra el periodo de consultas sin acuerdo, es preciso que se lleve a cabo la notificación fehaciente de la decisión empresarial de llevarlas a cabo a los representantes de los trabajadores, para que éstos puedan interponer, en su caso, las reclamaciones correspondientes previstas en el propio art. 41.5 ET, art. 138 LRJS y arts. 151 y siguientes LRJS[51]. Cuando el precepto (art. 138.1 LRJS) se refiere al plazo de 20 días para interponer la demanda frente a la referida decisión empresarial, lo que está determinando es que el plazo de caducidad habrá de contarse desde su notificación por escrito a los trabajadores o a sus representantes, distinguiendo así la acción individual de la colectiva. Además, la necesidad de encauzar esa acción a través del proceso colectivo que establece el art. 153.1 LRJS, supone que la naturaleza colectiva de la acción exige una legitimación también colectiva de los sujetos que pueden acceder al proceso (art. 154 LRJS), lo que exige que la comunicación de la decisión empresarial que se impugna de forma colectiva también tenga una comunicación por escrito a los representantes de los trabajadores como tales[52]. Por tanto, una vez cerrado sin acuerdo el preceptivo periodo de consultas es necesaria la notificación por escrito de la modificación sustancial colectiva a los representantes legales de los trabajadores, puesto que para el ejercicio de la referida acción colectiva de conflicto es preciso que conste la decisión empresarial a los sujetos colectivos legitimados, sin que resulte suficiente con la notificación individual a los afectados: "*tampoco cabe interpretar que existió esa comunicación formal por el hecho de que en la última de las reuniones habidas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas se pusieran sobre la mesa las medidas de modificación colectiva que la empresa pretendía aplicar, y no fueron aceptadas por aquellos, desde el momento en que ese hecho supone únicamente la constatación de que la empresa está dispuesta a llevar a cabo esas modificaciones, pero en absoluto equivale a su adopción real, porque ni se conoce la verdadera dimensión final de ese anuncio –tanto en los concretos trabajadores afectados como en su específico alcance final– ni la fecha en la que se podrían producir sus efectos, ni si realmente la empresa persistiría en su imposición*"[53].

A tal efecto, cuando la nota de régimen interno de la empresa "*para suprimir el sistema de cómputo de jornada anterior*" se publica en el tablón de anuncios y no se notifica por escrito a los trabajadores ni a sus representantes, teniendo en cuenta la debida constancia como garantía de seguridad jurídica para aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción, es doctrina jurisprudencial aquella que argumenta que "*no cabe aplicar el plazo de caducidad de 20 días previsto en la norma, al no darse el presupuesto para el inicio del cómputo*"[54] –fundamentación jurídica reiterada en posteriores argumentaciones–.

En efecto, la fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se

[50] STS 9 de junio de 2016 [RJ 2016\2918].
[51] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705], STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900] y STS 9 de junio de 2016 [RJ 2016\2918].
[52] STS 22 de marzo de 2018 [RJ 2018\1426].
[53] STS 22 de marzo de 2018 [RJ 2018\1426].
[54] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705].

exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello, "*de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción*"[55]. En efecto, el Tribunal Supremo parte de la necesidad de conocer el momento en que la empresa notifica a la representación de los trabajadores la medida finalmente adoptada. Lo anterior, aunque la representación legal de los trabajadores conozca la intención empresarial o que la misma se haya puesto de relieve en el periodo de consultas. Lo cierto es que, cuando no hay acto expreso de notificación de la decisión definitiva (por más contundentes que seas las manifestaciones de la empresa), cabe esperar una notificación posterior que ponga en conocimiento del comité de empresa la decisión definitivamente adoptada, así como la ulterior comunicación individualizada a los trabajadores afectados. Por tanto, "*no constando ésta, se hace inexigible a la parte social una reacción constreñida al plazo de caducidad de los 20 días que, en todo caso, deberían iniciarse en el momento en que la empresa efectúe esa comunicación expresa y fehaciente*"[56].

Esta doctrina no permite que el acta levantada en el período de consultas en la que se informó del resultado del acuerdo y cierre del período de consultas, "*se le pueda dar el valor de la notificación legalmente exigible. Tratándose de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, de carácter colectivo, es necesario, como garantía de la seguridad jurídica para las partes y con independencia de la ulterior comunicación individualizada a los trabajadores afectados, un acto expreso de notificación por escrito a la representación de los trabajadores de la decisión definitiva empresarial*". No constando ésta, se hace inexigible a la parte social una reacción constreñida al plazo de caducidad de los veinte días que, en todo caso, deberían iniciarse en el momento en que la empresa efectúe esa comunicación expresa y fehacientemente[57].

Se acepta la inexistencia de caducidad en el ejercicio de la acción porque, para limitar el ejercicio de la acción ejercitada, "*no hay constancia de una notificación expresa a la representación legal de los trabajadores de la medida adoptada*". Y ello porque "*no es lo mismo tener conocimiento de la medida que una expresa notificación a dicha representación de la decisión empresarial, que es lo que exige la norma, y menos que la comunicación remitida por el comité de Madrid tenga la trascendencia que se le ha otorgado por la sentencia recurrida para cerrar el examen de la acción ejercitada*"[58].

No se considera notificación la remisión de una nota por la empresa a los trabajadores en la que se razona lo siguiente: "*en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, forzoso es concluir que, no habiéndose procedido por la empresa a notificar en forma a los trabajadores, o a sus representantes, la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta, por no considerarse que cumple las exigencias de una notificación la nota informativa remitida por la empresa a los trabajadores en abril de 2016, forzoso es concluir que no cabe aplicar el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de carácter colectivo, establecida en el artículo 138.1 LRJS, por lo que la acción no está caducada*"[59].

Tanto la regulación legal como la interpretación jurisprudencial conducen a concluir que para fijar el "*dies a quo*" de la caducidad de la acción de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tiene que existir una notificación por escrito de la decisión empresarial a los

[55] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705].
[56] STS 21 de mayo de 2013 [RJ 2013\5705].
[57] STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900].
[58] STS 29 de mayo de 2018 [RJ 2018\3240].
[59] STS 3 de abril de 2019 [RJ 2019\2871].

trabajadores o a sus representantes, y es a partir del día en el que se efectúa dicha notificación cuando comienza a correr el plazo de caducidad de la acción. No es válido, a estos efectos, que el empresario publique su decisión en el tablón de anuncios o la manifieste en las reuniones del periodo de consultas y se haga constar en acta; por tanto, es preciso la notificación escrita en los términos señalados. No podemos olvidar que el transcurso del plazo de veinte días acarrea la caducidad de la acción. La caducidad, como medida excepcional del ordenamiento jurídico, para proteger el interés derivado de una pronta estabilidad y dar certidumbre de las situaciones jurídicas pendientes de modificación, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que, en definitiva, impidan todo posible examen del derecho material y la consiguiente decadencia de determinados derechos[60].

Por todo ello, la publicación en la intranet de una circular por la que se altera una condición sustancial de la relación laboral, sin que se haya notificado dicha modificación a los trabajadores o a sus representantes, no permite iniciar "*el cómputo del plazo de veinte días para el ejercicio de la acción de impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y, en consecuencia, la acción no está caducada*"[61].

Doctrina jurisprudencial recientemente abordada por el Tribunal Supremo recordando que "*la publicación en la intranet de la empresa de la herramienta informática multiplataforma para la implantación del sistema de registro de jornada y desconexión digital, no puede considerarse en modo alguno como una notificación fehaciente por escrito de la medida empresarial consistente en suprimir la práctica de cerrar las oficinas de la red a las 12,30 horas los días 24 y 31 de diciembre*". Con la comunicación por la "intranet" –o sistema alternativo– no existe una específica y expresa decisión sobre la alteración de aquella condición de trabajo que es objeto del litigio: "*la publicación en la intranet de la empresa del sistema de registro de jornada tiene como finalidad la de habilitar de manera genérica esta herramienta a todos los trabajadores, pero no cumple la función de servir como notificación de una medida tan puntual y específica como es la de suprimir una condición o practica puntual que venía realizándose por los trabajadores desde hace más de 20 años*". Por tanto, la utilización de la herramienta "intranet" no supone que la empresa adopte la decisión de suprimir la práctica habitual de los trabajadores, ni que la estuviera notificando por ese medio a los representantes legales[62].

Realizando un balance general, esta sentencia del Tribunal Supremo recoge un acopio jurisprudencial bastante interesante sobre la cuestión que nos encontramos analizando[63]:

— "*No puede entenderse caducada la acción cuando la empresa se limita a comunicar dicha notificación en el tablón de anuncios, sin constar la existencia de una notificación fehaciente a los representantes de los trabajadores. Recalca la importancia de esa notificación como garantía de seguridad jurídica para aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción, razón por la que no cabe aplicar el plazo de caducidad de 20 días previsto en la norma, al no darse el presupuesto para el inicio del cómputo*"[64].

— "*Se descarta la aplicación el art. 59.4 ET cuando se está ante una MSCT acordada por la empresa fuera del procedimiento previsto en el artículo 41 ET*"[65].

[60] STS 27 de febrero de 2020 [RJ 2020\2722].
[61] STS 27 de febrero de 2020 [RJ 2020\2722].
[62] STS 22 de noviembre de 2023 [JUR 2023\439774].
[63] STS 12 de enero de 2017 [RJ 2017\1097].
[64] STS 21 mayo de 2013 [RJ 2013\5705].
[65] STS 9 de julio de 2014 [RJ 2014\4524].

— "*No se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción impugnatoria de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo el día en que finalice el periodo de consultas, por muy detallada que sea el acta final (y menos, si como en el presente caso estaba condicionada a una posible aceptación por los trabajadores), sino cuando se notifique por escrito la decisión colectiva adoptada definitivamente por el empresario a los representantes de los trabajadores*"[66].

— Se "*examina supuesto de MSCT no acordada y trasladada a los representantes legales en la última reunión del periodo de consultas. Se descarta la caducidad porque aunque la representación legal de los trabajadores conocía la intención empresarial, puesta de relieve en el periodo de consultas, lo cierto es que no hubo acto expreso de notificación de la decisión definitiva, por más contundentes que fueran las manifestaciones de la empresa en la última de las reuniones llevadas a cabo (la de 19 de diciembre). Por ello, cabía esperar una notificación posterior que pusiera en conocimiento del Comité de empresa la decisión definitivamente adoptada, así como la ulterior comunicación individualizada a los trabajadores afectados*"[67].

— "*Descarta que opere la caducidad de veinte días cuando la MSCT deriva de una instrucción patronal interna, impuesta al margen del procedimiento legal y sin notificación expresa a la representación legal de los trabajadores (RLT)*"[68].

— "*Examina los preceptos de ET y LRJS, concluyendo que tanto de uno como de otro precepto se infiere la necesidad de la notificación por escrito, lo que se desprende expresamente de la norma procesal y tácitamente de la estatutaria, al remitirse ésta a la acción contra el despido de su párrafo precedente, el cual debe comunicarse de este modo al afectado, precisándose en ambas, en lo que más interesa, que no comienza el cómputo del plazo hasta que no tenga lugar la notificación de la decisión, y en la segunda, además, que ésta tendrá lugar (en los casos de medidas colectivas) tras la finalización del período de consultas , lo que hace bueno el argumento de que dicha notificación es un acto autónomo y diferenciado del período de consultas . Sin embargo apunta que la necesidad de notificación solo se da en los casos en que no ha existido acuerdo durante el periodo de consultas*"[69].

— Se "*aplica los criterios precedentes y recuerda que la caducidad, como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo*"[70].

— Respecto a alteración del régimen de descanso semanal pactado, "*insiste en que para la aplicación del artículo 138.1 LRJS en relación con el artículo 59.4 ET sería necesario que hubiera existido notificación a los representantes legales de los trabajadores*"[71].

— "*En supuesto de MSCT colectiva que la empresa impone sin haber logrado el acuerdo, recalca que es necesaria la notificación en estos casos. Del art. 41.5 ET infiere la exigencia de notificación tras agotar el período de consultas, sin que de la dicción literal del precepto en ese punto se pueda deducir que se excluya a la representación legal de los trabajadores*

[66] STS 16 de septiembre de 2014 [RJ 2014\5213].
[67] STS 21 de octubre de 2014 [RJ 2015\1900].
[68] STS 12 de noviembre de 2014 [RJ 2014\6462].
[69] STS 14 de octubre de 2015 [RJ 2015\5851].
[70] STS 12 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5841].
[71] STS 9 de diciembre de 2015 [RJ 2015\6150].

sino que al hablar de "trabajadores" se incluye también a sus propios representantes, por ostentar asimismo aquella condición laboral, comenzando el cómputo en cuestión desde la notificación a quienes, como tales afectados, estén legitimados para ejercitar la acción judicial correspondiente"[72].

— Se "*aborda supuesto de MSCT que finaliza sin acuerdo, aunque existe un acto claro de órgano administrativo (CIVEA) a partir del cual la resolución de instancia había entendido que corría la caducidad. "Constatado que no ha existido ningún tipo de notificación formal o expresa a los representantes de los trabajadores de la medida" se rechaza que la caducidad pueda operar*"[73].

— Se "*sostiene que no puede entenderse caducada la acción cuando falta la comunicación fehaciente a los trabajadores o a sus representantes legales de la decisión adoptada, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo. Se trata de supuesto en el que el periodo de consultas finaliza sin acuerdo*"[74].

— Se "*aplica el mismo criterio que las anteriores ("al no haber existido notificación escrita de la modificación sustancial acordada") en caso de empresa que deja de reconocer una condición más beneficiosa sin seguir procedimiento alguno*"[75].

— Se "*afronta una MSCT que la empresa comunica verbalmente a los representantes de los trabajadores y aplica los criterios sobre imposibilidad de que la caducidad comience a contarse*"[76].

¿Y qué ocurre con el plazo de caducidad si se ha alcanzado un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores? La regla general viene a considerar que la caducidad para impugnar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo comienza a correr tras la notificación de la empresa explicando su alcance. Lo anterior, aunque haya mediado acuerdo respecto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dado que por mandato del art. 138.1 LRJS, el plazo de caducidad de 20 días para impugnarla solo comienza a correr cuando se realiza la notificación empresarial que precisa sus términos. El conocimiento que de tal decisión pueda tener la representación legal de los trabajadores a través de un tablón de anuncios, de informaciones verbales, de circulares empresariales, o de la firma de un acuerdo será relevante a otros efectos, pero no a los de activar el plazo de caducidad.

Sin embargo, en una sentencia muy concreta –y como excepción–, el Tribunal Supremo ha estimado que, sin perjuicio de la regla general anteriormente comentada, a efectos de activar el plazo de caducidad, puede entenderse como notificación formal el acuerdo suscrito en el período de consultas cuando, previamente al mismo, existe un acuerdo informal del que han sido informados los trabajadores de la empresa y sobre el que han manifestado su voluntad favorable o adversa al mismo. A partir de estas consideraciones se entiende caducada la acción para impugnar la modificación sustancial llevada a cabo por la empresa al haber trascurrido más de veinte días desde la firma del acuerdo y la presentación de la demanda[77]: "*recordemos que empresa y RLT habían llegado a un acuerdo informal que había sido sometido a votación de los trabajadores afectados; tras la aprobación mayoritaria de éstos es cuando se suscribe el acuerdo de 4 de julio aquí impugnado. Por tanto, con independencia de su mayor o menor formalidad, el período de consultas había finalizado con anterioridad al acuerdo*

[72] STS 16 de febrero de 2016 [RJ 2016\1206].
[73] STS 9 de junio de 2016 [RJ 2016\2918].
[74] STS 21 de junio de 2016 [RJ 2016\3343].
[75] STS 27 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4917].
[76] STS 23 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5869].
[77] STS 12 de enero de 2017 [RJ 2017\1097].

de 4 de julio, que hace las veces de notificación y se acomoda a las exigencias del art. 59.4 ET. En estas singularísimas condiciones estimamos, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que la notificación demandada por el art. 138.1 LRJS queda suficientemente cumplida mediante las manifestaciones reseñadas, tras las cuales no era esperable decisión posterior alguna pues queda claro su ámbito personal, temporal y material". Por lo que, una vez más, la causalidad nos vuelve a confirman que determinados casos difíciles se habrán de resolver caso por caso y atendiendo, esencialmente, a criterios de razonabilidad y equidad.

Esta última afirmación nos lo confirma también esta sentencia que, a pesar de ser de un tribunal menor, plantea un supuesto muy interesante en el que se notifica por correo corporativo la modificación sustancial de la retribución variable con la particularidad de que el trabajador se encontraba dado de baja médica: "*en el presente caso concurre la circunstancia muy especial de que la demandante se encontraba en situación de baja médica, por lo que no venía obligada a abrir y leer las comunicaciones que por correo electrónico le dirigió la empleadora. Así las cosas, hemos de llegar a la conclusión de que no concurre caducidad, pues la fecha de comunicación a la actora de la modificación afectante a su retribución variable debe entenderse que fue el 15 diciembre 2020 (fecha en que consta que, hallándose ya de alta médica, abrió el correo electrónico remitido el día 10 anterior). Y entre 15 diciembre 2020 y 12 enero 2021 (fecha de presentación de la demanda) transcurrieron solamente once días hábiles*"[78].

5. BIBLIOGRAFÍA

Cruz Villalón, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

Gallo Llanos, R.: "La modalidad procesal de impugnación individual de medidas de flexibilidad interna. El art. 138 de la LRJS. Aspectos críticos y soluciones jurisprudenciales tras tres años de aplicación de la ley 36/2001, de 10 de octubre", en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015.

Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* traducción y nota preliminar de Galiana Moreno, J.M., "In Memoriam", por Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J., edición al cuidado de Monereo Pérez, J.L., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019.

Monereo Pérez, J. L.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones individuales y colectiva. La centralidad de esta institución como medida de flexibilidad interna unilateral", en Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M. Á. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, Ortega Lozano, P. G. y Marín Alonso, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M. Á. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un Nuevo Derecho del Trabajo Garantista*, Ortega Lozano, P. G. y Marín Alonso, I. (Coords.), Granada, Comares, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F. (Dirs.): *Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva,* López Insua, B.M. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social/Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2024.

Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2024.

Monereo Pérez, J.L.: "Subordinación y "constitución del trabajo" en el tercer milenio", en Monereo Pérez, J.L., Perán Quesada, (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Santamaría, J.L. y Muros Polo, A. (Coords.), Granada, Comares, 2024.

Rivero Lamas, J.: "Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 100, núm. 1, 2000.

Rivero Lamas, J.: *La novación del contrato de trabajo,* Barcelona, Bosch, 1963.

[78] STSJ Madrid 24 de septiembre de 2021 [AS 2021\1879].

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales[1]

Discrimination based on illness in employment relationships

Miguel Ángel Almendros González
Catedrático de Universidad
Universidad de Granada
RESEARCHER ID: L-1679-2017
https://orcid.org/0000-0002-0951-2593

Cita Sugerida: ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 41-67.

Resumen

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una nueva causa discriminatoria, la enfermedad o condición de salud, y la labor interpretativa que de ello está realizando la jurisprudencia, justifica este estudio específico sobre la incidencia de la prohibición de discriminación por enfermedad en los principales ámbitos de las relaciones laborales, como en el acceso al empleo y selección de personal, como en la determinación de las principales condiciones de trabajo, por ejemplo, salarios o jornada de trabajo, como en la vigilancia de la salud y prevención de riesgos laborales, así como en el momento de la extinción de la relación de trabajo. En particular se analizan las circunstancias concurrentes necesarias para calificar como nulo un despido discriminatorio por enfermedad.

Palabras clave

Igualdad, Discriminación, Enfermedad, Salud, Incapacidad temporal, Ajustes razonables, Despido nulo

Abstract

The incorporation into our legal system of a new cause for discrimination, illness or health condition, and the interpretative work that is being carried out by the jurisprudence, justify this specific study on the impact of the prohibition of discrimination on the basis of illness in the main areas of labour relations, such as in access to employment and selection of personnel, as well as in the determination of the main working conditions, for example, salaries or working hours, as well as in the monitoring of health and prevention of occupational risks, as well as at the time of termination of the employment relationship. In particular, the concurrent circumstances necessary to qualify a discriminatory dismissal due to illness as void are analysed.

Keywords

Equality, Discrimination, Illness, Health, Temporary disability, Reasonable adjustments, Null dismissal

1. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA[2]

1.1. La consideración de la enfermedad como específica causa discriminatoria: la Ley 15/2022

Como es sabido, con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico una nueva causa de discriminación prohibida: la enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud. Aunque enmarcada en una tendencia evolutiva jurisprudencial hacia la progresiva consideración de algunos supuestos de enfermedad como discriminatorios, ese reconocimiento legal, expreso y amplio de la enfermedad como causa autónoma de discriminación constituye una auténtica novedad[3]. Y así lo reconoce

[1] En el marco del Proyecto I+D+i (Proyectos de Generación de Conocimiento 2023. Plan Nacional 2023): Protección social y trabajo de las personas mayores en un contexto de transformación digital y envejecimiento activo (PID2023-153014OB-I00).

[2] Almendros González, M.A.: "La enfermedad/salud como causa discriminatoria en las relaciones laborales y en la protección social", comunicación (pendiente de publicación), presentada al VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): "Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital".

[3] Aunque, en un sentido laxo e impropio, se haya negado dicha novedad porque ya estaba presente como preocupación social. Es el caso de Villarino Moure, C: "A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación", *Jurisdicción Social*, núm. 252, 2024, página 19, cuando

Fecha Recepción: 17/8/2024 - Fecha Revisión: 1/9/2024 - Fecha Aceptación: 17/9/2024
Págs. 41-67

expresamente la Ley 15/2022[4]. Tampoco el artículo 14 CE[5] ni la normativa europea contemplaba específicamente la enfermedad como causa expresa de discriminación[6].

No obstante, como decíamos, con anterioridad a dicha norma se apreciaba ya una tendencia interpretativa hacia la consideración de determinadas enfermedades como factores de discriminación, especialmente en relación con la extinción contractual. Nos encontrábamos con dos tendencias interpretativas:

— Por un lado, cuando la enfermedad comportaba o constituía un *elemento de segregación* o suponía la *estigmatización* de la persona enferma que la padece (caso de las enfermedades socialmente estigmatizantes). De forma destacada, es la doctrina de la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502) o de la mencionada STC 62/2008, de 26 de mayo, cuando manifiesta que "no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo", y tales circunstancias vinculadas al estado de salud del trabajador concurrirían cuando, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, "el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".

— Por otro lado, cuando *la enfermedad pudiera ser asimilable o equiparable a la discapacidad*,[7] por diversas circunstancias concurrentes que ha puesto de relieve fundamentalmente la

manifiesta que la Ley 15/2022 no crea nuevas causas de discriminación sino que más bien constata una realidad social ya existente, entendiendo que "la tipificación de causas de discriminación no es una creación *ex nihilo* del legislador, sino que se produce porque existen determinados prejuicios socialmente arraigados". Por nuestra parte, dicha novedad es evidente. Una cosa es la realidad social y otra es la realidad jurídica.

[4] Que en su Exposición de Motivos aclara que aunque "toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo".

[5] La cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, por genérica y abierta ("… o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") no puede interpretarse en un sentido amplio que comprenda cualquier condición o circunstancia que no esté expresamente mencionada, incluyendo así también la enfermedad y salud, pues como ha precisado la STC 62/2008, de 26 de mayo, en tal caso "la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta".

[6] Ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, reconocen expresamente la enfermedad como causa discriminatoria, en cambio sí otro concepto relativamente próximo: la discapacidad.

[7] En este sentido, Goñi Sein, J.L.: "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad", Revista *Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022, páginas 18 y 19, sintetiza las condiciones requeridas para que la discriminación por enfermedad sea asimilable a la discriminación por discapacidad: 1) la limitación de la capacidad debe ser duradera (de forma que no se prevea la finalización a corto plazo); 2) sería también aplicable a los supuestos de enfermedad de corta duración cuando las faltas de asistencia al trabajo sean consecuencia de enfermedad atribuibles a la discapacidad; 3) ha de analizarse el estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido; y 4) el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

jurisprudencia del TJUE[8]: en los casos en que la enfermedad conlleve limitaciones de *larga duración* que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; en los casos en los que la enfermedad *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*; o en los casos que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona[9].

1.2. El concepto amplio de enfermedad y de otras circunstancias vinculadas a la salud

Esta interpretación extensiva evidencia que nos encontramos con conceptos próximos, cercanos, que sin embargo presentan matices diferenciadores: enfermedad, salud, incapacidad temporal[10], incapacidad permanente, discapacidad[11], ineptitud[12], o el concepto de trabajador que por sus circunstancias personales o biológicas sea especialmente sensible a determinados riesgos laborales.

Pero ¿cuál es el concepto de salud que tiene en cuenta la Ley 15/2022 y cómo se deslinda de esos otros conceptos próximos? El artículo 2.1 (Ámbito subjetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de

[8] Que ha sido asumida también por el Tribunal Supremo en pronunciamientos como la STS de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1736), la STS de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3165); o la STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2358).

[9] La STJUE de 11de abril de 2013, asuntos acumulados C- 335/11 y C-337/11, *HK Danmark vs. Dansk almennyttigt Boligselskaby Dansk Arbejdsgiverforening*) considera que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, *si esta limitación es de larga duración*. En el mismo sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *FOA-Kaltoft*. Por su parte, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, *Daouidi y Bootes Plus S.L.*, precisa que entre los indicios que permiten considerar que una limitación es *duradera* figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del interesado *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*. Por último, la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, *DV y Nobel Plastiques Ibérica*, manifiesta que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de "discapacidad" en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas *a largo plazo*.

[10] Aunque la incapacidad temporal pueda presuponer una enfermedad. Lo que, por ejemplo, ha llevado a la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257) a afirmar que como quiera que la IT (artículo 169.1 LGSS) se define como aquella situación debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, durante la que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, *este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra* y que le resulta impeditiva para trabajar, *de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad*, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022.

[11] El concepto discapacidad no puede confundirse con el concepto de enfermedad en sentido genérico (como sostenía la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas vs Eurest Colectividades*, afirmando que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación), como hemos puesto de manifiesto, sí en cambio cuando en la enfermedad concurrieran determinadas circunstancias que pudieran asimilarla a la discapacidad al menos en su tutela antidiscriminatoria.

[12] Así, por ejemplo, la STS de 2 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3500), ya consideraba el concepto *ineptitud* como "una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo-rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.".

su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, por lo que nadie podrá ser discriminado, entre otras razones, por *enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*.

Nos encontramos así con que la enfermedad, entendida *en sentido amplio*, constituye ahora una circunstancia discriminatoria *autónoma*[13], desvinculada de otras (y en particular de la discapacidad). Y decimos "en sentido amplio" porque no va vinculada a ninguna dolencia o patología específica, porque no exige una especial gravedad, ni es relevante su duración, y también porque junto con la enfermedad se tienen en cuenta otras características y circunstancias próximas a la enfermedad, y en todo caso vinculadas a la salud, que son igualmente consideradas discriminatorias. Por simplificar, en nuestro análisis tomamos como causa discriminatoria el concepto "enfermedad", por ser el más fácilmente identificable. Sin embargo, como se aprecia, la norma legal alude en realidad a cuatro categorías: 1) enfermedad; 2) condición de salud; 3) estado serológico; y 4) predisposición genética a sufrir patologías o trastornos.

En nuestra aproximación conceptual partimos de la dicotomía enfermedad/salud. Enfermedad y salud son términos contrapuestos[14]. La presencia de una enfermedad niega el concepto de salud; y la salud, entre otras circunstancias adicionales, conlleva la ausencia de enfermedad. Por ello es problemática la distinción entre enfermedad y condición de salud. De esta manera se ha entendido que la enfermedad exige una alteración de las funciones de los órganos o del organismo en su conjunto; mientras que la condición de salud engloba situaciones que no incapacitan para el trabajo y que, de hecho, no tienen la consideración de enfermedad, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías[15] (así, condiciones de salud serían, por ejemplo, la obesidad, las alergias o la pérdida de visión, situaciones todas ellas que no tienen la consideración de enfermedad, pero que afectan a la salud). Por otro lado, se ha considerado que condición de salud será un determinado estado o situación que afecta al organismo de una persona, por lo que desde el punto de vista laboral se trataría de una determinada característica del estado fisiológico o morfológico de una persona que puede derivar en una enfermedad y, por tanto, en una incapacidad, temporal o permanente, para trabajar[16]. Finalmente, también se ha señalado que nos encontramos ante una relación entre *especie* (la "enfermedad") y *género* ("condición de salud")[17], por lo que se consideraría como "condición de salud" determinados

[13] En este sentido, la STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) destaca el "carácter autónomo de la enfermedad como motivo de discriminación, ya no es necesario acudir al concepto de discapacidad como causa de discriminación, aunque se mantiene también esa causa", y así "resulta evidente por lo expuesto, que se añade un nuevo escenario dentro de las causas de nulidad del despido por discriminación, la enfermedad o estado de salud". Con la nueva regulación "resulta indiferente para apreciar la concurrencia de discriminación, qué clase de enfermedad afecta al trabajador, no mencionándose en la ley ninguna exigencia referida a la gravedad, como tampoco a la duración del proceso, corto o largo, o a que constituya una dolencia estigmatizante".

[14] El diccionario de la RAE considera *enfermedad* como la "alteración más o menos grave de la salud" (2021) y como el "estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo" (2023). Las acepciones de *salud* que según el diccionario de la RAE ahora nos interesan son: "estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones" y "condición física y psíquica en que se encuentra un organismo en un momento determinado".

[15] Gordo González, L.: "Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo", *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario "Tormenta de reformas", 2023, página 113.

[16] Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, página 67.

[17] Villarino Moure, C: "A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación", *op. cit.*, página 28, por lo que "el espectro cubierto por la prohibición de discriminación, en relación con la salud, es más amplio que el de la mera enfermedad". Por ello, partiendo de la definición de salud que ofrece la OMS (estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades), cabe concluir que una condición de salud que impida un completo bienestar físico, mental o social

"estados generales de la persona o meros signos o síntomas (labilidad emocional, cansancio o fatiga persistente, etc.), tanto físicos como psíquicos, que no hayan determinado un diagnóstico". Igualmente, la obesidad, el tabaquismo, el alcoholismo, la toxicomanía, etcétera.

Por otro lado, la inclusión como causa discriminatoria también del "estado serológico" y de la "predisposición genética a sufrir patologías y trastornos", amplían hacia el futuro, anticipándose al presente, una tutela antidiscriminatoria relacionada con la salud en relación con situaciones y estados de salud del trabajador que, sin ser ni constituir enfermedad "actual" sí lo puede ser "potencial", por ser indicadores de una mayor probabilidad de sufrir determinadas patologías. De este modo, los análisis de marcadores tumorales, anticuerpos, perfiles genéticos pueden revelar una predisposición para desarrollar ciertas enfermedades (determinados tipos de cáncer, celiaquía, intolerancias, alergias, diabetes, VIH, etcétera).

1.3. El reconocimiento legal de nuevas formas de discriminación por enfermedad

Esta ampliación en el concepto mismo de enfermedad y del resto de circunstancias relacionadas con la salud se ve potenciada y favorecida también por el reconocimiento de diversos tipos de discriminación por enfermedad (en realidad, sería predicable de cualquier causa discriminatoria). De esta manera, conforme al artículo 6 (Definiciones) de la Ley 15/2022, la discriminación por enfermedad, además de poder ser *directa* (situación en la que una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de una causa expresamente considerada como discriminatoria) e *indirecta* (cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una persona una desventaja particular con respecto a otras), amplía sus contornos legales hacia otras formas discriminatorias, como la discriminación *por asociación* (debida a su relación con otra persona sobre la que concurra alguna de las causas discriminatorias) o la discriminación *por error* (fundada en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada), la discriminación *múltiple* (discriminación simultánea o consecutiva por dos o más causas discriminatorias, como por ejemplo podría ser la discriminación por enfermedad y discapacidad, o por enfermedad y sexo) o la discriminación *interseccional* (cuando concurren o interactúan diversas causas discriminatorias, pero generando una forma específica de discriminación), el *acoso discriminatorio*, la *inducción, orden o instrucción de discriminar*, o las *represalias*.

Todas estas formas de discriminación pudieran tener lugar con motivo de la enfermedad o condición de salud, incluso de forma conjunta. En relación con esto, resulta relevante la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), que considera que existe discriminación por razón de enfermedad tanto *por asociación* como *indirecta*. En concreto se considera discriminatoria por enfermedad la supresión o reducción de unos incentivos económicos establecidos en el plan de absentismo aplicable a la empresa cuando la persona trabajadora, aun alcanzando los objetivos establecidos, utiliza el permiso de acompañamiento a consultas médicas de personas a su cargo reconocido por el convenio colectivo aplicable, precisando que tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (*vgr.* controles médicos, análisis, vacunaciones, etc.),

no necesariamente debe ser una afección o enfermedad. En el mismo sentido se manifestaba Agustí Maragall, J.: "El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)", *Jurisdicción Social*, núm. 243, 2023, páginas 31 y 32, cuando entendía que la "condición de salud" sería el genérico, el concepto que comprende cualquier alteración de la salud con independencia de su origen, siendo la "enfermedad" el más habitual de ellos. Por consiguiente, quedan comprendidas todas las alteraciones de la salud derivadas de enfermedades (sin exclusión por contingencia, común o profesional) y los accidentes (sin distinción tampoco en su contingencia), así como otras situaciones o "condiciones" como puedan ser el alcoholismo o la drogadicción (sin perjuicio que, en algún caso, puedan considerarse situaciones de "discapacidad").

se estaría discriminando al acompañante, el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica (relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado). Por ello se considera expresamente que existe en la decisión empresarial una *conducta discriminatoria por asociación*. Pero por otro lado, además de dicha discriminación por asociación, también se aprecia *discriminación indirecta* en dicha supresión o reducción de los incentivos económicos cuando la persona trabajadora utiliza el permiso para acompañamiento de una persona a cargo a consulta médica, pues partiendo del dato de que son las trabajadoras quienes hacen uso de este permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores, la "neutra" decisión de que el disfrute de ese derecho convencional compute para la fijación del índice de absentismo, objetivamente pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación desigualitaria frente al masculino, por razón de ser las mujeres quienes hacen un uso masivo del permiso en comparación con el colectivo de hombres trabajadores. Por ello dicha medida es calificada de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa[18].

En el mismo sentido, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377), en un caso casi análogo al anterior, en el que el Convenio Colectivo de Verilla Spain S.A. reconoce el derecho a percibir un complemento salarial (denominado "incentivo de mejora") solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, considera que computar las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo como absentismo penalizaría de forma injustificada a los trabajadores que por tales motivos perdieran el correspondiente complemento salarial. En este caso se aprecia: (1) *discriminación directa por enfermedad*, puesto que la regulación convencional otorga un trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en el mes de referencia por período superior a 8 horas, ya que ve minorada la cantidad a percibir en concepto de incentivo de mejora; (2) *discriminación indirecta por razón de sexo*, en la medida en que los derechos de conciliación, entre los que se incluye este permiso para acompañar a familiares a consultas médicas, son ejercidos mayoritariamente por mujeres; y (3) *discriminación por asociación por razón de enfermedad*, por cuanto se discrimina por la relación con una persona enferma o que necesita acudir a consulta médica.

1.4. Excepciones: diferencias de trato por enfermedad no discriminatorias

Sin perjuicio de todo lo señalado hasta ahora, y aunque en principio queda proscrita toda discriminación por razón de la enfermedad, el ordenamiento jurídico admite de forma restringida excepciones en las que podrían establecerse diferencias de trato (artículo 2, párrafos 2 y 3, de la Ley 15/2022):

(1) Con carácter general, cualquiera que sea el motivo discriminatorio, por tanto, también por enfermedad y circunstancias relacionadas con la salud, cuando "los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad". En relación con ello, el artículo 4.2 de la Ley 15/2022 no considera discriminación la diferencia de trato "derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla".

[18] Y añadiríamos nosotros, no la comentada sentencia, que dado que este permiso es utilizado mayoritariamente por las trabajadoras de la empresa, por mujeres, también podría configurar un supuesto de discriminación múltiple: enfermedad y sexo.

(2) Específicamente, la enfermedad podría amparar diferencias de trato (a) que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, (b) de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o (c) de las exigidas por razones de salud pública. En relación con esto último hay que destacar que podría justificarse una diferencia de trato por razón de enfermedad en relación con la jornada y el horario de trabajo, con el lugar de prestación de servicios, con el desempeño de determinadas funciones, de un determinado puesto de trabajo (en relación con la promoción, ascensos, movilidad funcional), con la ineptitud del trabajador para determinadas funciones (que en su caso podría justificar un despido objetivo), etcétera.

1.5. Consecuencias del trato discriminatorio por enfermedad o condición de salud

El derecho a la igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de cualquiera de las causas de discriminación expresamente reconocidas como tales, entre ellas, por razón de enfermedad o condición de salud. En consecuencia, y tal y como precisa el artículo 4.1 de la Ley 15/2022, *queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra este derecho a la igualdad*, considerándose vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes. Como garantía adicional de protección frente a la discriminación, el artículo 25 (Medidas de protección y reparación frente a la discriminación) de la Ley 15/2022 obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. El incumplimiento de tales obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva. En cualquier caso, ante un comportamiento discriminatorio la consecuencia inmediata es la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen dicha discriminación (artículo 26 de la Ley 15/2022).

1.6. El ámbito objetivo de aplicación. Especial referencia a la no discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo

El carácter integral de la Ley 15/2022 también se aprecia en el ámbito material en los que se reconoce específicamente la tutela antidiscriminatoria y la prohibición de discriminación por razón de enfermedad. El artículo 3 (Ámbito objetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 delimita de forma extensa y completa cuáles son los diferentes ámbitos en los que se garantiza el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, y en particular, como decimos, también respecto de la enfermedad y condición de salud del trabajador. De este modo, y por lo que ahora interesa a nuestro estudio, se aplicará al ámbito del empleo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y comprendiendo, respecto de las relaciones laborales el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. También al acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público. Por lo que respecta a las relaciones colectivas de trabajo, en el ámbito de la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico. Nuestro estudio se va a centrar en la discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

1.7. ¿El reconocimiento legal de la enfermedad como causa discriminatoria está sujeto al principio de reserva de ley orgánica?

Pero antes de pasar a analizar aquellos aspectos en los que, en el ámbito de las relaciones laborales, pudiera ser más frecuentes las discriminaciones por razón de la enfermedad, nos gustaría hacer referencia a polémica técnico-jurídica, o si se quiere, teórica. Entre la doctrina se ha generado una controversia interpretativa sobre si la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta nueva causa de discriminación por enfermedad y condición de salud requeriría haberse hecho mediante una ley orgánica y no una ley ordinaria (como es la Ley 15/2022). Las posiciones son básicamente:

1) Quienes sostienen la adecuación constitucional de la Ley 15/2022 (ordinaria) cuando conceptúa como discriminación prohibida la enfermedad insisten en que formalmente el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE) no está incluido entre los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29 CE), por lo que no exigiría desarrollo por ley orgánica (artículo 81.1 CE), aunque a efectos de protección constitucional cuente con las mismas garantías reconocidas a los derechos fundamentales (la tutela reforzada mediante un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria y mediante recurso de amparo recogidos en el artículo 53.2 CE, que expresamente dispone el mismo tratamiento del derecho a la no discriminación que los formalmente considerados derechos fundamentales)[19]. Desde este posicionamiento, se ha precisado que incluso asumiendo que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación entrara en el concepto "amplio" de derecho fundamental, se debería distinguir (siguiendo a la STC 135/2006, de 27 de abril) entre (1) *la imposición de límites a un derecho fundamental* (actividad normativa reservada a la ley orgánica conforme al artículo 81.1 CE) y (2) *la regulación del ejercicio del derecho* (tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE), y por tanto, se entiende que el carácter ordinario y no orgánico de la nueva ley no es obstáculo para la ampliación del ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria, al incorporar las causas de discriminación de nuevo reconocimiento por su "especial relevancia social", *a diferencia de si se pretendiera lo contrario, la restricción de dicho ámbito de tutela, cosa que (entonces sí) exigiría el carácter orgánico de la nueva ley*. Además, se recuerda que tal incorporación (por vía de norma ordinaria) de nuevas causas de discriminación ya ha ocurrido en anteriores ocasiones (por ejemplo mediante la sucesiva incorporación de nuevas causas de discriminación en los artículos 4 y 17 ET)[20].

2) Y por el contrario, hay quienes consideran inadmisible que una ley ordinaria sea la que ha ampliado las discriminaciones constitucionalmente prohibidas, calificando expresamente como causa discriminatoria la enfermedad, manteniendo que el derecho a la igualdad de trato y no discriminación tiene sustancialmente naturaleza de derecho fundamental[21] y por tanto exigiría desarrollo por ley

[19] En particular, Goñi Sein, J.L.: "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad", *op. cit.*, página 8. En el mismo sentido se pronuncia también la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970), cuando considera que la Ley 15/2022 constituye desarrollo del artículo 14 CE, que, por no encontrarse entre los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos sistemáticamente en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la CE, y cuya regulación sí que exigiría ley orgánica (artículo ex 81.1 CE), *admite regulación por una ley ordinaria*. Para ello, se distingue entre el ámbito objetivo de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 81.1 CE (exigencia de desarrollo por ley orgánica) y los que se refiere el artículo 53.2 CE (protección constitucional reforzada mediante su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y mediante la posibilidad del recurso de amparo). En el primero no estaría incluido el derecho (fundamental) a la igualdad y no discriminación; en el segundo, sí.

[20] Agustí Maragall, J.: "El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)", *op. cit.*, páginas 21 y 22.

[21] Cosa que también ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, como sintetiza la STC 91/2019, de 3 de julio: el artículo 14 CE concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE) *en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio*. En un Estado social

orgánica ya que se trata de un derecho de carácter autónomo o relacional, pues tiene la cualidad de ser un genuino derecho fundamental, vinculante y directamente aplicable, equiparado expresamente por el legislador a los derechos fundamentales respecto de las garantías procesales (como se aprecia, por ejemplo, en los artículos 96.1, 177.1 y 183.1 LRJS), y por tanto sometido a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE[22].

Desde nuestro punto de vista, aunque consideramos que puede haber elementos de juicio, criterios constitucionales y argumentos jurídicos tanto a favor como en contra de negar virtualidad a su reconocimiento y regulación por una ley ordinaria, como más adelante sostenemos, a efectos prácticos, y en concreto respecto de la calificación de nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad, es irrelevante la discusión sobre la naturaleza de la ley que declara la enfermedad como causa de discriminación prohibida, lo importante es, como por ejemplo se desprende del artículo 55.5 ET (que se remite a las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la Ley), que tenga rango de ley.

2. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

Con carácter general, referido a cualquier circunstancia discriminatoria, el artículo 9 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena) de la Ley 15/2022 dispone que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por cualquier causa discriminatoria para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección"[23], entendiendo expresamente como discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo (público o privado) que produzcan situaciones de discriminación indirecta. Para garantizar esa igualdad de trato y no discriminación se hace un llamamiento a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas para que "velen" específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin, como el currículo de vida anónimo (*curriculum vitae* "ciego"). Igualmente, aunque es innecesaria, por obvia, se atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el deber de velar (lo que conlleva vigilar y exigir su cumplimiento), particularmente, por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo, para lo que incluirá en su plan anual integrado de actuación, con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo.

Y en concreto, respecto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 dispone de forma clara y contundente que "el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto".

---

y democrático de Derecho, *el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos*".

[22] Monreal Bringsvaerd, E.: "Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023, páginas 39 a 43, que cuestiona exclusivamente la configuración por ley ordinaria de la enfermedad y condición de salud como causa discriminatoria prohibida.

[23] Ni siquiera mediante la negociación colectiva, pues, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, ésta tampoco podrá "establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección" (artículo 10 de la Ley 15/2022). Es una concreción de la prohibición general de discriminación en el acceso al empleo ya establecida en el precepto anterior, una precaución (tal vez innecesaria) frente a la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo y, por tanto, también de las condiciones de acceso al empleo y de los criterios de selección.

Con tales previsiones legales se produce una limitación de la libertad contractual del empleador (libertad de empresa, *ex* artículo 38 CE), en la medida en que debe respetarse el principio de no discriminación en el acceso al empleo, y en particular, la no discriminación por enfermedad o condición de salud. De esta manera, el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo se proyecta sobre un estadio previo a la contratación, afectando a los sistemas de acceso al empleo, a las ofertas de empleo, al diseño de los *curriculum vitae*, a los procesos y a los criterios de selección, a las entrevistas de trabajo, a las pruebas de aptitud y a los controles médicos previos[24], a la formación previa exigida, etcétera.

En el acceso al empleo, las discriminaciones por el estado de salud del trabajador más que tener fundamento en la enfermedad lo tiene en el conocimiento del estado serológico del aspirante y su predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos. El conocimiento por parte de la empresa del estado serológico del candidato (por ejemplo, infección por VIH o la información que proporcionen los test de anticuerpos o pruebas dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19 que se han utilizado en muchas empresas) o de que tiene cierta predisposición genética (información que en ocasiones pueden provenir de las enfermedades o condiciones de salud de familiares directos) para padecer determinados trastornos (intolerancias y alergias, celiaquía, diabetes, problemas bronquiales, etcétera) no puede ser la razón de la no contratación, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una discriminación prohibida.

En cualquier caso, para reforzar la eficacia de esta tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad en relación con el acceso al empleo hubiera sido conveniente, para garantizar el principio de tipicidad característico del derecho sancionador, que la propia Ley 15/2022 hubiera considerado expresamente como infracción la discriminación por enfermedad o condición de salud en el acceso al empleo y selección de personal, modificando para ello la LISOS (que no contemplaba como motivo discriminatorio la enfermedad). No fue así. Sin embargo, sí lo hizo la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que modificó el artículo 16.1.c. LISOS en el sentido de pasar a considerar como infracción muy grave el "solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan

[24] Ya con anterioridad se había subrayado que no eran aceptables controles médicos que determinaran o condicionaran el acceso al empleo. Por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 2004), dejaba claro que *el reconocimiento médico laboral no puede ser utilizado con un propósito de selección de personal* para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de los trabajadores, sino que "su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud". No obstante, aunque solo con esa finalidad preventiva (en ningún caso discriminatoria) admitida por la jurisprudencia, encontramos reconocimientos médicos previos a la contratación previstos en algunos convenios colectivos (por ejemplo, por el VII Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, BOE de 23 de septiembre de 2023, que en su artículo 19.2 dispone que "la persona trabajadora, con independencia de su categoría profesional y antes de su admisión en la empresa, será sometida a un control de salud" conforme señala el artículo 20.2, que reconoce que "la empresa garantizará a las personas trabajadoras a su servicio la vigilancia de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo, tanto *en el momento previo a la admisión* como con carácter periódico"). Fuera de tales casos, por imperativo legal, el artículo 243 (Normas específicas para enfermedades profesionales) de la LGSS establece que todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales estarán obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos, no pudiendo contratar a los trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. De este modo, la obligatoriedad de someterse a reconocimientos previos al acceso al puesto de trabajo no está contemplada con carácter general, sino solo para actividades específicas. Pero incluso en estos casos surge la duda de si obligar al trabajador a someterse a un reconocimiento médico previo a la contratación supone, en realidad, indagar sobre su estado de salud en los términos prohibidos por el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 (no preguntar al aspirante al puesto sobre sus condiciones de salud). En este sentido se ha defendido una interpretación literal de la norma. Así, Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido…, op. cit.*, página 115, considera que el precepto legal solo prohíbe interrogar o hacer preguntas directas al trabajador sobre su estado de salud en las entrevistas de trabajo, por lo que no afectaría a la doctrina hasta ahora existente en materia de controles médicos.

discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de (…) salud"[25]. Con ello parece quedar solucionada una duda interpretativa en virtud de la cual podría quedar impune la discriminación por razón de enfermedad en el acceso al empleo[26].

3. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

En los mismos términos que hemos destacado cómo el artículo 9 de la Ley 15/2022 proscribía cualquier limitación, segregación o exclusión por cualquier causa discriminatoria de las previstas en dicha ley para el acceso al empleo, este precepto legal también prohíbe cualquier limitación segregación o exclusión por tales razones discriminatorias *en relación con cualquier condición de trabajo*, destacando expresamente, tal vez por su relevancia laboral algunas materias, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (*vid.* 5, donde analizamos específicamente la extinción contractual discriminatoria por enfermedad). Igualmente, se entenderán discriminatorias las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley. Como garantía, se recuerda que compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo.

Siendo la negociación colectiva la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo, es hasta cierto punto significativo (*vid*. nota 22) que el artículo 10 (Negociación colectiva) de la Ley 15/2022 disponga que, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos (*ex* artículo 85.1 ET), la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, entre otras causas, por razón de enfermedad[27]. Con independencia de los procesos negociadores, también se atribuye a la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa el "velar" por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos.

De entre las condiciones de trabajo sobre las que puede incidir un comportamiento discriminatorio por enfermedad, de las que con mayor frecuencia se han detectado regulaciones discriminatorias en los convenios colectivos son las relacionadas con las ausencias por bajas médicas, que afectan directamente a incentivos económicos o complementos salariales y a la jornada de trabajo y régimen de descansos, condicionando dicho absentismo por enfermedad, en algunos casos, el derecho a disfrutar de días de permisos retribuidos. Veamos algunos de estos casos.

---

[25] Resulta sorprendente que otra norma, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, haya modificado simultáneamente también el artículo 16.1.c LISOS, pero, en cambio, a diferencia de la modificación por la Ley 3/2023, sin hacer mención expresa alguna a la discriminación en el acceso al empleo por razón de enfermedad o de salud.

[26] Como ha destacado Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido…*, *op. cit.*, página 119, al no tipificar la LISOS las conductas discriminatorias antes de iniciada la relación de trabajo, la discriminación empresarial en el acceso al empleo era una conducta "atípica y, en consecuencia, no podía ser sancionada administrativamente".

[27] Además de dicha prohibición de discriminación, se hace un llamamiento a los poderes públicos para fomentar el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas. En el mismo sentido, se considera la negociación colectiva como una vía adecuada para establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, pudiendo en su caso establecerse (conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores) objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

En particular, encontramos en la negociación colectiva *pluses o incentivos económicos* vinculados a planes de reducción del absentismo. Alguno de estos sistemas de incentivos "penalizan" a los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal o por causas vinculadas a la enfermedad o al estado de salud. La SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), como ya hemos tenido ocasión de comentar, considera discriminatorias por enfermedad, y por tanto, contrarias a derecho, y nulas, unas cláusulas sobre *planes de absentismo* establecidos por el III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector del Contact Center conforme a las cuales, aun alcanzando los objetivos establecidos, *se suprime o reduce el cobro de los correspondientes pluses e incentivos cuando los trabajadores superan un determinado índice de absentismo*[28], *afectando concretamente a los trabajadores en situación de incapacidad temporal o que utilizan el permiso de acompañamiento a consultas médicas a personas a su cargo*[29], tratándose este último caso de un claro supuesto de discriminación por asociación. De este modo, ambas circunstancias, vinculadas a la enfermedad o condición de salud, esto es, (1) encontrarse en situación de baja médica (IT) y (2) acompañar a una persona a su cargo a consultas médicas, se penalizan como absentismo a efectos del percibo de la prima por incentivos, lo que constituye una evidente discriminación por enfermedad.

Igualmente, también como ya hemos comentado, ante un supuesto similar en el que se penaliza con la *pérdida de un complementos salarial* reconocido por el convenio colectivo aplicables solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377) considera discriminación por enfermedad el que las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo computen como absentismo a tales efectos, dispensando un trato peyorativo (la pérdida del complemento salarial) por razón de enfermedad.

Por su parte, la SAN de 13 de febrero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:496) declara la nulidad de las cláusulas de los planes de incentivos previstos en convenio, por constituir una *discriminación directa por razón de salud o enfermedad*, al considerar como "absentismo no recuperable" que excluye de la percepción de tales incentivos las *ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador*, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurren en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo (por lo que se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado períodos de IT en el tramo temporal de referencia).

Por otro lado, respecto a los *permisos retribuidos* reconocidos a los trabajadores, la SAN de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:1942) considera discriminatorio interpretar que el efectivo disfrute de los 4 días de libre disposición a lo largo del año que se reconoce como licencia retribuida por el artículo 53 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal esté condicionado por la exigencia de "un período de trabajo previo de tres meses por cada día de libre disposición", según la parte empresarial con el objetivo de reducir el absentismo, por cuanto, además de entender la Sala que se trata de tiempo de antigüedad y en ningún caso de tiempo de trabajo efectivo, dicha interpretación de la norma convencional "iría en contra de las actuales previsiones legislativas orientadas a la protección de

[28] Para la fijación de dichos índices se consideran las ausencias justificadas como no justificadas salvo las previstas en el artículo 37.3 ET y los equivalentes permisos retribuidos reconocidos por el artículo 30 del convenio colectivo aplicable, las vacaciones, los días libres por festivo trabajado, las horas de huelga, el tiempo destinado a reconocimiento médico anual de empresa y los créditos sindicales. Nada más.

[29] El artículo 31 (Permisos no retribuidos) del III Convenio Colectivo de Contact Center (BOE de 9 de junio de 2023) reconoce que "quienes tengan a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañarles a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación".

situaciones discriminatorias por razón de enfermedad" por afectar negativamente a los trabajadores en situación de baja médica por incapacidad temporal, pues si se interpretara en los términos interesados por la patronal "excluyendo del tiempo previo de trabajo de tres meses las situaciones de IT, estaríamos adoptando una solución contraria a la Ley 15/2022, pues situaríamos en desventaja discriminatoria en orden al derecho a disfrute de días de libre disposición a aquellos trabajadores que hubieran visto suspendidos sus contratos por razón de enfermedad".

No obstante, encontramos también otras condiciones de trabajo respecto de las que se puede detectar un trato discriminatorio por enfermedad, hasta incluso supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de movilidad funcional. En este sentido, la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406) considera como discriminación por enfermedad una "movilidad organizativa" que solo afectó a una trabajadora que se acababa de incorporar a la actividad laboral tras una baja por incapacidad temporal (y no al resto de personal).

4. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGIBILIDAD DE AJUSTES RAZONABLES PARA EL TRABAJADOR ESPECIALMENTE SENSIBLE POR SU CONDICIÓN DE SALUD

Aunque la salud y seguridad en el trabajo constituye también una condición de trabajo (trabajar de forma segura), la especial relevancia de la prevención de riesgos laborales aconseja un tratamiento específico en este estudio, mereciendo un análisis particular la *vigilancia de la salud y prevención de riesgos laborales*. Respecto de esta condición de trabajo también se reconoce la igualdad de trato y no discriminación por enfermedad que específicamente incorpora la Ley 15/2022. No obstante, ya la propia norma preventiva establecía garantías para no utilizar los resultados de tales controles médicos con fines discriminatorios, en la medida que el artículo 22 LPRL establece en particular: (a) que 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; (b) que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador; (c) que 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[30].

Esta intervención sanitaria en la empresa con finalidad de la vigilancia de la salud es delimitada por el artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, cuando dispone que en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar: (1) una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud; (2) una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores; y (3) una vigilancia de la salud a intervalos periódicos. De esta manera, durante la relación de trabajo nos encontramos con específicas obligaciones preventivas de la empresa para garantizar la seguridad y salud en el trabajo. Por ello, y sin perjuicio de los reconocimientos médicos previos al acceso al empleo que están expresamente previstos (*vid.* nota 23), el deber empresarial de vigilancia de la salud (*ex* artículo 22 LPRL) no puede

[30] No obstante, como excepción, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

retrotraerse a los momentos previos a la contratación, sino que la evaluación inicial de la salud del trabajador solo puede producirse con posterioridad a la incorporación al trabajo[31].

De este modo, la vigilancia de la salud presenta dos perspectivas.

1) Puede constituir una vía o un instrumento para conocer la enfermedad o condición de salud, el estado serológico o la predisposición genética de la persona trabajadora a padecer determinadas patologías o trastornos, y que dicho conocimiento "active" medidas o decisiones discriminatorias del empleador, por lo que, en los términos que contempla el artículo 22 LPRL, es necesario tomar necesarias cautelas que garanticen el derecho a la intimidad, la confidencialidad de los datos, la no comunicación a la empresa ni a terceros, y la prohibición de utilización con fines discriminatorios.

2) La igualdad de trato y no discriminación por enfermedad se predica también respecto de las condiciones de trabajo de los trabajadores que *por sus características personales o estado biológico* (potencialmente vinculados a su condición de salud, estado serológico o predisposición genética) sean especialmente sensibles a determinados riesgos, y active el mecanismo de protección del artículo 25.1 LPRL, que obliga al empresario a garantizar dicha protección de manera específica, teniéndolo en cuenta en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias. Entre éstas, podrían considerarse también los *ajustes razonables para adaptar el puesto de trabajo* y proteger la salud de las personas trabajadoras (aunque solo para aquellos trabajadores "enfermos" que cumplieran con las condiciones de ser considerados trabajadores especialmente sensibles)[32], y no proceder a dicha adaptación podría ser considerado discriminatorio. Pues aunque, como decíamos, el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad (y no con enfermedad, no expresamente a las personas que por su condición de salud, estado serológico o predisposición genética, presentan características personales o estado biológico que la convierten en trabajador especialmente sensible), tal y como se ha defendido, es plausible proceder a los *ajustes razonables que conlleve adaptación del puesto a los trabajadores especialmente sensibles por su enfermedad o condición de salud*:

[31] Así lo recuerdan, por ejemplo, Cabeza Pereiro, J. y Viqueira Pérez, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, páginas 116 y 117.

[32] En este sentido, *vid.* Gordo González, L.: "Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación...", *op. cit.*, página 115. Esta precisión, que el concepto "enfermedad" es diferente, no absolutamente coincidente y mucho más amplio que el de "trabajador especialmente sensible", en la medida que no todos los trabajadores enfermos o con una determinada condición de salud o estado serológico o predisposición genética lo serán, y que además también serían trabajadores especialmente sensibles los trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida. Ello ha llevado a sostener que la empresa no tiene obligación alguna de realizar ajustes razonables respecto del trabajador enfermo (Terradillos Ormaetxea, E.: "Discriminación por enfermedad", *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022, página 3) o que solo respecto a situaciones de "discapacidad", que no de "enfermedad o condición de salud", será exigible el mandato de "ajustes razonables" *ex* art. 6 de la Directiva 2000/78 (Agustí Maragall, J.: "El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)", *op. cit.*, página 32). En este último sentido, hay que reconocer que también el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Y en relación con esto, se ha argumentado que aunque de ello se infiere que la medida de ajustes razonables es exigible cuando la enfermedad se pueda considerar asimilable a la discapacidad (por su prolongación), pero no cuando se trata de proteger a personas que simplemente padecen una enfermedad, bien que sería lo razonable si ello fuera motivo de discriminación (Goñi Sein, J.L.: "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad", *op. cit.*, página 23).

(1) por un lado, porque también las personas con enfermedad o condición de salud susceptible de protección podrían ser discriminadas por la denegación de ajustes razonables requeridos en función precisamente de su enfermedad o condición de salud[33];

(2) por otro lado, porque el régimen jurídico de protección de la persona trabajadora con una enfermedad subsumible en el concepto de discapacidad es similar a aquella otra catalogada como especialmente sensible[34]; y

(3) finalmente, porque no se puede "apartar" a estos trabajadores especialmente sensibles de su trabajo sin más, básicamente porque la doctrina de los ajustes razonables se está consolidando como criterio en la tutela antidiscriminatoria en particular, y en la del conjunto de derechos fundamentales en general[35].

5. DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

5.1. La extinción contractual del trabajador enfermo

Hay unos supuestos extintivos especialmente problemáticos de cara a poder encubrir discriminaciones por razón de enfermedad.

5.1.1. Libre desistimiento durante el período de prueba

Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede desistir de la relación de trabajo, pero ello no significa que se puede hacer de forma arbitraria, ni mucho menos discriminatoria, sino que debe responder a razones objetivas. Tal y como veremos a continuación, muchos desistimientos empresariales pueden enmascarar auténticos despidos discriminatorios por enfermedad, siendo la consecuencia la nulidad de dicho "despido", como se constata, entre otras, en la STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAR:2024:375) o en la STSJ de Baleares de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:97).

---

[33] Alonso Paulí, M., Moro Valentín-Gamazo, A. y Alvarado Caycho, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, página 81, que además consideran plenamente aplicables los ajustes razonables que puedan requerir las personas trabajadoras no discapacitadas pero con una enfermedad o condición de salud susceptible de protección en función del tratamiento de la misma o de las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de las actividades laborales. Y más aún "cuando la evolución jurisprudencial comunitaria y nacional ha hecho extensiva la discapacidad a situaciones de enfermedad de larga duración, y cuando el legislador nacional ha introducido como factor de discriminación la enfermedad sin distinguir entre enfermedad de larga, media o corta duración ni establecer que la enfermedad tenga una determinada intensidad o gravedad".

[34] Gordo González, L.: "Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación…", *op. cit.*, página 116, que, sin embargo, reconoce que "no está tan claro que, si no fuera posible la adaptación del puesto o la incorporación de medidas preventivas a fin de evitar el riesgo, fuera preceptivo el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores especialmente sensibles. Sobre este debate *vid.* Moreno Solana, A.: "La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o aptos con limitaciones por el servicio médico de prevención", *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, página 5.

[35] García Salas, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, páginas 213 y 214, precisando que "ni tan siquiera es libre la empresa de apartarlos en todas aquellas circunstancias que pueden convertir a un trabajador en TES, aunque no suponga enfermedad: características personales y estado biológico, que, además de a patologías, pueden referirse a defectos, deficiencias o peculiaridades (miopías, obesidad, alergias, vértigos…, o las consecuencias naturales de la edad); que aun no generando incapacidad laboral, pueden agravarse, generar nuevos riesgos o impedir al trabajador dar respuesta a las exigencias psicofísicas del puesto". Y es que prevalece el derecho al trabajo, modulando las obligaciones preventivas del empresario, de manera que se haga posible continuar trabajando.

5.1.2. Despidos disciplinarios

Lo mismo se podría decir del despido disciplinario: puede encubrir despidos discriminatorios. Especialmente respecto a la alegación como incumplimiento contractual grave del trabajador que justificara la sanción de despido de *la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo*, podemos encontrar casos en los que lo que haya detrás sea una enfermedad o condición de salud del trabajador, y que sea ese el verdadero motivo de extinción. En tal caso, la consecuencia sería la nulidad del despido. Es el caso que reconoce, por ejemplo, y como más adelante se verá, la STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

5.1.3. Despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador

En el caso del despido colectivo y del despido objetivo sucede exactamente igual: hay que analizar, tal y como se verá a continuación, las pruebas indiciarias que aporte el trabajador para acreditar la posible discriminación por enfermedad y la aportación por parte empresarial de una justificación objetiva y razonable en la que se fundamente la extinción, y que esta decisión extintiva no tuviera nada que ver con la enfermedad o estado de salud del trabajador, o incluso que aun así estuviera legitimada la extinción (justificándola en la limitación objetiva que cause la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades: artículo 2.3 de la Ley 15/2022). En relación con esto último es especialmente interesante el análisis del despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador, cuando dicha ineptitud pudiera estar causada por su enfermedad o por la merma o deterioro de su salud, o incluso por el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, pues pudiera tratarse de una discriminación por enfermedad justificada objetivamente por la ineptitud para desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo. No obstante, y en relación con lo que en el siguiente epígrafe se argumentará, *planteamos la posibilidad de que*, si bien no se trata de un supuesto equiparable a la discapacidad, también en los supuestos de incapacidad permanente parcial o enfermedad o condición de salud que origine la ineptitud sobrevenida del trabajador para el desempeño de determinadas funciones, *previamente a la ejecución de un despido objetivo sea exigible al empresario la obligación de adaptar el puesto de trabajo o de realizar los ajustes razonables* para que, como alternativa a la extinción contractual, el trabajador pudiera seguir prestando servicios en otras condiciones.

5.1.4. La extinción contractual por incapacidad permanente

El 49.1.e del ET considera que la incapacidad permanente del trabajador (en sus grados de gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta) es causa de extinción del contrato de trabajo. De este modo, aunque no conceptualmente, sino solo a estos efectos extintivos, se está equiparando la *incapacidad permanente* (que puede tener su origen en enfermedad o accidente o cualquier otra condición de salud) a la *muerte* del trabajador. Pero ahondando en este concepto de incapacidad permanente, lo más relevante es su conexión con la *discapacidad* y la *enfermedad*. Por un lado, desde un punto de vista conceptual, se está también equiparando *discapacidad* e *incapacidad permanente*, en la medida que la declaración de la situación de incapacidad permanente supone el reconocimiento de una discapacidad[36]. Por eso, formalmente, en este caso estaríamos hablando de discapacidad como causa discriminatoria. Pero dicha situación de *discapacidad-incapacidad permanente* puede estar generada por una enfermedad o un accidente que afecta a la salud del trabajador, y en tal caso,

[36] Artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (conforme a la redacción dada por el apartado 1 de la Disposición Final 2º de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo): "se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

indirectamente, estaríamos también ante *una enfermedad o condición de salud que deviene en dicha discapacidad-incapacidad permanente*, que constituye la causa extintiva. Por todo ello entendemos que al trabajador en situación de discapacidad-incapacidad permanente le sería de aplicación la *exigencia de ajustes razonables previamente a la extinción contractual*.

En relación con esto, la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *J.M.A.R* y *Ca Na Negreta S.A*., ha declarado que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, *debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva*. Por tanto, la extinción contractual por incapacidad permanente del trabajador (ex artículo 49.1.e ET) *no opera automáticamente*, no es una causa de extinción automática. Establece una obligación empresarial de realizar los ajustes razonables necesarios para mantener la prestación de servicios y el contrato de trabajo. Solo se extinguiría el contrato de trabajo si la empresa pudiera acreditar que no son posibles tales ajustes razonables o que éstos constituyen una carga excesiva[37]. De lo contrario nos encontraríamos ante un despido discriminatorio por razón de discapacidad (y por extensión, enfermedad), siendo la consecuencia la nulidad de dicha extinción.

5.2. La nulidad del despido discriminatorio por enfermedad del trabajador

5.2.1. Antecedentes: la nulidad del despido producido durante la suspensión por incapacidad temporal

Si bien es cierto que hasta ahora no se consideraba la enfermedad y la condición de salud como específica causa discriminatoria que conduciría a la declaración de nulidad de un despido cuya procedencia no haya podido acreditarse, también lo es que hasta la reforma laboral de 1994 dicha circunstancia estaba formalmente considerada y provocaba la nulidad del despido del trabajador que por enfermedad estuviera en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, como caso particular del genérico reconocimiento de la nulidad del despido del trabajador con el contrato de trabajo suspendido. Así, el ET originario de 1980, en su artículo 55.6, establecía que el despido de un trabajador *que tenga suspendido un contrato de trabajo* se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia. En el mismo sentido, el artículo 102.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (también de 1980) disponía que *sólo se declarará nulo el despido cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo* y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley[38].

[37] En este sentido, la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20, *HR Rail*, ha precisado que el concepto de "ajustes razonables" implica que un trabajador que ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario.

[38] También la posterior LPL de 1990 mantuvo la prohibición de despido de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia (artículo 108.2.b), garantizando que la sentencia de declaración de nulidad del despido se ejecutaría en sus propios términos cuando se fundamente en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión. En relación con ello, Agustí Maragall, J.: "La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía", *Jurisdicción Social*, núm. 235, 2022, página 10, subraya que esta protección frente al despido del trabajador en situación de incapacidad temporal estaba en consonancia con el artículo 6.1 del

Pero la reforma laboral de 1994 suprimió dicha consideración. Y aunque el ET no haya vuelto a contener una regla específica de nulidad del despido por discriminación por enfermedad, ni siquiera tras la Ley 15/2022, es evidente que al haber recogido ésta como causa específica de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud del trabajador, entra dentro de la tutela que el actual artículo 55.5 ET dispensa frente al despido discriminatorio. Por ello, a través de esta remisión genérica a las discriminaciones prohibidas por la Constitución o la Ley, la norma estatutaria reconoce la nulidad del despido de un trabajador enfermo que no ha sido calificado como procedente, por discriminatorio.

5.2.2. La nulidad del despido discriminatorio por enfermedad y el estéril debate sobre la necesidad de que la Ley 15/2022 hubiera tenido rango de ley orgánica

Conforme al artículo 55.5 ET, será nulo el despido que (1) tenga por móvil "alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley"[39] (en concreto, las referidas en el artículo 14 CE y en la Ley 15/2022, que desarrolla y amplía legalmente el listado de causas discriminatorias que dejaba abierto el texto constitucional) o bien (2) se produzca "con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora".

No obstante, se ha argumentado a favor de reconocer con carácter general la improcedencia (y no la nulidad) del despido sin causa de un trabajador en situación de enfermedad por considerar que la Ley 15/2022 no es eficaz al incorporar la enfermedad como factor de discriminación, por no tratarse de una ley orgánica[40], con lo que aquí nuevamente trasciende el debate doctrinal al que aludíamos en 1.7.[41].

Por nuestra parte, entendemos, tal y como hemos señalado (*vid.* nota 36), que dicha controversia es en este punto irrelevante. No hay duda de que hay una ley (vigente y no declarada inconstitucional) que reconoce como causa de discriminación la enfermedad, y un despido que tuviera dicha causa como móvil adolecería de nulidad. Ni siquiera consideramos que sea necesaria

Convenio núm. 158 de la OIT de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo (ratificado por España en 1985) que dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación de trabajo. Con ello, el despido en situación de incapacidad temporal sería equiparable a la actualmente denominada "tutela objetiva" de las situaciones especialmente protegidas (vinculadas a la maternidad, paternidad, embarazo, ejercicio de los derechos de conciliación).

[39] Se trata de una disyuntiva ("o"): la causa de discriminación prohibida puede contemplarla la Constitución o la Ley. Y en este caso, y con independencia del debate de si su naturaleza debería ser de ley orgánica u ordinaria, no hay duda de que la Ley 15/2022 está en vigor y constituye derecho vigente.

[40] Monreal Bringsvaerd, E.: "Enfermedad, discriminación y despido…", *op. cit.*, página 37, que considera que los despidos de personal en situación de baja médica por IT son improcedentes, no nulos, porque no estaríamos ante un despido que tenga como móvil una causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, ya que interpreta que *la Ley 15/2022 no es eficaz por la ausencia de rango orgánico* de su artículo 2.1. Y así, concluye en la página 47 que se hubiera necesitado "rango orgánico para introducir en nuestro ordenamiento el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad", advirtiendo que conforme el artículo 28.2 LOTC, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucionales, por infracción del artículo 81.1 CE, las leyes ordinarias que hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica".

[41] Debate a favor o en contra de su regulación por ley ordinaria, a la que se suman Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario", *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024, página 14, cuando se cuestionan ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? Su respuesta es sencilla y pragmática: porque la Ley 15/2022 no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce expresamente el legislador. En relación con esto, *vid.* López Insua, B.M.: "La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?", *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

una expresa concreción como causa discriminatoria por parte del artículo 55.5 ET, pues eso ya lo ha hecho la Ley 15/2022 (que ha definido una nueva "causa de discriminación prohibida (…) en la Ley": la enfermedad o condición de salud). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de suplicación, declarando tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la *nulidad del despido sin causa que se fundamenta en una discriminación por enfermedad*[42]. Por tanto, las previsiones de la Ley 15/2022 determinan que, en principio, un despido *ad nutum* que tenga por móvil la enfermedad sea discriminatorio y, por lo tanto, debe ser declarado nulo.

Sin embargo, el despido discriminatorio por enfermedad necesita ser acreditado para poder declarar su nulidad. En todo caso, hay que destacar que ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 una situación de incapacidad temporal del trabajador puede conllevar sin más y de forma automática, que la misma sea acreedora de la declaración de nulidad, ya que ni siquiera el poder ser considerada ahora como causa de discriminación (por causa de la enfermedad) es suficiente si no aparece como la causa del despido, pues solo el que obedezca a ella como móvil puede merecer la calificación de nulidad. Habrá que estar a cada caso concreto para dilucidar si en el despido ha habido discriminación por enfermedad, en cuyo caso éste sería nulo; o si no existen indicios de que la causa discriminatoria sea la enfermedad, en cuyo caso el despido sería improcedente (si no procedente)[43]. Por tanto, la mera situación de enfermedad del trabajador no genera la nulidad del despido, *no se trata de un supuesto de nulidad objetiva*[44] por lo que la jurisprudencia, con fundamento en el artículo 96.1 LRJS, en el artículo 177.1 LRJS, en el artículo 181.2 LRJS, así como en el propio artículo 30.1 (Reglas relativas a la carga de la prueba) de la Ley 15/2022[45], considera que para que un despido discriminatorio por enfermedad de la persona trabajadora fuera declarado nulo es necesario un denominado *test de aplicación*[46]:

---

[42] Por ejemplo, la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290) considera que la vinculación enfermedad/discapacidad como elemento esencial para la apreciación de un factor de discriminación ha sido superada, afirmando la plena y obligada aplicación de la Ley 15/2022, lo que a su vez conecta con la propia previsión literal del artículo 55.5 ET cuando funda la nulidad del despido en las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley. En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869) entiende que para examinar la nulidad de un despido que se basa en la alegación de discriminación por razón de enfermedad, hay que tener en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 (el 14 de julio de 2022) "la enfermedad es ahora una causa que está legalmente prevista como causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, que es la circunstancia que exige el artículo 55.5 ET para la declaración de nulidad del despido".

[43] La STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) precisa que "no se han modificado las causas de nulidad del despido, *ex* art. 55.5 ET, tampoco la Ley 15/2022, establece supuestos de nulidad objetiva como en el precepto indicado, maternidad, y otros". Por tanto a la hora de analizar un despido en situación de enfermedad "puede resolverse tanto la nulidad como la improcedencia, de tal forma que la declaración de nulidad exigirá acreditar que el cese laboral sea consecuencia de situación de enfermedad o estado de salud; y si se presenta como ajeno, bien por razones disciplinarias u otras, derivadas del proceso, u objetivas que imposibilitan para el ejercicio de determinadas actividades, o por razón de salud pública, el despido podría ser correcto o improcedente".

[44] Como señala la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), en el caso de un despido discriminatorio por enfermedad "no nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, pues de haberlo querido así el legislador, tendría que haber modificado los artículos 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LRJS".

[45] Conforme al cual, *cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia*, *corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*

[46] Así, la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291), la STSJ de Cantabria de 12 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:253), la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869), la STSJ de Cantabria de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:973), la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), la STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCL:2024:1001), entre otras muchas, precisan que el "*test de aplicación* en casos de enfermedad para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma" exige: a) comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; b) determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del

1) Se debe constatar *la existencia de la enfermedad* (o condición de salud, o estado serológico o predisposición genética), lo que será sencillo cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal (de baja médica); y cuando no, habrá que aportar la prueba que la acredite.

2) Se debe *demostrar una conexión causal entre la enfermedad del trabajador y su despido*. Esto es, se debe contar con indicios suficientes para apreciar discriminación por enfermedad. Como hemos indicado, no tratándose de un supuesto de nulidad objetiva del despido, sino causal, extraña a automatismos, es necesario aportar indicios suficientes de que su motivación constituya una discriminación por enfermedad, y en suma, que configuren un panorama favorable de apreciación[47]. Así, *no basta con acreditar la existencia de enfermedad* (si fuera así, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, similar, por ejemplo, al de la trabajadora embarazada), sino que es necesario aportar elementos de valoración adicionales que permitan inducir que la decisión extintiva del empresario pudiera tener como causa precisamente la enfermedad del trabajador (y no otra), esto es, indicios[48]. Por lo tanto, se deben aportar al proceso elementos indiciarios sólidos que permitan invertir la carga de la prueba. Corresponde al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado, le ha despedido, por razón de su enfermedad[49].

3) Que no sea acreditado por el empleador que la extinción haya tenido fundamento en otra causa distinta a la enfermedad, situación de IT o condición de salud del trabajador. Esto es, comprobar que no existe justificación objetiva y razonable que pudiera excluir la causa discriminatoria.

De estas exigencias, vamos a referirnos específicamente a las dos últimas, puesto que la primera se trata simplemente de constatar la existencia de enfermedad o condición de salud que pudiera ser causa de discriminación.

---

despido ha sido la enfermedad; y c) en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

[47] STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

[48] Para la STS de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4886) tales indicios deben ser entendidos como "fenómenos que permiten inferir la existencia de otros no percibidos". Exigiéndose que tales indicios "generen una razonable sospecha o presunción a favor del alegato de discriminación". Siendo el afectado por la eventual infracción quien debe aportar un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la parte demandada ha actuado guiada por intereses ilícitos contra derechos fundamentales racionalmente reconocidos. De esta manera, en el correcto entendimiento del artículo 181.2 LRJS los indicios son "señales o acciones que manifiestan o evidencian (de forma inequívoca) algo oculto, lo que resulta muy diferente de sospechar que es imaginar algo por conjeturas fundadas en las apariencias".

[49] En este sentido, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) manifiesta que incumbe al trabajador la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la discriminación, aunque "la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena". Igualmente, la STSJ de Extremadura de 19 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJEXT:2023:1050) reconoce que la Ley 15/2022 incorpora como causa discriminatoria la enfermedad (además de la discapacidad) pero dicha causa no opera como supuesto de nulidad objetiva, en tanto en cuanto no se ha modificado el artículo 55.5 ET, lo que conlleva "que la decisión empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría la nulidad de la misma siempre que se aporten indicios suficientes por parte del trabajador que afirma dicha discriminación", esto es, indicios de que "el despido se fundamenta esencialmente en la situación de baja médica". Todo ello significa que "el trabajador debe aportar un indicio de tal discriminación, pues en principio la sola situación de IT no tiene porqué generar la declaración de nulidad del trabajador en incapacidad temporal. A saber, la mera situación de enfermedad no genera la nulidad del despido". También la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291) recuerda que "quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe aportar al proceso elementos indiciarios sólidos que permitan invertir la carga de la prueba", y no pueden considerarse como tales "las meras referencias a la existencia de una vulneración constitucional, sino que debe alegarse la existencia de un indicio que permita deducir la posibilidad de que ha podido producirse la alegada vulneración", aunque "ello no implica que deba exigir de la persona trabajadora una prueba plena del elemento indiciario que alega (…), ya que basta con que consten probados hechos de los que resulte una presunción o apariencia de la vulneración del derecho fundamental".

5.2.3. Valoración de los indicios de despido discriminatorio por enfermedad: nulidad o improcedencia

En primer lugar, aunque el simple hecho de que un trabajador se encontrara en situación de incapacidad temporal cuando tiene lugar el despido se ha calificado de indicio de discriminación *débil* (en el sentido de que no basta por sí mismo para acreditar la discriminación)[50] éste es un punto de partida, un primer indicio (que además, como ya hemos señalado, al mismo tiempo acredita la existencia de enfermedad). No obstante, en algún caso, sí que se ha reconocido con carácter general, que se presume que hay *indicios suficientes* y circunstancias objetivas de discriminación por enfermedad *cuando la persona trabajadora despedida se encontraba en situación de incapacidad temporal* y la empresa no justifique de forma objetiva y razonable la extinción[51]. Pero no se olvide que la causa discriminatoria no es la situación de incapacidad temporal, sino la enfermedad. Enfermedad e incapacidad temporal no siempre coinciden. Puede haber situaciones de enfermedad sin baja laboral que constituyan una desventaja para el trabajador, que constituyan causa discriminatoria prohibida. Por ello lo relevante es que haya indicios suficientes para acreditar la discriminación por enfermedad, con independencia de si el trabajador se encuentra en situación de IT o no. En este sentido, se ha destacado que la protección antidiscriminatoria no exige que el trabajador se encuentre en situación de *incapacidad temporal*, puesto que el factor protegido es la *enfermedad o condición de salud* y la enfermedad no puede amparar diferencias de trato por razón de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades[52].

Por eso, para valorar la existencia de indicios suficientes para vincular (o no) el despido con la enfermedad del trabajador, y por tanto, para considerar dicho despido discriminatorio por enfermedad como nulo (o si no improcedente), por tener precisamente su causa en ella, hay que tener en cuenta una multiplicidad de criterios y circunstancias. La mayor o menor gravedad de la enfermedad, su mayor o menor duración, su incidencia y las consecuencias y secuelas previsibles, etcétera, pueden constituir circunstancias relevantes e indicios a la hora de apreciar la existencia de un móvil discriminatorio

[50] La STSJ de Murcia de 30 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJMU:2024:932) reconoce que el hecho de que el demandante se encontrara en situación de incapacidad temporal puede ser valorado como un indicio de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud. Ahora bien "la apreciación de tales indicios no implica que haya de considerarse probada la vulneración de derechos fundamentales, sino que únicamente provoca el desplazamiento hacia la empresa demandada de la carga de aportar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas (en este caso el despido) y de su proporcionalidad".

[51] En este sentido, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) considera que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora, esto es, la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba al tiempo del despido, permite inferir un panorama indiciario que habilita a la inversión de la carga de la prueba. Ello es así, cuando la empresa no acredita la concurrencia de una justificación objetiva y razonable de que, pese a encontrarse la persona trabajadora en situación de IT, el motivo de la extinción contractual nada tiene que ver con la enfermedad o condición de salud del trabajador.

[52] La STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211) declara la nulidad de un despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada del rendimiento del trabajador por entender que constituye discriminación por enfermedad (una hernia umbilical provocada por su trabajo y por la que el trabajador no se dio de baja médica, pero que le impedía desempeñar correctamente su habitual trabajo de carga). Argumenta que no consta que la empresa al tiempo de formalizar el despido conociera que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, pero ese desconocimiento carece de relevancia atendido el contexto. La empresa sí conocía el accidente y el estado físico en el que el trabajador se encontraba. Sabía que a raíz del accidente el trabajador presentaba limitación a esfuerzos (labores de esfuerzo habían causado la que resultó ser hernia umbilical y el trabajador sentía punzadas en la ejecución de ese tipo de tareas), sin embargo no dudó en aperturar un expediente sancionador *por disminución voluntaria y continuada en su rendimiento en el trabajo*, mera apariencia para cubrir formalmente el trámite, ya que no solo no contenía imputaciones concretas frente a las que el trabajador pudiera defenderse, sino que además concluyó dando por acreditados unos muy graves incumplimientos que, seguidamente, no se molestó siquiera en tratar de probar en el acto de la vista. Por ello podemos afirmar que si bien el despido se formaliza al término del expediente ya estaba decidido desde su inicio, siendo su razón última la dolencia del trabajador, motivada por un accidente laboral, que le impide realizar el trabajo "de forma correcta"

por enfermedad. Igualmente, se han destacado como posibles indicios[53] la coincidencia en el tiempo de despido y enfermedad, el que la empresa tuviera conocimiento de la misma, que se trate de una reacción empresarial inmediata tras conocer la baja médica del trabajador, que se eliminen las previsiones objetivas de continuidad del trabajador en la empresa al conocer su enfermedad, el cambio de actitud empresarial frente a incumplimientos laborales del trabajador enfermo en relación con incumplimientos anteriores a la incapacidad temporal, cuando otros trabajadores reciben un trato diferente al trabajador enfermo, cuando existen antecedentes, es repetido o generalizado un tratamiento empresarial discriminatorio por enfermedad (cuando no es la primera vez), o cuando se aporten comentarios empresariales informales sobre el malestar o desagrado que ha provocado la situación de incapacidad temporal del trabajador.

Por otro lado, se puede utilizar como indicio suficiente de discriminación por enfermedad no sólo el hecho de que la persona trabajadora se encuentre enferma (y en su caso, también en situación de incapacidad temporal), sino también la propia conducta empresarial manifiestamente fraudulenta o carente de justificación objetiva[54].

El análisis jurisprudencial nos revela una elevada casuística, pero en ella se pueden detectar algunas tendencias interpretativas. Así, la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones que existen indicios suficientes para asegurar que el despido obedece a un móvil discriminatorio por razón de enfermedad[55], por lo que ha declarado el despido como nulo; pero también es cierto que con frecuencia los tribunales no han apreciado indicios de discriminación por enfermedad suficientes, por ejemplo cuando ya estaba fijada con anterioridad a la enfermedad la extinción contractual[56], o

[53] *Vid*. Galán Gutiérrez, C.J.: "Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023, páginas 299 a 303.

[54] En este sentido, la STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAR:2024:375), considera nulo por discriminación por enfermedad un "despido" de una trabajadora a la que se comunicaba no haber superado satisfactoriamente el período de prueba cuando se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes con diagnóstico de lumbociática, precisando que si bien es cierto que no basta simplemente con que una persona esté enferma para entender que, si se extingue su relación laboral, hay que apreciar que existe un despido nulo, sin embargo "en este caso no es solo esa enfermedad lo que hay que considerar sino la conducta claramente fraudulenta de la empresa al constituir la relación laboral, junto con la también claramente inexistente justificación del motivo por el que la extinguió", tanto más sorprendente por cuanto la empresa, tras una contratación temporal previa, acababa de suscribir con la trabajadora un contrato indefinido, "lo que en buena lógica solo puede entenderse en el sentido de que estaba plenamente satisfecha con el rendimiento de la trabajadora y por eso mismo resulta más injustificado que pocos meses después extinguiera la relación laboral (…) a los dos meses de iniciar una baja médica alegando falta de superación de un periodo de prueba que tampoco era válido, y sin causa alguna que realmente justificase esa medida".

[55] Por ejemplo, la STSJ de Asturias de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:467) entiende que "el carácter indefinido de la relación laboral, la continuidad en la prestación de servicios a tiempo completo y el inicio de un proceso de incapacidad temporal por un grave problema de salud conocido por la empresa constituyen indicios razonables de que la decisión empresarial extintiva pudiera responder a la enfermedad del trabajador". Igualmente, la STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) destaca cómo los indicios aportados "ponen de manifiesto una conexión temporal entre el inicio de la enfermedad de la trabajadora y la comunicación de cese por no superación del periodo de prueba, como una respuesta reactiva de la empresa, ante la situación de imposibilidad de acudir al trabajo, por citas médicas de la trabajadora por enfermedad", y por tanto, quedando constatado que el despido tuvo su razón en la situación de enfermedad comunicada, y no habiéndose aducido por la empleadora causa alguna que justifique la decisión de cesarla por no superación del periodo de prueba, el despido "ha de calificarse de nulo como constitutivo de lesión al derecho fundamental a la integridad física art. 14 y 15 CE, y causante de discriminación por razón de enfermedad o motivo de salud, art. 26, en relación con el art.2.1 de la Ley 15/2022, ya que está motivado en un factor de discriminación como es la enfermedad".

[56] Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:2116) considera que *no se aprecia indicio de discriminación suficiente* cuando la fecha de extinción contractual estaba prevista desde mucho tiempo antes de que se produjera la baja médica del trabajador. En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 10

cuando ni siquiera se puede probar la existencia de enfermedad[57], o solo se acredita la atención en un consultorio médico[58]. De esta forma, de no haberse aportado indicios suficientes de la conexión del despido con la enfermedad del trabajador, esto es, no quedando acreditado que el despido constituya realmente una discriminación por enfermedad, no cabe la nulidad, sino la improcedencia.

5.2.4. Ausencia de una justificación objetiva y razonable de que la extinción contractual no tiene como causa una discriminación por enfermedad o incapacidad temporal

En el caso de que haya indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad[59], es necesario determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria, y de este modo caben dos posibilidades: 1) que acredite que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador; o 2) o que no lo pueda acreditar porque la causa del despido sea realmente la enfermedad.

Por tanto, el despido sería *improcedente*, y no nulo, si hay una circunstancia objetiva que permite inferir que el despido carece de móvil discriminatorio. Las justificaciones objetivas y razonables, que deben respetar el principio de proporcionalidad, pueden acreditar que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador[60].

de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970) considera que, en los supuestos en que un contrato temporal se extingue al llegar la fecha predeterminada y conocida de su finalización, *a priori no existe un panorama indiciario de discriminación*, puesto que la extinción aparece *prima facie* debida a la propia finalización pactada del contrato y ello aunque se pueda llegar a determinar que la temporalidad del contrato no era correcta y por ello el despido no pueda ser declarado procedente. Y en este caso, además no existe el más mínimo elemento que permita inducir que, de no haber concurrido la baja médica del trabajador, el empresario hubiera prorrogado el contrato.

[57] La STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), ante un supuesto de despido por causas objetivas por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la incorporación del trabajador a la empresa, considera que "no existe ni un solo indicio que permita concluir que la empresa discriminó al actor por enfermedad". En la demanda en ningún momento se detalla cuál es la enfermedad que presenta, ni si se había comunicado a la empresa, ni cuál es la razón por la que entiende que la empresa le discrimina. En el acto del juicio, no se aporta ni una sola prueba de la existencia de enfermedad alguna que padezca el demandante ni un solo informe médico.

[58] Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) no deduce indicio alguno de discriminación por enfermedad, puesto que ni siquiera existe baja médica por IT y lo único que se considera probado es que la trabajadora fue atendida en el consultorio médico de su localidad el mismo día que se fechó la comunicación de despido disciplinario. En este mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:222), ante un caso de desistimiento empresarial durante período de prueba que se pretende nulo por discriminación por enfermedad simplemente por haber acudido la trabajadora a una cita médica, entiende que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora y declarada probada, esto es, la ausencia al trabajo para acudir a cita médica dos días antes de la extinción contractual comunicada, permite inferir *un débil panorama indiciario*, puesto que la mera asistencia a consulta médica no justifica la existencia de enfermedad, y menos aún su conocimiento por la empresa (al no estimarse probado que la entidad conociese el motivo de la consulta y menos aún su resultado). Por ello, y constatado que no se había pactado una duración concreta del período de prueba y que no queda acreditada discriminación por enfermedad, se declara la improcedencia (y no la nulidad) del "despido".

[59] En algún caso se ha considerado que no sería necesaria dicha carga probatoria a la empresa (de cara a eludir la nulidad del despido) si no concurrieran indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad. Así, la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), confirma que la ausencia de cualquier tipo de indicio "no obliga al empresario a probar la causa que justifica el despido, pudiendo este admitir su improcedencia ante la imposibilidad de acreditarla".

[60] Por ejemplo, la STSJ de Murcia de 30 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJMU:2024:932) entiende que "no hay duda que la empresa acreditó de forma palmaria que su decisión disciplinaria extintiva de la relación laboral nada tenía que ver con un ánimo discriminatorio por el hecho de que el trabajador estuviera en situación de incapacidad temporal sino en el hecho de que, partiendo de esa situación incapacitante, se habían desarrollado actividades incompatibles con la misma que perjudicaban la recuperación de la capacidad funcional". Igualmente, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) ha considerado improcedente el despido objetivo por causas económicas de una trabajadora de baja por síndrome cervicobraquial, cuando se acredite la concurrencia de circunstancias justificativas, aunque no fueran alegadas en la carta de despido, puesto que las deficiencias formales del despido y de la carta solamente determinarán la declaración de improcedencia del mismo, y en el presente

Por otro lado, si la empresa no prueba ni acredita una justificación objetiva y razonable (incluso si se trata de desistimiento durante el período de prueba) que desvirtúe los indicios de discriminación por enfermedad alegados por el trabajador, se considera que el móvil discriminatorio es la enfermedad, y el despido sería calificado como *nulo*[61]. Pero en tal caso, como se ha recordado[62], también podría quedar excluida la antijuridicidad si (1) la diferencia de trato derivara de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2 de la Ley 15/2022); o (2) si la extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública (artículo 2.3 de la Ley 15/2022).

5.2.5. Indemnización adicional por daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales derivados de la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad

Por tanto, como se ha comprobado, la declaración de la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad dependerá de la valoración que en cada caso realice el juzgador sobre la concurrencia de indicios de discriminación y la eventual justificación alegada por el empleador. Hasta el momento contamos con la jurisprudencia de suplicación. Habrá que estar a la espera de los próximos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

En cualquier caso, de declararse la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad, la consecuencia será la obligación de la empresa a la inmediata readmisión de la persona trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir (artículo 113 LRJS y artículo 55, apartados 5 y 6, ET).

Pero adicionalmente está prevista una indemnización por daños y perjuicios (artículos 182.1.d, 183 y 184 LRJS). De este modo, los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, aunque la cuantificación de la correspondiente indemnización quede a criterio judicial[63]. Por su parte, el artículo 27.1 (Atribución de responsabilidad patrimonial

caso se interpreta que "concurre un elemento objetivo que permite presumir que *el cese del trabajador derivó de una causa totalmente ajena al móvil discriminatorio*" (acreditadas pérdidas económicas persistentes que obligan a cerrar el restaurante). También la STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291) estima que "la decisión empresarial no tuvo su causa en el proceso de enfermedad (…), sino que derivó de las referidas circunstancias profesionales de la empleada"; y la STSJ de Castilla La Mancha de 24 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:1383) considera "que no procede la declaración de nulidad del despido de la recurrente, al no apreciar la existencia de discriminación por enfermedad en la decisión de la empresa, que ha sido tomada en base al informe del servicio médico de prevención, emitido tras su incorporación laboral, informe en el que se concretan las limitaciones en las que se ve afectado, en relación explícita con las tareas que conforman su desempeño".

[61] Así sucede, por ejemplo, cuando la STSJ de Aragón de 4 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJAR:2023:834) aprecia que ninguna justificación razonable y válida es el haber recurrido la empresa a un despido objetivo por la causa productiva (no acreditada) que especifica la carta de despido, tras una prolija exposición de algunos aspectos de la situación económica y productiva de la empresa, cuando "la prueba practicada por la empresa no ha sido pues suficiente para desvirtuar los indicios de discriminación por enfermedad del demandante". También la STSJ de Galicia de 13 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJGAL:2024:1823) o la STSJ de Baleares de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:97), que ante una comunicación empresarial de desistimiento a un trabajador en situación de incapacidad temporal derivada de una enfermedad común con diagnóstico de depresión neurótica, al que había previamente presionado para su alta e incorporación al trabajo, declara la nulidad del "despido" por discriminación por enfermedad.

[62] STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406); STSJ de Madrid, de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970).

[63] Por todas, la STS de 8 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:58): los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. De este modo, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su concreción, en tanto que en

y reparación del daño) de la misma Ley 15/2022, dispone que la persona física o jurídica que cause discriminación (también por razón de enfermedad) "reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible", de tal modo que "acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido". Nos encontramos así con la automaticidad del reconocimiento de daños morales derivados de la nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad que ha vulnerado el derecho fundamental del principio de igualdad y no discriminación[64].

6. EPÍLOGO

La enfermedad ha sido (y sigue siendo) un concepto difuso, amplio, que entronca con otros conceptos cercanos con los que en determinados aspectos y circunstancias se solapa parcialmente y confunde. Así ha ocurrido con la equiparación de determinadas enfermedades a situaciones de discapacidad, con la consideración de la enfermedad como posible origen y causa de situaciones de incapacidad temporal o de incapacidad permanente, o como situaciones de ineptitud del trabajador. Pero al configurarse la enfermedad (o condición de salud), de manera específica y autónoma, como causa de discriminación expresamente prohibida, especialmente merecedora de tutela antidiscriminatoria en las distintas facetas y ámbitos de las relaciones de trabajo, es necesario una revisión conceptual de esas conexiones entre enfermedad y esos otros conceptos próximos con los que se puede confundir. Esta especial protección frente a las discriminaciones por razón de enfermedad se refuerza en el mismo momento del acceso al empleo y de la contratación de la persona trabajadora, en la determinación de las diversas condiciones de trabajo y, cómo no, en relación con la extinción de la relación jurídico-laboral.

Con independencia del rango de la norma legal que incorpora la enfermedad (o condición de salud o estado serológico o predisposición genética a padecer determinadas patologías) como causa discriminatoria expresamente prohibida, es evidente que dicho reconocimiento legal determina *per se* la aplicación de la regla de la nulidad del despido que tenga móvil discriminatorio. Pero al no haberse configurado como un supuesto de nulidad objetiva o directa (lo que, dada la elevada casuística que presentan las situaciones relacionadas con la salud del trabajador, valoramos positivamente), para declararse la nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad es necesaria la comprobación judicial, (1) en primer lugar, de un *elemento objetivo*, esto es, de la existencia de la situación de enfermedad del trabajador, o en su caso, de la correspondiente condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir determinadas patologías; (2) en segundo lugar, de una *conexión causal*, que dicha enfermedad es la verdadera causa de la extinción contractual, para lo que el trabajador deberá aportar indicios suficientes de dicho vínculo, de dicha conexión, de que el despido ha sido consecuencia de la enfermedad; y (3) en tercer lugar, de un *criterio excluyente*,

esta materia se produce la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

[64] La STSJ de Castilla La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) reconoce que solicitada por la trabajadora la indemnización por daños y perjuicios morales, y existiendo una vulneración del derecho fundamental del artículo 14 CE, procede conceder a la trabajadora recurrente, una reparación indemnizatoria. Y conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que deja la cuantificación de la indemnización a criterio judicial, opta por utilizar orientativamente los criterios fijados por la LISOS: "no fijándose criterios para la determinación, ni alusión de concretos perjuicios derivados de la decisión empresarial (…) realizaremos la cuantificación de los mismos de modo orientativo con arreglo a la LISOS".

que por parte del empleador no se haya podido justificar de forma objetiva y razonable que la causa decisoria sea totalmente ajena a la enfermedad del trabajador, o incluso que siendo la causa del despido la enfermedad del trabajador, no haya podido acreditar que la decisión extintiva no suponga un trato discriminatorio por constituir una diferencia de trato derivada de las limitaciones objetivas que la enfermedad imponga para el ejercicio de determinadas actividades o para el desempeño de determinadas funciones. A la espera de próximos pronunciamientos aclaratorios e interpretativos por parte del Tribunal Supremo, hasta el momento la jurisprudencia va resolviendo en función de las circunstancias concretas de cada caso, considerando como discriminatorios por razón de enfermedad (y por tanto, nulos) algunos despidos, pero otros no, conforme a las líneas interpretativas expuestas en el presente estudio.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Aguilera Izquierdo, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

Agustí Maragall, J.: "El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)", *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 243, 2023.

Agustí Maragall, J.: "La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía", *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022.

Almendros González, M.A.: "La enfermedad/salud como causa discriminatoria en las relaciones laborales y en la protección social", comunicación pendiente de publicación y presentada al VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): "Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital", pendiente de publicación, 2024.

Alonso Paulí, M., Moro Valentín-Gamazo, A. y Alvarado Caycho, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lebrevre, Madrid, 2024.

Álvarez del Cuvillo, A.: "La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.

Asquerino Lamparero, M.J.: "La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.

Ballester Pastor, I.: "La expansión aplicativa de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023.

Cabeza Pereiro, J. y Viqueira Pérez, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Cordero Gordillo, V.: "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023.

Galán Gutiérrez, C.J.: "Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023.

García Salas, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Gordo González, L.: "Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo", *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario "Tormenta de reformas", 2023.

Goñi Sein, J.L.: "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad", *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022.

López Insua, B.M.: "La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?", *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario", *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Revista Crítica de Relaciones Laborales (Laborum)*, núm. 4, 2022.

Monreal Bringsvaerd, E.: "Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023.

Moreno Solana, A.: "La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o actos con limitaciones por el servicio médico de prevención", *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.

Terradillos Ormaetxea, E.: "Discriminación por enfermedad", *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022.

Villarino Moure, C: "A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación", *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 252, 2024.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El despido barato italiano: sobre la necesaria derogación del "Job's Act" y del "contratto di lavoro a tutele crescenti", diez años después de su introducción[1]

The Italian cheap dismissal: on the necessary derogation of the "Job's Act" and the "contratto di lavoro a tutele crescenti", ten years after its introduction

Stefano Bini *Profesor Permanente Laboral*
acreditado Profesor Titular
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba
https://orcid.org/0000-0003-2268-3335

Cita Sugerida: BINI, S. «El despido barato italiano: sobre la necesaria derogación del "Job's Act" y del "contratto di lavoro a tutele crescenti", diez años después de su introducción». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 69-89.

Resumen

El artículo propone un estudio crítico del régimen normativo del así llamado "contratto a tutele crescenti", introducido en el ordenamiento jurídico italiano en 2015 por la reforma del "Job's Act", que contemplaba un nuevo sistema de tutelas en los supuestos de despidos ilegítimos, basado en la indemnización como norma general, significativamente limitada en su cuantificación. Reconstruido el marco normativo de referencia y trazadas las coordenadas conceptuales básicas en materia de despido, se considerarán especialmente las contribuciones hermenéuticas en el tiempo aportadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, que ha progresivamente declarado la ilegitimidad constitucional de diferentes aspectos del régimen normativo del despido ex "Job's Act", cuya definitiva y completa abrogación se argumenta, por consiguiente, como necesaria y oportuna.

Palabras clave

Italia, despidos, "contratto a tutele crescenti", reintegración e indemnización

Abstract

The article proposes a critical study of the normative regime of the so-called "contratto a tutele crescenti", introduced into the Italian legal system in 2015 by the reform of the "Job's Act", which contemplated a new system of protection in cases of unlawful dismissal, based on compensation as a general rule, significantly limited in its quantification. Having reconstructed the reference normative framework and drawn up the basic conceptual coordinates in the matter of dismissal, especially the hermeneutical contributions made over time by the case law of the Italian Constitutional Court will be considered, that has progressively declared the constitutional illegitimacy of different aspects of the statutory regime of dismissal ex "Job's Act", whose definitive and complete derogation is therefore argued as necessary and appropriate.

Keywords

Italy, dismissals, "contratto a tutele crescenti", reintegration and compensation

[1] El presente estudio forma parte de la producción científica elaborada en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España" (PID2022-141201OB-I00); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco sociolaboral" (PID2022-1394880B-100); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial" (PDI2021-122537NB-I00); Proyecto financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Comunitat Valenciana, sobre "La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición Digital, Ecológica, Territorial y hacia la Igualdad en la diversidad" (CIGE/2022/171).

Fecha Recepción: 2/9/2024 - Fecha Revisión: 14/9/2024 - Fecha Aceptación: 17/9/2024
Págs. 69-89

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico italiano también, como en el español por lo demás, la compleja y delicada materia de los despidos ocupa una posición prominente, de primer plano en el debate jurídico reciente[2]. Y esto como resultado, en particular, tanto de un conjunto de sentencias de significativo interés a través de las cuales el Tribunal Constitucional italiano se ha pronunciado sobre el tema en los últimos años, como de la iniciativa de la CGIL de promover -en los últimos meses- un referéndum dirigido a derogar el Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo, que ha reformado estructuralmente el marco normativo de referencia en materia de despidos, para las contrataciones posteriores al marzo de 2015.

Y precisamente este último año representa, de alguna manera, una auténtica línea divisoria que marca un antes y un después en el horizonte regulador italiano de los despidos, produciéndose a partir de ese momento una significativa remodelación del sistema sancionador previsto para los supuestos de despidos ilegítimos, animada sustancialmente por una marcada racionalidad económica, que puede resumirse en los siguientes dos pilares: *in primis*, la superación del paradigma clásico del Derecho del Trabajo, que ha siempre identificado en la reintegración la tutela clave para los supuestos de despido en sentido amplio "ilegítimos", con la consiguiente afirmación de la indemnización como norma general; *in secundis* y por consiguiente, la precisa previsibilidad *ex ante*, por parte del empleador, del coste del despido ilegitimo y la limitación en la cuantificación de la indemnización, con un rediseño del sistema de criterios y parámetros para la determinación de la misma.

Pues bien, en el presente estudio se pretende proponer un análisis crítico de las directrices que orientan la intervención reformadora en materia de despidos de 2015 (introducida por el así llamado *"Job's Act"*), poniendo en luz -diez años después de su introducción- las diferentes cuestiones problemáticas que la caracterizan. Así, una vez reconstruido el marco normativo de referencia en su trayectoria histórico-evolutiva, se destacarán las coordenadas conceptuales básicas en materia de despido, para luego considerar la reforma de 2015 a la luz de las contribuciones hermenéuticas en el tiempo aportadas en particular por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, que ha progresiva y oportunamente desmontado partes significativas del *"Job's Act"*, afectadas por graves perfiles de ilegitimidad constitucional. Para terminar, proyectando la mirada hacia el futuro, se extraerán conclusiones y propuestas de reforma.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA BÁSICA EN MATERIA DE DESPIDOS

Para abordar sistemáticamente el estudio crítico de las normas del *"Job's Act"* en materia de despidos, parece oportuno proceder preliminarmente a una breve reconstrucción del marco normativo de referencia, considerado en su trayectoria evolutiva, de cara a identificar las principales coordenadas, que permitan orientarse en un proceso de regulación, históricamente caracterizado por la marcada estratificación de intervenciones heterogéneas.

Pues bien, las que se indican a continuación podrían considerarse como las principales etapas legislativas de este proceso evolutivo complejo, que puede tomarse en consideración a partir del Código Civil italiano (c.c.) que presenta -tanto en la versión de 1865, como en la de 1942- una matriz marcadamente liberal, basada en una visión de paridad formal entre empleador y persona trabajadora,

[2] F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 252, pág. 1; A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 260, pág. 1.

expresada por el reconocimiento de un régimen de libertad en el *"recesso dal contratto di lavoro"* (artículos 2118 y 2119 c.c.).

Será luego la Constitución de la República italiana de 1948 que, con sus fundamentales principios constitucionales, propios de un modelo de Estado social de Derecho que reinterpreta y supera los paradigmas fundacionales de Estado liberal (piénsese -entre otros- en el principio de igualdad material), prepara de alguna manera el terreno para la superación del régimen preexistente de sustancial libertad en el despido, introduciendo artículos clave en la arquitectura constitucional italiana[3].

Se llega así, a distancia de aproximadamente dos décadas, a dos leyes de crucial importancia en la arquitectura normativa laboral italiana: *in primis,* la Ley 604/1966, de 15 de julio, que establece normas en materia de despidos, limitando la facultad empresarial de extinguir la relación laboral únicamente a los supuestos de *"giusta causa"* y *"giustificato motivo"*, en las empresas con más de 35 empleados[4]; *in secundis*, a la Ley 300/1970, de 20 de mayo (el Estatuto de los Trabajadores) que, en materia de despidos, introduce una norma clave en el ordenamiento jurídico italiano: el artículo 18, que contempla un régimen normativo de "tutela del trabajador en caso de despido ilegitimo", concebido alrededor del paradigma de la *"reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro"* (la así llamada *"tutela reale"*).

Posteriormente, a distancia de otras dos décadas, con la Ley 108/1990, de 11 de mayo, el Legislador italiano vuelve a intervenir en la materia de los despidos, reconfigurando el perímetro de aplicación de las dos Leyes anteriormente consideradas -es decir la L. 604/1966 y la L. 300/1970- extendiendo la primera también a las pequeñas empresas y previendo para la segunda la aplicación sólo a las empresas con más de 15 empleados.

Durante los veinte años siguientes a la Ley 108/1990, el panorama normativo en materia de despidos no ha sustancialmente sufrido modificaciones o cambios, ya que la primera intervención normativa siguiente fue en 2010, a través del así llamado *"Collegato Lavoro*" (Ley 183/2010, de 4 de noviembre), que ha introducido modificaciones en el régimen de impugnación del despido, pero sin intervenir en el sistema de tutelas frente a los despidos *lato sensu* ilegítimos.

Dos años después, en el contexto de austeridad vinculado con la crisis económico-financiera de aquel periodo, con la Ley 92/2012, de 28 de junio, conocida como "Ley Fornero" (denominación derivada del nombre de la Ministra del Trabajo de la época), el Legislador reforma estructuralmente el sistema de reparación y protección de las personas trabajadoras en los supuestos de despidos ilegítimos, reduciendo -entre otras cosas (más allá de diferentes perfiles de modificación relacionados

[3] En particular, de la Constitución de la República italiana se señalan los siguientes artículos: 1, apartado 1 (*«L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»*), 3, apartado 2 (*«È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»*), 4 (*«1. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. 2. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»*), 41 (*«1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali»*).

[4] Artículo 1, Ley 604/1966, de 15 de julio: *«Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell›articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo».*

con aspectos procedimentales, incluso muy importantes)- el perímetro de la *"tutela reale"* (que, como se ha visto, se basa en la reincorporación al trabajo de las personas despedidas) y ampliando complementariamente el área de la tutela basada en la indemnización al trabajador por los daños y perjuicios ocasionados por el despido (así llamada *"tutela obbligatoria"*).

Pues bien, en este contexto y después de unos años, el Legislador italiano impulsa una nueva reforma del Derecho del Trabajo conocida con la locución anglosajona de *"Job's Act"*, llevada a cabo a través de una pluralidad de medidas legislativas, entre las cuales hay que señalar, por su centralidad, la Ley 183/2014, de 10 de diciembre, con la que el Parlamento italiano ha delegado en el Gobierno la adopción de normas *"in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro"*.

Se trata de una Ley concebida con diferentes objetivos generales declarados, entre los cuales, merece señalar uno en particular, especialmente relevante en la óptica del presente estudio: el de «reforzar las oportunidades de acceso al empleo para las personas en busca de empleo; así como de reorganizar los contratos de trabajo vigentes para hacerlos más coherentes con las actuales exigencias del entorno laboral y productivo y hacer más eficiente la actividad inspectora»[5]. Pues bien, con esta finalidad declarada, el Parlamento delegó en «el Gobierno para adoptar, a propuesta del Ministro de Trabajo y Políticas Sociales, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, uno o más decretos legislativos, uno de los cuales con un texto orgánico simplificado de las disciplinas de las tipologías contractuales y de las relaciones laborales, respetando los siguientes principios y criterios rectores, en coherencia con la reglamentación de la Unión Europea y los convenios internacionales»[6].

En materia de despedidos, el principio de referencia -consagrado en la Ley 183/2014 y, luego, desarrollado a través del Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo- es el de la «previsión, para las nuevas contrataciones, del *"contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti"* en relación con la antigüedad en el servicio, excluyendo para los despidos económicos la posibilidad de reinserción del trabajador en el puesto de trabajo, previendo una indemnización económica "segura y creciente" con la antigüedad en el servicio y limitando el derecho a la reintegración a los despidos nulos y discriminatorios y a casos específicos de despido disciplinario injustificado, así como la fijación de plazos seguros para impugnar el despido»[7].

Sobre la nueva regulación de los despidos introducida por el *"Job's Act"* se dirá mejor a continuación; de momento, siguiendo en la sistematización del contexto normativo de referencia, concebido en su trayectoria histórico-evolutiva, cabe destacar que, después de la intervención de 2015, el Legislador italiano vuelve a intervenir en el tema de los despidos con el artículo 3 del Decreto-ley 87/2018, de 12 de julio (convertido en la Ley 96/2018, de 9 de agosto: así llamado *"Decreto Dignità"*), reformando la regulación del *"contratto a tutele crescenti"*, pero sin modificar la estructura sistemática y el planteamiento general del modelo en cuestión, sino actuando solamente sobre los límites dentro de los cuales la indemnización en caso de despido improcedente tiene que ser determinada.

Después de la intervención de 2019, el horizonte jurídico italiano en materia de despidos ha sido protagonizado por un considerable número de pronuncias jurisprudenciales, *in primis* del Tribunal Constitucional (la *"Corte Costituzionale"*), que han significativamente influido en el

[5] Traducción del artículo 1, apartado 7, Ley 183/2014, de 10 de diciembre.
[6] Traducción del artículo 1, apartado 7, Ley 183/2014, de 10 de diciembre.
[7] Traducción del artículo 1, apartado 7, letra c), Ley 183/2014, de 10 de diciembre.

conjunto normativo vigente, entre otras cosas, en materia de determinación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el despido improcedente, centrándose las sentencias -como se dirá (v. *infra*)- en particular en la regulación del *"Job's Act"*.

3. COORDENADAS CONCEPTUALES MÍNIMAS EN MATERIA DE DESPIDOS

Identificadas las etapas clave de una evolución normativa articulada, procede aclarar que el macro tema de los despidos se caracteriza, en el ordenamiento jurídico italiano, también por una intrínseca complejidad taxonómico-conceptual, que la diferencia -por lo menos en algunos aspectos- de las disciplinas propias de otros sistemas laborales. Por supuesto, no se pretende presentar en esta sede una exposición meramente analítico-descriptiva de la regulación del despido en Italia; de todas formas, parece oportuno reconstruir brevemente sus coordenadas básicas, para luego considerar críticamente la intervención del *"Job's Act"* en materia.

En particular, procede señalar que -al margen de los requisitos formales, de los aspectos procedimentales y relacionados con la articulación de la carga de la prueba, que no se consideran en esta ocasión- las condiciones sustanciales de legitimidad del despido se diferencian en *"giusta causa"* y en *"giustificato motivo"*, que a su vez puede ser *"soggettivo"* u *"oggettivo"*.

La *"giusta causa"* -cuya norma de referencia se encuentra en el artículo 2119 c.c.[8]- consiste en un hecho (una causa) tan grave que no permita la continuación, ni siquiera provisional, de la relación laboral: se trata de cualquier hecho objetivamente grave, con respecto tanto a la dimensión contractual (incumplimientos contractuales), como a la extracontractual (conductas que, a pesar de situarse fuera del trabajo, producen un impacto en el mismo). Los hechos en cuestión son tan graves que se determina una sustancial vulneración de los elementos esenciales del contrato de trabajo y de la relación de confianza que está en la base del mismo: por consiguiente, se habla de *"licenziamento in tronco"*, ya que el empleador no está obligado a dar un preaviso a la persona trabajadora afectada por el despido, siendo -como se ha dicho- imposible la prosecución ni siquiera provisional de la relación.

Diferentemente, con arreglo al artículo 3 de la Ley 604/1966, de 15 de julio, el *"giustificato motivo soggettivo"* consiste en un *«notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro»*: en este caso, se trata de hechos o conductas culposas, estrechamente vinculados con la relación laboral (se trata de supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales), que a pesar de no ser tan graves como los hechos que dan lugar a la *"giusta causa"*, de todas formas, afectan negativamente al vínculo fiduciario de la relación laboral y, por lo tanto, conducen al despido, pero esta vez con obligación de preaviso a la persona trabajadora. Por lo tanto, puede decirse que el elemento clave de diferenciación entre *"giusta causa"* y *"giustificato motivo soggettivo"* reside en la heterogeneidad y en la diferente gradación de la gravedad de los hechos en los que se basa el despido, que se proyecta y se refleja también en la dimensión de las consecuencias del mismo.

En términos generales, a pesar de parecer pleonástico, cabe destacar que, si el despido está justificado por un incumplimiento contractual del trabajador, se trata naturalmente de un despido disciplinario, representando el despido la sanción máxima y más grave prevista por el ordenamiento: de esto se deriva, por supuesto y por consiguiente, que a esta tipología de despidos se aplica el artículo 7 de la Ley 300/1970, en materia de procedimientos disciplinares[9].

[8] Artículo 2119 c.c.: *«Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto (...)»*.

[9] Entre otras cosas, para que el despido sea legítimo y procedente, es necesario que el mismo se contemple como sanción en el "código disciplinario", que se haya formalmente *"contestato l'addebito al lavoratore"*, dando a este

Siempre la arriba mencionada Ley 604/1966, en su artículo 3, regula también el *"giustificato motivo oggettivo"*, que se refiere a hechos relacionados con la *«attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa»*: simplificando, se trata de los supuestos en los que la empresa procede con la reorganización de su estructura, redimensionando la plantilla (por ejemplo, por efecto de la digitalización o externalizando determinadas actividades, anteriormente desarrolladas por la persona trabajadora afectada), suprimiendo así uno o más puestos de trabajo. De todas formas, puede tratarse también de hechos relacionados con la persona del trabajador, aunque no imputables al mismo a título de culpa, pero que producen un impacto sobre la dimensión de la empresa, como puede ser en el caso de la sobrevenida incapacidad física permanente para el desarrollo de sus tareas. Además, cabe destacar también que, en el supuesto de despido por *"giustificato motivo oggettivo"*, el empleador, antes de despedir, tiene la obligación de comprobar si hay otras posibilidades de empleo dentro de la empresa, para "utilizar" la persona que trabaja, colocándola en otros puestos de trabajo (destinándola al desarrollo de otras *"mansioni"*): se trata del así llamado *"obbligo di repêchage"*, una obligación clave, elaborada por la jurisprudencia, que pero se ha convertido en indispensable para la misma legitimidad del despido.

4. UNA MIRADA DE CONJUNTO SOBRE LA RATIO DEL "JOB'S ACT" (LEY 183/2014 Y DECRETO LEGISLATIVO 23/2015), DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DESPIDOS EN GENERAL: EL "CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI"

Pues bien, una vez identificadas las coordenadas -tanto histórico-evolutivas, como conceptuales- en materia de despidos en el ordenamiento jurídico italiano, se procede a reconstruir las líneas esenciales de la *ratio* y de la lógica que caracterizan la reforma de 2014/2015 en materia de sistema de reparación y tutelas, frente a la calificación judicial del despido como ilegitimo.

Ante todo, cabe destacar que -como se ha anticipado- la locución anglófona *"Job's Act"* indica, en términos generales, un complejo conjunto de diferentes intervenciones reformadoras que componen una reforma por así decirlo "multidireccional" del Derecho del Trabajo italiano, que se produjo en 2014-2015 y que ha intervenido en varias instituciones jurídicas (entre otras: *"ammortizzatori sociali"*, servicios de empleo y políticas activas de empleo en general, derechos de conciliación entre vida laboral y vida privada, regulación de las relaciones laborales, *ius variandi*, *"collaborazioni coordinate e continuative"*, modalidades de ejercicio del poder empresarial de control)[10].

Pues bien, la reforma en su conjunto se caracteriza por presentarse como animada por un espíritu difuso y generalizado de simplificación tanto de las disciplinas como de los procedimientos. En particular, en lo que respecta a las relaciones laborales, la Ley 183/2014 persigue el objetivo principal declarado de realizar una reorganización y racionalización de la disciplina sustancial de las diferentes tipologías de relación laboral. Una exigencia de reorganización y racionalización, esta, que se expresa también en las otras líneas directrices de la misma Ley 183/2014, entre las cuales hay que señalar en particular la revisión de la regulación del *ius variandi*, concebida con la finalidad de agilizar y "flexibilizar" los espacios de adaptabilidad de las prestaciones laborales a los cambios en las necesidades de las empresas.

Simplificando, la *ratio* que inspira y anima el Legislador en la reforma del *"Job's Act"* puede expresarse en la idea general de generar empleo, a través de la reducción de las tutelas para las

último la posibilidad de defenderse y de representar sus razones a la empresa, así como de ser asistido por el sindicato, etc.

[10] M. Miscione, *"Jobs act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, núm. 4, pág. 305; G. Santoro-Passarelli (Dir.), *Jobs act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Turín, 2014.

personas trabajadoras[11], presentada en forma de nuevo impulso a la flexibilización interna y externa a la relación laboral. Como ha sido puesto en luz en doctrina, *«la ratio complessiva del "Job's Act" è mirata, appunto, a giocare sulla "flessibilità a tutto campo", da quella praticata ai poli estremi del rapporto, ingresso e uscita, alla flessibilità organizzativa diretta ad investire anche la fase di svolgimento dello stesso, dalle mansioni ai controlli dell'attività lavorativa (...)»*[12].

De todas formas, centrando la atención en la Ley 183/2014, puede afirmarse que el núcleo de la misma reside en la promoción del contrato de duración indefinida como tipología principal y común de contrato de trabajo[13], con la paulatina introducción, prevista sólo para las nuevas contrataciones, posteriores a la entrada en vigor de la norma (Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo) de un régimen sancionador para los despidos improcedentes, parametrizado sobre la base de un mecanismo de tutelas "crecientes", en función de la antigüedad en el servicio de la persona que trabaja, hasta un límite máximo de 24 mensualidades (elevado a 36 mensualidades sólo por el así llamado *"Decreto Dignità"*[14]).

Efectivamente, procede destacar que el Gobierno, en ejecución de la Ley de delegación 183/2014, aprueba el Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo (por el que se han establecido *"Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183"*), que no interviene modificando el planteamiento y el marco normativo previsto en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, norma paradigmática, referencia central en materia de despidos. Así, con la reforma de 2014/2015, no se produce una modificación del marco conceptual general de los despidos, cuyas categorías y requisitos sustanciales (*in primis*, piénsese en la *"giusta causa"* y en el *"giustificato motivo"*) permanecen.

Más bien, con el Decreto Legislativo 23/2015, se pretende introducir -*pro futuro*, es decir para las personas que trabajan contratadas a partir del 7 de marzo de 2015 (fecha de entrada en vigor de la reforma)- un nuevo régimen sancionador para los *"licenziamenti illegittimi"*, "vistiendo" la intervención normativa con la fórmula, por así decirlo atractiva, de la introducción de una nueva tipología contractual, más estable porqué indefinida.

Mirando bien, el *"contratto a tutele crescenti"* no representa realmente una nueva tipología contractual: como ha sido puesto en luz oportunamente en doctrina, puede más bien hablarse de un "nuevo" (aunque solo limitadamente a la regulación de los despidos) contrato de trabajo subordinado, ya que con el mismo el Legislador de 2014/2015 *«cancella la storia del lavoro dipendente dell'ultimo mezzo secolo circa»*[15].

Y efectivamente el contrato a tutelas crecientes consigue básicamente vaciar o, por lo menos, reducir significativamente la solidez del régimen tuitivo de las personas trabajadoras en caso de

[11] C. Romeo, *Nuovo corso del Diritto del lavoro. Contratto a tutele crescenti tra innovazione, stabilità e restaurazione*, Giappichelli, Turín, 2015, pág. 1.

[12] N. De Marinis, *Contenzioso del lavoro e prevedibilità dal punto di vista dell'organizzazione*, en *Lavoro, Diritti, Europa*, 2022, núm. 3, pág. 4.

[13] La recurrente referencia a la centralidad del contrato indefinido se encuentra también en la misma Ley 183/2014, en cuyo artículo 1, apartado 7, letra b), se prevé, entre los criterios inspiradores de la reforma, lo de *«promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti»*.

[14] Artículo 3, apartado 1, Decreto-ley 87/2018, de 12 de julio, convertido en Ley 96/2018, de 9 de agosto.

[15] A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, en *Diritti Lavori Mercati*, 2015, núm. 2, pág. 292. En el mismo sentido, véase F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, Adapt University Press, Bérgamo, 2015.

despido ilegitimo, contribuyendo a la precarización de las relaciones laborales, en nombre de la búsqueda de la previsibilidad y de la contención de los costes del despido ilegítimo[16].

Esencialmente, la reforma excluye la reintegración en caso de despido por razones económicas, previendo en este caso sólo una indemnización por daños y perjuicios, determinada en función de la antigüedad del trabajador y limita el derecho de la persona trabajadora despedida injustamente a ser readmitida en su puesto de trabajo a los supuestos de despido nulo, discriminatorio y en otros pocos, específicos supuestos[17].

Así, simplificando, la regulación de los efectos de los despidos *"a tutele crescenti"* en sentido amplio "ilegítimos" puede reasumirse en los siguientes términos[18], dejando por un momento al margen los supuestos de despido nulo, para el que siempre está prevista la reintegración: con referencia a las pequeñas empresas, se prevé exclusiva y únicamente la indemnización para todos los casos de despido calificado como improcedente, previendo que la cuantía de la indemnización será reducida a la mitad en comparación con los importes establecidos para las empresas medianas y grandes. Para estas últimas, diferentemente, se restringe el ámbito de aplicación de la tutela *"reale"*, de reintegración de la persona trabajadora despedida, limitándola únicamente a los casos de despido *"per giusta causa"* o *"per giustificato motivo soggettivo"*, en los que el trabajador consiga probar en juicio la *«insussistenza del fatto materiale contestatogli»* (inexistencia del hecho material que está en la base del despido)[19]. Se trata, evidentemente, de un supuesto especialmente limitado, caracterizado por cierta complejidad intrínseca -a pesar de una importante intervención jurisprudencial, que ha ampliado el alcance de la norma[20]- hasta el punto de que autorizada doctrina ha eficazmente hablado de una *«eccezione al límite dell'impraticabile»*[21]. En todos los otros supuestos de despido por causas subjetivas y, sobre todo, en todos los supuestos de despido por causas objetivas y económicas, se prevé exclusivamente -es decir sin posibilidad de reincorporación al trabajo- la indemnización, legalmente determinada entre un mínimo y un máximo y parametrizada sobre la base del criterio de la antigüedad en la empresa de la persona despedida.

En definitiva, para contextualizar adecuadamente las teselas del *"contratto a tutele crescenti"* en el marco del mosaico general en materia de despidos, puede afirmarse que la estructura normativa que regula el tema en el ordenamiento jurídico italiano se articula en dos bloques, representados, por un lado, por el Decreto Legislativo 23/2015, que -como se ha dicho- se aplica a las relaciones laborales instauradas posteriormente a la entrada en vigor del mismo (7 de marzo de 2015) y, por otro lado, por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores y por el artículo 8 de la Ley 604/1966: este último conjunto normativo sigue aplicándose a las personas trabajadoras contratadas anteriormente a la fecha de entrada en vigor del *"Job's Act"*.

[16] L. Fassina, *Una firma per la libertà e la dignità del lavoro*, en *Notiziario INCA online*, 2024, núm. 3, pág. 10.

[17] T. Treu, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, en *Guida al Lavoro*, 2015, núm. 3, pág. 14. Cf. E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, núm. 2, pág. 123.

[18] Para un estudio sistemático de los diferentes efectos jurídicos del despido en el horizonte español, véase P.G. Ortega Lozano, *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018. Del mismo autor, se señalan también, siempre en materia de despido: P.G. Ortega Lozano, *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador (España e Italia)*, Comares, Granada, 2020; P.G. Ortega Lozano, *Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi*, Cedam, Milán, 2021.

[19] Artículo 3, apartado 2, Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo.

[20] Se hace aquí referencia a *Corte di Cassazione*, sentencia 12174/2019, de 8 de mayo, que ha aclarado que, junto con el supuesto de *"insussistenza del fatto materiale contestato"*, se prevé la reincorporación de la persona despedida también en el caso de hecho efectiva y materialmente ocurrido, pero sin relevancia disciplinaria.

[21] F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, en *Working Papers ADAPT*, 2015, núm. 176, pág. 9.

Así, en términos generales, respecto al conjunto de efectos jurídicos del despido en sentido amplio "ilegitimo", procede destacar el carácter intrínsecamente complejo y taxonómicamente articulado de la regulación, que puede ser oportunamente sistematizada en función de los dos criterios generales representados, por un lado por las dimensiones de la empresa (pequeña o mediano/grande) y, por el otro por la fecha de contratación del trabajador despedido (nuevo o viejo régimen, según sea anterior o posterior al 7 de marzo de 2015, fecha de entrada en vigor del arriba mencionado Decreto Legislativo 23/2015, que ha introducido el nuevo *"contratto a tutele crescenti"*).

5. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DESPIDOS "*A TUTELE CRESCENTI*": SOBRE EL PAULATINO DESMONTAJE DE UNA REFORMA EQUIVOCADA

Trazadas las líneas básicas del espíritu de la reforma de los despidos introducida por el *"Job's Act"* en 2014/2015, resulta ahora interesante centrar la atención en el papel que, en estos diez años de vigencia del Decreto Legislativo 23/2015, ha jugado la jurisprudencia, en particular, del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, a lo largo del tiempo transcurrido entre la entrada en vigor del Decreto Legislativo 23/2015 y la fecha en la que se elabora la presente contribución, la *Corte Costituzionale* ha intervenido en múltiples ocasiones, incidiendo significativamente en la arquitectura normativa del *"contratto a tutele crescenti"*, con sentencias que presentan perfiles de gran interés y que a continuación serán críticamente consideradas en sus aspectos más emblemáticos, limitadamente a la materia de los despidos individuales (es decir, manteniendo fuera del estudio -por meras razones de extensión de la presente contribución- la jurisprudencia constitucional, aunque relevante, en materia de despidos colectivos y *"Job's Act"*[22]).

En primer lugar, procede señalar la sentencia 194/2018, de 8 de noviembre, a través de la cual el Tribunal Constitucional italiano ha declarado constitucionalmente ilegitimo el artículo 3, apartado 1, del Decreto Legislativo 23/2015 *("Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa")*[23], que preveía que la indemnización por daños y perjuicios tenía que ser *«di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»*.

Se trata de una sentencia clave, ya que con la misma se reconoce la inconstitucionalidad del mismo mecanismo de determinación y cuantificación de la indemnización prevista para la persona trabajadora ilegítimamente despedida, considerándose excesivamente rígida la dinámica de fijación, basada exclusivamente en el único criterio de la antigüedad en el servicio: el Tribunal Constitucional considera -muy oportunamente- que la indemnización no puede ser proporcional únicamente a la antigüedad de la persona trabajadora, teniendo el Juez que tomar en consideración también otros criterios y parámetros para la determinación del importe, a la luz de las específicas situaciones que tendrán que ser valorada caso por caso. Entre los otros criterios que tendrán que ser tomados en

[22] Entre otras, véanse *Corte Costituzionale*, sentencias 7/2024, de 22 de enero y 254/2020, de 26 de noviembre.

[23] Artículo 3, apartado 1, Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo *("Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa")*: *«Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità»*. Con la sentencia 194/2018, la *Corte Costituzionale* ha declarado la ilegitimidad constitucional específicamente de las palabras: *«di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»*.

consideración, se pueden mencionar la conducta y las condiciones de las partes en general, el número de personas trabajadoras empleadas, las dimensiones y características de la actividad económica desarrolladas, etc.[24].

Como se ha dicho, se trata de una decisión importante que, como se ha muy oportunamente escrito, *«rimarrà nella storia per quello che dice, in particolare riguardo alla posizione del lavoratore e del lavoro nell'intreccio normativo costituzionale»*[25]. Efectivamente, el impacto de la sentencia 194/2018 del Tribunal Constitucional resulta especialmente significativo, sobre todo si se considera que, en la misma, se reconoce como irrazonable e inadecuado -y, por lo tanto, constitucionalmente ilegitimo- el mismo "mecanismo de determinación" de la indemnización, que por su rigidez y escasez de criterios (en realidad solamente uno: la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa), convierte la misma indemnización en un importe estándar y uniforme, que no tiene en cuenta otros criterios específicos igualmente importantes.

Afirma, de hecho, la *Corte Costituzionale*: *«Il meccanismo di quantificazione indicato connota l'indennità come rigida, in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, e la rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità. L'indennità assume così i connotati di una liquidazione legale forfetizzata e standardizzata, proprio perché ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio, a fronte del danno derivante al lavoratore dall'illegittima estromissione dal posto di lavoro a tempo indeterminato»*[26].

En segundo lugar, cabe destacar también la sentencia 150/2020, de 16 de julio[27] en la que -coherentemente con el planteamiento anteriormente expresado en la sentencia 194/2018 relativa a los despidos improcedentes por falta de *"giusta causa"* o *"giustificato motivo"*- la *Corte Costituzionale* ha declarado la ilegitimidad constitucional también del artículo 4 del Decreto Legislativo 23/2015, relativo a los *"Vizi formali e procedurali"*[28], limitadamente a las palabras: *«di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»*. Pues bien, si en el caso de la sentencia de 2018, el Tribunal Constitucional italiano se había pronunciado sobre el planteamiento estructural que está en la base del mecanismo de determinación de la indemnización en caso de despido improcedente dentro de un *"contratto a tutele crescenti"*, pero limitadamente a los supuestos de *"giusta causa"* o *"giustificato motivo"* no acreditados, en esta segunda sentencia, objeto del juicio de legitimidad constitucional es siempre el mecanismo de cuantificación de la indemnización y, por lo tanto, el parámetro utilizado para la misma, pero en los supuestos de despido improcedente por incumplimiento de los requisitos formales y/o procedimentales. La *Corte* vuelve a afirmar el fundamental principio ya anteriormente expresado

[24] M.T. Carinci, *La Corte Cost. n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel Jobs Act, e oltre*, en M.T. Carinci y A. Tursi, *Temi attuali di diritto del lavoro. Jobs Act e Corte Costituzionale. Trasparenza e prevedibilità nei contratti di lavoro*, Giappichelli, Turín, 2019, pág. 3-28.

[25] L. Fassina, *Saluto*, en A. Andreoni y L. Fassina (Eds.), *La sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 2019, pág. 11.

[26] Corte Costituzionale, sentencia 194/2018, punto 10 del *Considerato in diritto*.

[27] Cf. Corte Costituzionale, sentencia 93/2021, de 7 de mayo.

[28] Artículo 4, Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo *("Vizi formali e procedurali")*: *«Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all›articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto»*. Con la sentencia 150/2020, la *Corte Costituzionale* ha declarado la ilegitimidad constitucional específicamente de las palabras: *«di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»*.

en 2018, en virtud del cual la antigüedad de la persona trabajadora despedida no puede constituir el único y exclusivo criterio para la determinación de la indemnización, siendo necesario tomar en consideración otros parámetros, por así decirlo "correctivos", independientemente de la naturaleza de los vicios -formales o sustanciales- del despido.

Efectivamente, se lee muy claramente en la pronuncia: *«Non può condurre a diverse conclusioni la differenza che intercorre tra i vizi meramente formali o procedurali e i vizi sostanziali del licenziamento. Essa, difatti, si riverbera sulla diversa modulazione dell'indennità sancita dalla legge, ma non vale a rendere ragionevole e adeguato un criterio che si presta a censure di irragionevolezza intrinseca. Un sistema che, solo per i vizi formali, lasci inalterato un criterio di determinazione dell'indennità imperniato sulla sola anzianità di servizio non potrebbe che accentuare le sperequazioni e la frammentarietà di una disciplina dei licenziamenti, già attraversata da molteplici distinzioni»*[29].

En tercer lugar, se señala la sentencia 183/2022, de 22 de julio, que adquiere una relevancia especial -a pesar de que, en la misma, la *Corte* declara la inadmisibilidad de dos cuestiones de constitucionalidad planteadas por el Tribunal de Roma con *"ordinanza"* de 26 de febrero- en relación con el artículo 9, apartado 1, del Decreto Legislativo 23/2015 *("Piccole imprese e organizzazioni di tendenza")*, en la parte en la que este artículo prevé que la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios prevista para las personas trabajadoras de empresas pequeñas sea dimidiada, no pudiendo en cualquier caso superar las 6 mensualidades[30].

Efectivamente, aunque con la sentencia en cuestión no se declare la inconstitucionalidad y no se "desmonte" directamente ninguna parte de la arquitectura del *"Job's Act"*, en la misma la *Corte* ha dirigido al Parlamento un mensaje muy claro y directo, manifestando la urgente necesidad de una intervención reformadora que introduzca formas "adecuadas" de tutela para la persona que trabaja en el marco de *"contratti a tutele crescenti"*.

En otros términos, con la sentencia 183/2022, el Tribunal Constitucional italiano -además de expresar, muy oportunamente, perplejidades sobre la actualidad del criterio de diferenciación de las tutelas basado en el número de personas trabajadoras empleadas de la empresa, que *«non rispecchia di per sé l'effettiva forza economica del datore di lavoro, né la gravità del licenziamento arbitrario e neppure fornisce parametri plausibili per una liquidazione del danno che si approssimi alle particolarità delle vicende concrete»*[31]- reconoce que el sistema de sanciones y tutelas previsto por el Decreto Legislativo 23/2015 no resulta ni congruo y adecuado, ni disuasorio, hasta el punto de considerarse necesaria la intervención urgente del Parlamento[32].

---

[29] *Corte Costituzionale*, sentencia 150/2020, punto 11.4 del *Considerato in diritto*.

[30] Artículo 9, apartado 1, Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo *("Piccole imprese e organizzazioni di tendenza")*: *«Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all›articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, non si applica l›articolo 3, comma 2, e l›ammontare delle indennità e dell›importo previsti dall›articolo 3, comma 1, dall›articolo 4, comma 1 e dall›articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità»*.

[31] *Corte Costituzionale*, sentencia 183/2022, punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cf.: P.G. Alleva, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, en F. Carinci (Ed.), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Nápoles, 1991, pág. 6; G. BOLEGO, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del legislatore*, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, núm. 6, págs. 1247-1267. Sobre el punto, véase también la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2018, sobre la definición de las pymes (2018/2545(RSP)), así llamada *"Small Business Act"*.

[32] Sobre el punto, véase M. Delfino, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. n. 183/2022*, en *Osservatorio Costituzionale*, 2023, núm. 2, págs. 178-191.

De hecho, en la sentencia, se pone en luz que la protección reconocida al trabajo por la Constitución de la República italiana se ha siempre «situado en un marco caracterizado por la integración de las garantías y su máxima expansión»[33], coherentemente con el planteamiento consagrado en el artículo 24 de la Carta Social Europea. Por lo demás, añade la *Corte*, la necesidad de un sistema de tutelas que sea orgánico, hunde sus raíces en el principio di razonabilidad que, en materia de despido, tiene que ser interpretado como «*necessaria adeguatezza dei rimedi, nel contesto di un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e della specialità dell'apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro*»[34].

Y precisamente el concepto de "adecuación" de la reparación en caso de despido ilegitimo constituye, por así decirlo, la piedra angular de una arquitectura argumentativa que presenta un especial interés sistemático, incluso más allá de las fronteras nacionales italianas. De hecho, en la sentencia en cuestión, la *Corte Costituzionale* aclara qué debe entenderse por *"rimedio adeguato"* en caso de despido *lato sensu* ilegitimo: «*Un rimedio adeguato, che assicuri un serio ristoro del pregiudizio arrecato dal licenziamento illegittimo e dissuada il datore di lavoro dal reiterare l'illecito, si impone in forza della "speciale tutela riconosciuta al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, in quanto fondamento dell'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.)"*»[35].

Pues bien, la adecuación del "remedio" previsto por el ordenamiento en los casos de despido improcedente deriva de la capacidad del mismo remedio para lograr el doble objetivo de reparar el daño sufrido por la persona trabajadora y, al mismo tiempo, de disuadir al empresario de volver a cometer actos ilícitos análogos *pro futuro*.

Sobre este específico perfil, merece señalar también que el Tribunal de Roma, planteando la cuestión de ilegitimidad constitucional sucesivamente declarada inadmisible por la *Corte* en la sentencia 183/2022, mencionaba también la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 11 de febrero de 2020, en la que se había reafirmado la necesidad de que la indemnización por despido improcedente sea cuantificada en una medida suficientemente elevada para alcanzar el doble objetivo tanto de reparar y compensar el perjuicio sufrido por la persona trabajadora despedida como, al mismo tiempo, de disuadir al empleador. Una decisión, esta última, que parece asumir cierta relevancia, también si se considera en conexión y a la luz de la otra, más reciente, del mismo Comité Europeo de Derechos Sociales, de 29 de julio de 2024 (v. *infra*).

Pues bien, centrando la atención en la decisión de febrero de 2020 (que es expresamente mencionada, en plena coherencia de fondo, en la de julio de 2024), cabe señalar que se trataba de una cuestión planteada por la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL, histórica organización sindical mayormente representativa italiana) contra Italia (reclamación colectiva n. 158/2017) relativamente justo a la disciplina italiana de los despidos individuales introducida por el Decreto Legislativo 23/2015. La CGIL deducía, en particular, la violación del artículo 24 de la Carta Social Europea, en materia de "Derecho a la protección en caso de despido", conforme al cual: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los

[33] Traducción de *Corte Costituzionale*, sentencia 183/2022, punto 4.2 del *Considerato in diritto*: *«la protezione riconosciuta al lavoro dalla Costituzione, ribadita anche dall'art. 24 della Carta sociale europea, è stata collocata in un quadro contraddistinto dall'integrazione delle garanzie e dalla loro massima espansione»*. Cf. *Corte Costituzionale*, sentencia 194/2018 y, en particular, punto 14 del *"Considerato in diritto"*.

[34] Cf. *Corte Costituzionale*, sentencia 150/2020 y, en particular, punto 13 del *"Considerato in diritto"*.

[35] *Corte Costituzionale*, sentencia 183/2022, punto 4.2 del *Considerato in diritto.* Cf. *Corte Costituzionale*, sentencia 125/2022, de 19 de mayo y, en particular, punto 6 del *Considerato in diritto*.

trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial»[36].

Pues bien, como destacado en doctrina, «el sindicato reclamante denunciaba la vulneración del derecho a la protección en caso de despido del artículo 24 CSE revisada, por cuanto el Decreto Legislativo nº 23/2015 relativo a la protección aplicable a los asalariados del sector privado en caso de despido ilegal prevé un mecanismo de cálculo de la indemnización que establecería un tope desvinculado del perjuicio real sufrido por el trabajador o trabajadora; norma corroborada por el posterior Decreto-ley nº 87 de 12 de julio de 2018 (pese a haber aumentado esta última norma los montantes mínimo y máximo de la indemnización prevista por la disposición precedente). El caso es que el CEDS acogió la demanda colectiva, estimando efectivamente que hubo violación de la citada disposición, tras concluir que "ni las vías jurídicas alternativas que ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del límite establecido por la ley vigente, ni el mecanismo de conciliación, tal como se prevén por las disposiciones litigiosas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir para recurrir a los despidos ilegales" (§§ 104-105)»[37].

Siguiendo el estudio de algunas contribuciones importantes aportadas por la *Corte Costituzionale* en materia de *"Job's Act"*, procede señalar, en cuarto lugar, la muy reciente sentencia 22/2024, de 22 de febrero, con la que ha sido declarada la ilegitimidad constitucional del artículo 2, apartado 1 *("Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale")* del Decreto Legislativo 23/2015[38], en la parte en la que limita los márgenes de reincorporación de la persona trabajadora despedida, únicamente a los casos de nulidad expresamente contemplados por la ley.

Evidentemente, la cuestión presenta perfiles de significativo interés sistemático, ya que el Tribunal Constitucional ha reconocido la ilegitimidad de una reducción del perímetro de la posible reintegración en caso de despido nulo, que va mucho más allá de los límites que la misma ley 183/2014 de delegación había contemplado, ya que está expresamente preveía que la *"tutela reale"*, es decir la reintegración, se concebía como remedio para todos los supuestos de despido nulo y/o discriminatorio en general, e non solamente para aquellos supuestos previstos expresamente por la ley.

Por lo demás, siempre en materia de despido nulo y consiguiente reincorporación de la persona trabajadora despedida, otras dos sentencias del Tribunal Constitucional italiano habían reafirmado algunos principios esenciales que las reformas recientes han intentado superar, en evidente detrimento de los derechos de las personas trabajadoras. Se hace aquí referencia a las sentencias 59/2021, de 1 de abril y 125/2022, de 19 de mayo: con la primera, se había aclarado que la calificación judicial del

[36] Artículo 24 de la Carta Social Europea. Sobre el tema, véase C.H. Preciado Doménech, *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete, 2023.

[37] L. Jimena Quesada, *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2020*, en *Lex Social*, 2021, núm. 2, pág. 190.

[38] Artículo 2, apartado 1, Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo *("Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183")*: *«Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell›articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale»*. En concreto, con la sentencia 22/2024, la *Corte Costituzionale* ha declarado la ilegitimidad constitucional de la sola palabra *"espressamente"*.

despido como "nulo" no implica la facultad sino la obligación del juez de disponer la reintegración; mientras que, con la segunda, se había afirmado que en los supuestos de inexistencia del hecho que justifica el despido por *"giustificato motivo oggettivo"* es obligatoria la reincorporación de la persona despedida, sin que sea necesario el carácter "manifiesto" de la misma inexistencia[39]. Se trata de dos sentencias que resultan interesantes para entender las tendencias de la evolución en el marco regulador: de hecho, ellas se refieren en particular al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, como modificado por la Ley 92/2012, de 28 de junio (así llamada "Reforma Fornero").

Pues bien, como se ha anticipado, precisamente el sistema de tutela "fuerte" de las personas trabajadoras previsto por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, emblemáticamente basado en la reintegración, constituye el paradigma normativo que el Legislador del *"Job's Act"* pretende superar a través del *"contratto a tutele crescenti"*, intentando derribar algunos de los pilares que histórica y ontológicamente siempre han sostenido la arquitectura tuitiva del Derecho del Trabajo italiano.

6. OBSERVACIONES CRÍTICAS, TAMBIÉN A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES DE JULIO DE 2024

Como se ha destacado en las páginas anteriores, especialmente significativa e importante ha sido la trayectoria de intervenciones de la *Corte Costituzionale* en el tejido normativo del *"contratto a tutele crescenti"* y, más en general, en el sistema de reparación y tutela para los supuestos de despidos ilegítimos. Junto con la "mini" reforma realizada por el así llamado *"Decreto Dignità"* (Decreto-ley 87/2018, de 12 de julio, convertido en la Ley 96/2018, de 9 de agosto), que pero -como se ha dicho- se limitó a aumentar los límites de umbral para la determinación de la indemnización, las sentencias arriba mencionadas han influido significativa y positivamente en el sistema de las *"tutelas crecientes"*, modificando la misma esencia de un sistema normativo intrínsecamente problemático.

De todas formas, cabe destacar -como puesto en luz por la misma *Corte Costituzionale*[40]- la necesidad de una reforma estructural de conjunto, que aborde sistemáticamente la estratificada y compleja materia de los despidos, a través de la cual se llegue a superar definitivamente la lógica, en cuyo terreno hunden las raíces del sistema de las *"tutele crescenti"*, caracterizada por la centralidad de la indemnización como tutela y efecto principal de la calificación de un despido como *"illegittimo"*, en lugar de la reintegración.

Casi diez años después de la entrada en vigor del *"Job's Act"*, se considera que ha llegado el momento de superar radicalmente la *ratio* en la que se basa el mecanismo del *"contratto a tutele crescenti"*, que como ha muy oportunamente puesto en luz la *Corte di Cassazione* (el Tribunal Supremo italiano), refleja la *«volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale»*[41], reconociendo el *«carattere eccezionale che la tutela reintegratoria»*[42].

[39] Coherentemente con el planteamiento de estas dos últimas sentencias, se señala, por último, también la sentencia 128/2024, de 16 de julio, con la que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 3, apartado 2 *("Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa")*, del Decreto Legislativo 23/2015, de 4 de marzo, en la medida en que no prevé la aplicabilidad del remedio de la reincorporación de la persona despedida ilegítimamente, también en los supuestos en los que el hecho material en que se basa el despido por *"giustificato motivo oggettivo"* sea declarado por el Juez inexistente.

[40] Entre otras, cf. *Corte Costituzionale*, sentencia 22/2024.

[41] *Corte di Cassazione*, Secciones Unidas, sentencia 30985/2017, de 27 de diciembre.

[42] *Corte di Cassazione*, Secciones Unidas, sentencia 11701/2020, de 17 de junio.

Y precisamente la superación del paradigma de la reincorporación como tutela clave, en beneficio de una indemnización limitada y determinable en el *quantum* con anterioridad al mismo despido, constituye el punto neurálgico de una reforma crítica, que merece ser radicalmente derogada[43].

En efecto, el *"contratto a tutele crescenti"* -en su planteamiento inicial- prevé el remedio de la indemnización, predecible *ex ante* y calculable en el marco de diferentes umbrales, sobre la base de determinados criterios y de un mecanismo de cálculo parametrizado sólo en función de la antigüedad en la empresa de la persona trabajadora, hasta un tope máximo de mensualidades (inicialmente, veinticuatro). La lógica de base era la de permitir la cognoscibilidad preventiva y la estandardización del "coste" del despido ilegitimo, manifestando así una clara orientación de favor hacia los intereses del empleador.

De hecho, no puede negarse que la reforma contribuye a la expansión de los perfiles de desequilibrio en una relación que ya de por si es ontológicamente asimétrica, caracterizándose por la debilidad de la parte que trabaja. En efecto, si es cierto que la *«regulación del despido constituye una pieza clave en el entramado institucional de la legislación laboral, marcando el equilibrio de posiciones de las partes en el contrato de trabajo»*[44], igualmente cierto es que el Legislador del *"contratto a tutele crescenti"* altera precisamente este mismo equilibrio de posiciones, en óptica objetivamente desfavorable para la persona trabajadora.

Efectivamente, como se ha muy oportunamente destacado en doctrina, la reforma del *"Job's Act"* en materia de efectos del despido *lato sensu* ilegitimo, con el protagonismo atribuido a la tutela indemnizatoria, «se encuentra completamente enfocada en los posibles (e improbables) objetivos económicos, acudiendo a todas las categorías del Derecho y la Economía, sin tomar en consideración la singular lógica consustancial al Derecho del Trabajo»[45] y en tensión (si no en contraste) con el marco constitucional en materia de trabajo.

Por lo demás, desde hace tiempo, las Secciones Unidas del mismo Tribunal Supremo italiano (la *Corte di Cassazione*) han afirmado que «el derecho del trabajador a su puesto de trabajo, protegido por los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución, sufriría una auténtica expropiación si se redujera por la ley a una suma dineraria»[46]. Pues bien, no parece exagerado afirmar que la regulación post-2015 de los efectos de la calificación del despido como ilegitimo contribuye a concretar precisa y evidentemente este resultado expropiatorio, reduciendo a mero coste -cierto, estandardizado y barato- para la empresa, el hecho grave de un despido ilegitimo[47].

Como puesto en luz por la *Corte Costituzionale*, *«la modulazione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi è demandata all'apprezzamento discrezionale del legislatore, vincolato però*

[43] A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 260, pág. 1: *«il nuovo "contratto di lavoro a tutele crescenti" (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23), ha ridotto davvero al lumicino la norma sovente considerata l'icona degli sviluppi della disciplina della subordinazione del secolo scorso: l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori»*, con una *«forte compressione della "tutela reale" in passato prevista dalla norma statutaria pe il licenziamento ingiustificato»*.

[44] J. Cruz Villalón, *Presentación*, en J. Cruz Villalón (Dir.), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 13.

[45] V. Speziale, *La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de "tutela creciente" entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales*, en *Temas Laborales*, 2015, núm. 131, pág. 13.

[46] Traducción de *Corte di Cassazione*, Secciones Unidas, sentencia 141/2006, de 10 de enero. Sobre este específico aspecto, véase S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 246, págs. 1-24.

[47] A. Baylos y J. Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

al rispetto del principio di eguaglianza, che vieta di omologare situazioni eterogene e di trascurare la specificità del caso concreto»[48].

Diferentemente, las sentencias arriba consideradas demuestran claramente la excesiva rigidez ínsita en el *"contratto a tutele crescenti"*, fundado en un sistema de reparación e indemnización por daños y perjuicios basado en un mecanismo (así como en criterios) evidentemente no apto por sí mismo para garantizar una protección adecuada a la persona trabajadora y disuadir al empresario.

De hecho, *«un rimedio adeguato, che assicuri un serio ristoro del pregiudizio arrecato dal licenziamento illegittimo e dissuada il datore di lavoro dal reiterare l'illecito, si impone in forza della (...) speciale tutela riconosciuta al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, in quanto fondamento dell'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.)»*[49].

Además, la regulación de las consecuencias del despido ilegitimo introducida por el *"Job's Act"* resulta contrastante también con el ordenamiento comunitario y -entre otras cosas- con el artículo 24 de la Carta Social Europea, ya anteriormente mencionada. Pues bien, sobre este específico perfil, interesantes elementos hermenéuticos en apoyo de la tesis que aquí se argumenta, son aportados por la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en la controversia n. 207/2022, entre Unión General de Trabajadores (UGT) y España.

Más allá del caso específico con referencia al cual el Comité se ha pronunciado[50], la decisión presenta un significativo interés, ya que en la misma «El Comité recuerda que se considera que los sistemas de indemnización son conformes con la Carta cuando cumplen las siguientes condiciones: prever el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de recurso; prever la posibilidad de readmisión del trabajador; y/o prever una indemnización de un nivel lo suficientemente elevado como para disuadir al empleador y reparar el daño sufrido por la víctima»[51].

De hecho, el carácter al mismo tiempo resarcitorio y disuasorio de la reparación por el supuesto de despido ilegitimo constituye un pilar esencial de la arquitectura del artículo 24 de la Carta Social Europea, como confirman las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: entre otras[52], en la de 2024 se pone correctamente el acento en la necesidad de «fortalecer la opción de reincorporación y asegurar su aplicación más frecuente, para ofrecer una mayor protección a los trabajadores despedidos injustificadamente»[53].

---

[48] *Corte Costituzionale*, sentencia, 183/2022 (punto 4.2 del *Considerato in diritto)*.

[49] *Corte Costituzionale*, sentencia, 125/2022 (punto 6 del *Considerato in diritto)*.

[50] C. Molina Navarrete, "*Alea iacta est": la nueva indemnización por despido improcedente*, en *El Diario.es*, 19 de agosto de 2024, https://acortar.link/WTkVyQ (fecha de última consulta: 31 de agosto de 2024); J. Cruz Villalón, *¿Es obligado reformar el despido?*, en *El Nacional - ON Economía*, 13 de agosto de 2024, https://acortar.link/thObp9 (fecha de última consulta: 13 de agosto de 2024); A. Álvarez del Cuvillo, *¿Es vinculante la reciente Decisión del CEDS sobre la indemnización por despido?*, en *AEDTSS Briefs*, 2024, núm. 73, págs. 1-4; C. Molina Navarrete, *El coste del despido improcedente tras la Decisión de fondo del CEDS 20 de marzo de 2024: ¿indemnización tasada + una acción "civil" adicional de reparación íntegra y disuasoria?*, en *AEDTSS Briefs*, 2024, núm. 70, págs. 1-4.

[51] UGT, *La Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la Legislación Española en Materia de Despido Improcedente*, 2024, pág. 2, https://acortar.link/EZlHp1 (fecha de última consulta: 13 de agosto de 2024). J.L. Monereo Pérez y A. Muros Polo, *La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CCOO*, en *La Ley Unión Europea*, 2023, núm. 117.

[52] G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2012, núm. 136, págs. 619-660.

[53] UGT, *La Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la Legislación Española en Materia de Despido Improcedente*, 2024, pág. 2, https://acortar.link/EZlHp1 (fecha de última consulta: 13 de agosto de 2024).

En definitiva, el núcleo de la cuestión gira alrededor del perímetro interpretativo del concepto de "reparación adecuada" *ex* artículo 24 de la Carta Social Europea. Y efectivamente, partiendo de la premisa en virtud de la cual, «un empleado que haya sido despedido sin una razón válida debe recibir una compensación adecuada u otra reparación adecuada», como ha sido oportunamente puesto en luz, «un sistema de reparación se considera apropiado si prevé: - indemnización por las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano judicial; - la posibilidad de reintegración del empleado; - y/o una indemnización lo suficientemente elevada como para disuadir al empleador y reparar el daño sufrido por la víctima»[54].

Pues bien, precisamente a la luz de estas coordenadas compartidas de referencia, no puede que expresarse una valoración crítica marcadamente negativa sobre el planteamiento conceptual y sistemático en el que se basa la regulación del *"contratto a tutele crescenti"*, cuyos aspectos salientes se han considerados en las páginas anteriores. Un sistema de reparación y tutelas para los supuestos de despidos en sentido amplio "ilegítimos", que se fundamenta en la mera indemnización estándar, además limitada en su cuantificación, se pone evidentemente en abierto contraste tanto con la *ratio* del artículo 24 de la Carta Social Europea, como con el marco constitucional italiano en su conjunto, como confirmado por la jurisprudencia constitucional arriba mencionada.

De hecho, precisamente a través de las diferentes sentencias que se han estratificado a lo largo de los años, el Tribunal Constitucional italiano ha oportunamente desmontado un sistema normativo básicamente dictado por una racionalidad económica funcional a permitir a las empresas calcular *ex ante* el así llamado *"firing cost"*, es decir el coste de un despido potencialmente ilegitimo, priorizando la indemnización en lugar de la reintegración como tutela clave de un sistema de reparación objetivamente ineficaz e injusto.

Y merece ser firmemente refutada la eventual objeción según la cual que -a través de una predeterminación rígida, basada exclusivamente en el criterio de la antigüedad de la persona trabajadora- el *"contratto a tutele crescenti"* pretende conseguir el objetivo de limitar (o incluso solucionar) la problemática de la incertidumbre sobre el *quantum* de la indemnización y de la supuesta excesiva discrecionalidad en la determinación judicial de la medida de la misma.

7. CONCLUSIONES

En definitiva, a la luz del estudio crítico hasta aquí desarrollado, puede concluirse que el mismo planteamiento, que en materia de despidos subyace al *"Job's Act"*, merece ser definitivamente superado -también con cierta urgencia- completando así un camino iniciado por el Tribunal Constitucional italiano.

De hecho, como ha sido muy oportunamente puesto en luz en particular con referencia a la sentencia de la *Corte Costituzionale* 194/2018 (pero idéntica reflexión se adhiere perfectamente también a las otras por medio de las cuales la *Corte* se ha pronunciado en materia de *"contratto a tutele crescenti"*), el Tribunal Constitucional italiano ha *«sostanzialmente intimato uno stop alla regressione mercantilistica che negli ultimi anni si sta impossessando delle politiche del diritto nel nostro paese, quella regressione che Ferrajoli ha recentemente definito come un'opera di "de-costituzionalizzazione" per mano di una potente razionalità economica»*[55].

[54] C.H. Preciado Domènech, *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 336.

[55] L. Fassina, *Saluto*, en A. Andreoni y L. Fassina (Eds.), *La sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 2019, pág. 11: *«troneggia il sistema delle tutele crescenti del Jobs Act; sistema che, legittimando l'illegalità del comportamento del datore di lavoro attraverso l'algoritmo risarcitorio,*

Y el mecanismo de las "tutelas crecientes" contemplado por el *"Job's Act"* parece expresar muy bien esta imperante tendencia hacia la mercantilización del trabajo, frente a la cual cabe reafirmar, en vez, con urgencia el protagonismo y la centralidad de los derechos de las personas que trabajan, hoy en día expuestas a nuevas vulnerabilidades derivadas de la evolución y la transformación del contexto socio-económico contemporáneo.

Efectivamente, el planteamiento que está en la base de la reforma de 2014/2015 -que, como se ha visto, puede sintetizarse en la normalización de la indemnización y, por lo tanto, en la conversión en excepción de la reintegración, para facilitar la previsibilidad *ex ante* del importe de la indemnización, considerada como mero "coste" para la empresa- parece representar la clara manifestación de una opción de política del Derecho en el marco de la cual «le droit du travail devient peu à peu l'instrument de la réduction des coûts de l'entreprise, notamment de ceux liés à la rupture du contrat de travail»[56].

Pues bien, con especial referencia a la materia de los despidos, el *"Job's Act"*, *«improntato alla sola monetizzazione della illegittimità dei licenziamenti»*[57], expresa precisamente esta peligrosa visión economicista del Derecho del Trabajo[58], frente a la cual se advierte la urgente necesidad de promover y concretar un cambio de tendencia en el marco normativo, volviendo a reconocer centralidad a los modelos clásicos consustanciales al paradigma estructural del Derecho del Trabajo italiano. Un paradigma estructural, este último, que hunde sus raíces en el terreno de la reintegración *ex* artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano, como solución clave, adecuada para la protección de los derechos de las personas trabajadoras despedidas "injustamente" (expresión utilizada en sentido deliberadamente amplio) y, al mismo tiempo, disuasoria para las futuras conductas de los empleadores.

Como bien escribe Alain Supiot, *«dans tous les pays industriels où elle a prospéré, la relation de travail salarié a été, et demeure, définie comme une relation où l'un peut commander et où l'autre doit obéir»*[59]. Y es precisamente a la corroboración de los poderes empresariales que hay que mirar, para entender las razones que están en la base de un juicio rotundamente negativo sobre la reforma de los despidos introducida por el *"Job's Act"*, ya que la misma interviene en óptica expansiva de los poderes del empleador, con una objetiva y correspondiente compresión de los derechos de las personas trabajadoras[60].

---

spoglia irragionevolmente il lavoratore -vittima dell'illecito- della propria dignità di "persona" nel rapporto di lavoro».

[56] T. Pasquier, *Le contrat "nouvelles embauches" ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire*, en A. Lyon-Caen y A. Perulli (Dirs.), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padua, 2008, pág. 353. Véase también: P. Gimeno Díaz De Atauri, *El coste del despido*, Thomson Reuters, Madrid, 2014; F.J. Calvo Gallego y M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Las reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre el dialogo social en España. A propósito del reciente informe de la OIT "España: Crecimiento con Empleo"*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2014, núm. 4, pág. 4.

[57] L. Fassina, *Una firma per la libertà e la dignità del lavoro*, en *Notiziario INCA online*, 2024, núm. 3, pág. 10: «Le norme del decreto costituiscono un sistema chiaramente improntato alla sola monetizzazione della illegittimità dei licenziamenti e rispondono ad una precisa opzione di politica del diritto di indebolimento del lavoratore nel rapporto con il datore di lavoro e di conseguente marginalizzazione del sindacato nei luoghi di lavoro».

[58] V. Speziale, *La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de "tutela creciente" entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales*, en *Temas Laborales*, 2015, núm. 131, págs. 13-64; P. Lokiec, *Avis de tempête sur le droit du travail*, en *Revue de Droit du Travail*, 2013, núm. 12, pág. 738: *«Il n'est pas de réforme ou de projet de réforme qui ne fasse l'objet d'une évaluation économique. Aussi utiles, voire indispensables, soient-ils, les calculs d'efficience ne doivent pas devenir les seuls moteurs d'évolution du droit».*

[59] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2011, pág. 109.

[60] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 2004, pág. 15: *«le droit du travail applique largement le régime du pouvoir. A la responsabilité contractuelle et à la résiliation, il préfère ainsi des mécanismes propres au pouvoir, d'un côté le régime disciplinaire, de l'autre le régime du licenciement. (...) Deux des contentieux majeurs du droit du travail que sont la discipline et le licenciement*

En otros términos, con la introducción del "contrato a tutelas crecientes", el Legislador quiso mutar la misma esencia del Derecho del Trabajo, expresando inequivocablemente la voluntad de superar la visión de un sistema normativo tuitivo de las personas trabajadoras, construido en óptica correctiva de las asimetrías estructurales que caracterizan la relación laboral, como tensión axiológica entre trabajo y empresa[61].

De hecho, la misma elección de no intervenir modificando el tejido normativo del artículo 18, Estatuto de los Trabajadores, sino de construir un nuevo "contrato de trabajo", manifiesta claramente la intención de crear un *«nuovo corso del Diritto del lavoro»*, orientado hacia la *«riduzione delle tutele»*[62] -o, por lo menos, una nueva fase, una nueva temporada del mismo- moldeado según un paradigma distante de los derechos de las personas que trabajan.

Como es sabido, *«la normativa laboral, desde sus orígenes, ha tratado de buscar soluciones equilibradas y razonables que procuren las mejores condiciones de trabajo a quienes se incluían en su ámbito de aplicación, fundamentalmente los trabajadores* subordinados, sin olvidar el modelo de producción económica en el que éstos se insertan»[63].

Pues bien, coherentemente con esta visión atemporal y a la luz de las intervenciones de la *Corte Costituzionale* arriba analizadas, se considera oportuna y necesaria la derogación del Decreto Legislativo 23/2015 y, por lo tanto, la completa superación del *"contratto a tutele crescenti"*, con una consiguiente vuelta de protagonismo del régimen *ex* artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que *«oltre a rafforzare la posizione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e a ripristinare in molti casi la reintegrazione come sanzione, avrebbe l'importante effetto dissuasivo e deterrente nei confronti dei datori di lavoro»*[64].

En este sentido, se considera positivamente la iniciativa de referéndum impulsada en los últimos meses por la CGIL, ya que va precisamente en esta dirección y, con su formulación clara, sencilla y directa *(«Volete voi l'abrogazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183" nella sua interezza?»)* se espera que pueda contribuir a pasar página, proyectando el Derecho del Trabajo italiano hacia un futuro coherente con sus propios paradigmas axiológicos y fiel a su racionalidad jurídica.

évoluent donc sur un tout autre registre que celui du contrat, ce qui ne saurait surprendre dès lors qu'ils se traduisent par des décisions unilatérales».

[61] Sobre este perfil, véase M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, en Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milán, 2003, pág. 629. Cf. también A. Perulli, *Evaluer le droit du travail*, en A. Lyon-Caen y A. Perulli (Dirs.), *Valutare il diritto del lavoro. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, Padua 2010, pág. 5: *«L'efficacité comme valeur autour duquel le système juridique s'est construit représente donc une garantie pour continue à concevoir le droit (notamment du travail) comme système de valeur et pour concevoir sa propre fonction – typique dans la société complexe et plurielle, fondée sur le conflit – d'arbitrage et de mise en balance d'une constellation des intérêts en jeu, d'une pluralité de rationalité, d'une multitude de justifications, et donc pour affirmer la fonction du droit de coordonner la coexistence d'un fleuve de rationalité particulière que requièrent au système juridique son propre statuts normatif»*.

[62] C. Romeo, *Nuovo corso del Diritto del lavoro. Contratto a tutele crescenti tra innovazione, stabilità e restaurazione*, Giappichelli, Turín, 2015, pág. 1.

[63] J. Cruz Villalón, *Presentación*, en J. Cruz Villalón (Dir.), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 13.

[64] L. Fassina, *Una firma per la libertà e la dignità del lavoro*, en *Notiziario INCA online*, 2024, núm. 3, pág. 11.

8. BIBLIOGRAFÍA

Alleva, P.G.: *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, en F. Carinci (Ed.), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Nápoles, 1991, pág. 3.

Álvarez del Cuvillo, Á.: *¿Es vinculante la reciente Decisión del CEDS sobre la indemnización por despido?*, en *AEDTSS Briefs*, 2024, núm. 73, págs. 1-4.

Barraco, E.: *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, núm. 2, págs. 123-133.

Baylos, A. y Pérez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Bolego, G.: *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del legislatore*, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, núm. 6, págs. 1247-1267.

Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez-Piñero Royo, M.C.: *Las reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre el dialogo social en España. A propósito del reciente informe de la OIT "España: Crecimiento con Empleo"*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2014, núm. 4, págs. 1-54.

Carinci, F.: *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, en *Working Papers ADAPT*, 2015, núm. 176.

Carinci, F.: *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori*, Adapt University Press, Bérgamo, 2015.

Carinci, M.T.: *La Corte Cost. n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel Jobs Act, e oltre*, en M.T. Carinci y A. Tursi, *Temi attuali di diritto del lavoro. Jobs Act e Corte Costituzionale. Trasparenza e prevedibilità nei contratti di lavoro*, Giappichelli, Turín, 2019, págs. 3-28.

Cruz Villalón, J.: *¿Es obligado reformar el despido?*, en *El Nacional - ON Economía*, 13 de agosto de 2024, https://acortar.link/thObp9 (fecha de última consulta: 13 de agosto de 2024).

Cruz Villalón, J.: *Presentación*, en J. Cruz Villalón (Dir.), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 13-15.

Delfino, M.: *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. n. 183/2022*, en *Osservatorio Costituzionale*, 2023, núm. 2, págs. 178-191.

De Marinis N.: *Contenzioso del lavoro e prevedibilità dal punto di vista dell'organizzazione*, en *Lavoro, Diritti, Europa*, 2022, núm. 3, págs. 1-7.

Fassina, L.: *Una firma per la libertà e la dignità del lavoro*, en *Notiziario INCA online*, 2024, núm. 3, págs. 9-13.

Fassina, L.: *Saluto*, en A. Andreoni y L. Fassina (Eds.), *La sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 2019, págs. 9-15.

Gimeno Díaz De Atauri, P.: *El coste del despido*, Thomson Reuters, Madrid, 2014.

Giubboni, S.: *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 246, págs. 1-24.

Jimena Quesada, L.: *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2020*, en *Lex Social*, 2021, núm. 2, págs. 163-214.

Lokiec, P.: *Avis de tempête sur le droit du travail*, en *Revue de Droit du Travail*, 2013, núm. 12, págs. 738-745.

Lokiec, P.: *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 2004.

Miscione, M.: *"Jobs act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, núm. 4, págs. 305-313.

Molina Navarrete, C: "*Alea iacta est": la nueva indemnización por despido improcedente*, en *El Diario.es*, 19 de agosto de 2024, https://acortar.link/WTkVyQ (fecha de última consulta: 31 de agosto de 2024).

Molina Navarrete, C.: *El coste del despido improcedente tras la Decisión de fondo del CEDS 20 de marzo de 2024: ¿indemnización tasada + una acción "civil" adicional de reparación íntegra y disuasoria?*, en *AEDTSS Briefs*, 2024, núm. 70, págs. 1-4.

Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A.: *La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CCOO*, en *La Ley Unión Europea*, 2023, núm. 117.

Orlandini, G.: *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2012, núm. 136, págs. 619-660.

Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Laborum, Murcia, 2018.

Ortega Lozano, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador (España e Italia)*, Comares, Granada, 2020.

Ortega Lozano, P.G.: *Il licenziamento disciplinare in Spagna: causali e costi*, Cedam, Milán, 2021.

Pasquier, T.: *Le contrat "nouvelles embauches" ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire*, en A. Lyon-Caen y A. Perulli (Dirs.), *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padua, 2008, págs. 353-360.

Persiani, M.: *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, en Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milán, 2003, pág. 629.

Perulli, A.: *Evaluer le droit du travail*, en A. Lyon-Caen y A. Perulli (Dirs.), *Valutare il diritto del lavoro. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, Padua 2010, págs. 3-12.

Preciado Doménech, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete, 2023.

Preciado Doménech, C.H.: *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, Albacete, 2021.

Romeo, C.: *Nuovo corso del Diritto del lavoro. Contratto a tutele crescenti tra innovazione, stabilità e restaurazione*, Giappichelli, Turín, 2015.

Santoro-Passarelli, G. (Dir.): *Jobs act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Turín, 2014.

Scarpelli F.: *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 252.

Speziale, V.: *La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de "tutela creciente" entre el derecho y economicismo y los imperativos constitucionales*, en *Temas Laborales*, 2015, núm. 131, págs. 13-64.

Supiot, A.: *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2011.

Treu, T.: *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, en *Guida al Lavoro*, 2015, núm. 3, pág. 14.

UGT: *La Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la Legislación Española en Materia de Despido Improcedente*, 2024, pág. 2, https://acortar.link/EZlHp1 (fecha de última consulta: 13 de agosto de 2024).

Zoppoli, A.: *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, en *Working Papers "CSDLE Massimo D'Antona"*, 2015, núm. 260.

Zoppoli, A.: *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, en *Diritti Lavori Mercati*, 2015, núm. 2, págs. 291-317.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La dependencia del sistema de empleo público español de las resoluciones del TJUE[1]

The dependence of the Spanish public employment system on the resolutions of the CJUE

Jorge Baquero Aguilar
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-8524-7947

Cita Sugerida: BAQUERO AGUILAR, J. «La dependencia del sistema de empleo público español de las resoluciones del TJUE». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 91-114.

Resumen

Nuestro sistema de empleo público adolece de una serie de aporías normativas que provocan una enorme conflictividad y litigiosidad en los tribunales de justicia. A pesar de no ser una cuestión aislada, sino que, por el contrario, es una controversia que ha ido ensanchando sus aristas jurídicas a lo largo de los años, el legislador nacional de todas las épocas no ha adoptado una postura firme al respecto. Ha venido dejando en manos de las instancias europeas la resolución de cuestiones internas, lo que ha provocado una dependencia de nuestro sistema de las cuestiones prejudiciales planteadas y del fallo del TJUE para cada una de ellas. De lo que se deduce la necesidad de una modificación normativa que parta de un análisis de las principales controversias al objeto de solventar la problemática principal, de tal forma que las resoluciones del tribunal europeo terminen siendo una cuestión puntual para casos concretos.

Palabras clave

Indefinidos no fijos, funcionarios interinos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, temporalidad, empleo público

Abstract

Our public employment system suffers from a series of regulatory aporias that cause enormous conflict and litigation in the courts of law. Despite not being an isolated issue, but, on the contrary, it is a controversy that has widened its legal edges over the years, the national legislator of all times has not adopted a firm position on the matter. It has been leaving the resolution of internal issues in the hands of European bodies, which has caused our system to become dependent on the preliminary rulings raised and the ruling of the CJEU for each of them. From which we deduce the need for a regulatory modification based on an analysis of the main controversies in order to solve the main problem, in such a way that the resolutions of the European court end up being a specific issue for specific cases.

Keywords

Non-permanent permanent employees, interim civil servants, Court of Justice of the European Union, temporary employment, public employment

[1] Este trabajo es fruto de una Estancia de Investigación que se llevó a cabo por nuestra parte en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada durante el período comprendido entre 1 de julio hasta el 31 de agosto de 2023, bajo la tutorización del Profesor Dr. D. José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de dicha Universidad. Dicha Estancia, con el tema objeto de investigación "*El estudio científico jurídico de las transformaciones del empleo público en España y en los países de la Unión Europea*", se desarrolló en el marco de los siguientes Proyectos e Institutos de Investigación: 1) PID2021-124031NB-C44 denominado *"Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital*", 2) Grupo PAIDI SEJ-347 "*Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social*", 3) GPIE 22-178 de la Universidad de Málaga: "*Grupo Permanente de Innovación Educativa en Justicia Relacional, Sostenibilidad y Derechos Humanos (JUST-INNOVA)*" y 4) Instituto Universitario de Justicia, Cooperación y Servicios de Interés General (*RELATIO*).

Fecha Recepción: 5/8/2024 - Fecha Revisión: 4/9/2024 - Fecha Aceptación: 9/9/2024
Pags. 91-114

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de nuestro sistema de empleo público es diversa y compleja. Coadyuva a ello la dualidad del sistema y el desarrollo del vasto y complejo Sector Público institucional e instrumental a todos los niveles de descentralización administrativa. Con el mismo ha proliferado la temporalidad llegando a alcanzar cifras que han obligado al legislador a volver a adoptar nuevos procesos de estabilización. No sólo ha incidido la problemática del funcionario interino en toda esta controversia, sino que la figura del indefinido no fijo (en adelante INF) ha ido expandiéndose a golpe de jurisprudencia. Frente a dicha situación no ha optado el legislador nacional por adoptar medidas contundentes al respecto, sino que ha venido dejando en manos del juzgador europeo la resolución de ciertos aspectos litigiosos de nuestro sistema.

La STJUE (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159-22, vuelve a incidir sobre ciertos aspectos que no se han terminado de resolver del todo y que, podría decirse, se han convertido en una temática recurrente. Los aspectos controvertidos del fallo de la misma y el impacto mediático han obligado a la Sala 4ª del Tribunal Supremo (en adelante TS) a elevar una nueva cuestión prejudicial. Mientras tanto, nuestros tribunales de justicia han venido adoptando fallos diversos en base a la resolución del TJUE. La defensa del TS de nuestro ordenamiento jurídico y de la doctrina de nuestros tribunales parece reflejarse, no sólo en los términos en los que se plantea la nueva cuestión prejudicial, sino que también en el contenido de las sentencias que se han venido resolviendo. En ese ínterin, vuelve a sorprender el alto tribunal europeo con la STJUE (Sala Sexta), de 13 de junio de 2024, asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22. Parece centrarse el debate definitivo en torno a dos cuestiones fundamentales: una posible indemnización adicional a la finalización de la prestación de servicio y el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al sistema de empleo público español.

No obstante, lo que sí que se manifiesta como ciertamente claro es esa falta de determinación del legislador de todas las épocas en aras de solventar la problemática principal de nuestro sistema de empleo público. Las modificaciones normativas al respecto son pocas, y las que se producen -con carácter general- vienen de la mano de un cambio de doctrina del TS que, a su vez, se ha producido como consecuencia de alguna de las resoluciones del TJUE. Todo lo anterior ha provocado una clara la dependencia de nuestro sistema de las resoluciones del alto tribunal europeo.

2. DEL LARGO RECORRIDO DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO: LA CONFLICTIVIDAD NO RESUELTA

Es objeto principal de este trabajo de investigación poner de relieve la dependencia que tienen tanto el legislador, como nuestros tribunales de justicia y, por ende, nuestro sistema de empleo público, de las resoluciones del TJUE en materia de empleo público[2]. Analizaremos, por su importancia y actualidad, las últimas SSTJUE relacionadas tanto con los INF como con los funcionarios interinos al servicio de nuestras Administraciones Públicas (en adelante AAPP). Esta dependencia ya viene de muy atrás con resoluciones importantes anteriores (22 sentencias y 12 autos motivados)[3]. El caso de Ana de Diego Porras pone de relieve parte de la problemática de nuestras instituciones abriendo el

[2] La temporalidad de los empleados públicos, y concretamente la cuestión de los interinos "*se trata de una problemática compleja que ha evolucionado básicamente a partir de los sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas*". Iranzo Cerezo, J. D.: "Funcionarios interinos: ´sucesivos nombramientos` y ´medidas legales equivalentes` para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso", en *El Derecho.com, Lefebvre*, 18/08/2021.

[3] *Cfr.*: Gárate Castro, J.: "La contribución del Tribunal de Justicia a la mejor transposición y aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en el ámbito del empleo público temporal. El caso español", en *Labos*, Vol. 5, núm. 1, 2024, pp. 27-30.

camino de un bucle de cuestiones prejudiciales y resoluciones posteriores que no hacen sino poner de manifiesto la falta de regulación normativa del legislador de todas las épocas. Le siguen -sin ánimo de exhaustividad- la cuestión prejudicial del TS origen del caso Diego Porras 2, los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, el caso Diego Porras 2 que deriva en la STS 207/2019, de 13 de marzo donde, definitivamente los interinos se quedan sin indemnización. La STJUE de 19 de marzo de 2020 supone otro "*hito*" importante puesto que no resulta posible la integración *ope legis* del personal que viene acusando temporalidad, correspondiendo al legislador adoptar medidas al respecto, aunque dicha sentencia abre la puerta a posibles responsabilidades imputables directamente a las AAPP[4]. Por su parte, la STJUE (Sala Séptima), de 3 de junio de 2021 (caso IMIDRA) supone un nuevo punto de partida poniendo de relieve el hecho de que a los interinos en régimen de laboralidad no se le aplicaba la consideración de INF y tampoco se le reconocía una indemnización a la finalización del contrato puesto que su régimen jurídico de contratación, a pesar de ser laboral, lo era en régimen de interinidad[5]. Se reconoce en el fallo de la misma sentencia el hecho de que no se contemple en el seno de nuestro derecho interno medidas que prevengan el abuso de la temporalidad ni medidas que sancionen el uso abusivo de estos contratos de duración determinada[6].

Pero no queda resuelta del todo la problemática de nuestro sistema tal y como ponen de manifiesto la STJUE de 22 de febrero de 2024 (sobre los INF) y la STJUE de 13 de junio de 2024 (sobre los interinos). El criterio del TS cambia a golpe de jurisprudencia europea, así como la misma incide en las modificaciones normativas que adopta el legislador[7], no planteándose una modificación de la normativa de empleo público laboral y administrativa que elimine las aporías normativas que alberga nuestro ordenamiento jurídico y que provocan una alta litigiosidad en sede judicial. No parece, como veremos, que dicha dinámica vaya a cambiar, por lo menos, a corto plazo[8].

3. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024 (SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS)

La STJUE (Sala Sexta) de 22 de febrero de 2024 ha supuesto todo un "*terremoto*" mediático, sindical y jurídico en nuestro país. Desde el punto de vista mediático se ha extendido la idea en diversos medios de comunicación sobre la importancia de esta sentencia para el caso de los funcionarios interinos. Pero dicha resolución no tiene que ver con dicha figura, sino que aborda la problemática del INF en el seno de nuestras AAPP y de nuestro amplio, vasto y complejo Sector Público. No obstante, importa más la repercusión en el marco *iuslaboralista* español lo dispuesto en esta sentencia, puesto que los juzgados y tribunales españoles han venido resolviendo asuntos en base al fallo del TJUE, planteándose el debate sobre algunos aspectos de la misma, hasta el punto de que el propio TS (Sala 4ª) ha elevado una nueva cuestión prejudicial. La STJUE resuelve tres cuestiones prejudiciales planteadas por parte del Tribunal Superior de Justicia Madrid (en adelante TSJ-Madrid). Dichas cuestiones tienen un doble objetivo: 1º) la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo

[4] La STS de 12/12/ 2019, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo (rec. 3554/2017), le reconoce a la parte actora una indemnización de 20.000 euros por incumplimiento de la OEP por parte de un Ayuntamiento.

[5] Se considera contrario a Derecho europeo la indeterminación del incumplimiento del art. 70 del TREBEP y de los plazos de finalización de los contratos de duración determinada, la prohibición de la asimilación de estos trabajadores como INF y la no concesión de una indemnización a la finalización de su contrato.

[6] Como consecuencia, la Sala 4ª del TS cambia su doctrina mediante la STS 2024/2021, de 28 de junio. Los interinos por vacante se convierten en INF si superan el plazo de 3 años previsto en el TREBEP. Además, se le reconoce una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

[7] Las más recientes son 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 y Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la temporalidad en el empleo público.

[8] Un breve repaso sobre la jurisprudencia reciente del TJUE en relación al tema que nos ocupa se lleva a cabo por parte de Terradillos Ormaetxea, E.: "La reparación del abuso cometido en materia de contratación del personal laboral temporal en el sector público", en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 26, 2024, pp. 30-34.

Marco sobre el trabajo de duración determinada y 2º) la calificación de la relación laboral que vincula a los interesados con la Administración para la que prestan sus servicios: ¿fijos o indefinidos no fijos?

Los litigios principales sobre los que resuelve la sentencia son tres. En el asunto C-59/22 se trata de una persona trabajadora laboral INF discontinua (reconocida dicha categoría por sentencia judicial desde el 27 de diciembre de 2007) que presta sus servicios para el Servicio de Prevención de Incendios de la Comunidad de Madrid desde 22 de octubre de 1994. La pretensión de la parte actora tiene como objeto establecer una sanción adecuada que "*compense*" el uso abusivo por parte de la Administración de contratos contrarios a cualquier norma reconociendo, además, el carácter fijo de su relación y el abono de una indemnización equivalente al despido improcedente[9]. En el asunto C-110/22, una persona trabajadora de la UNED que presta sus servicios desde 11 de febrero de 1994, solicita el reconocimiento judicial como trabajador INF (ya ostentaba dicha calificación desde 2001) o, subsidiariamente, que dicho puesto le fuera adjudicado mediante concurso de méritos. Desestimada la demanda se interpone por parte del actor recurso de suplicación alegándose el incumplimiento del Acuerdo Marco tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. La única consecuencia que se debe extraer de este incumplimiento es el reconocimiento de fijeza. Por último, en el asunto C-159/22, una persona trabajadora que desde el 21 de diciembre de 1998 presta sus servicios para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid mediante contratos temporales sucesivos que sufren interrupciones entre 1999 y 2010, presenta demanda ante Juzgado de lo Social Nº 21 de Madrid con la pretensión de que se le reconociera que su contrato era de duración indefinida o, subsidiariamente, la condición de INF. Desestimada la demanda se interpone recurso de suplicación invocando el incumplimiento tanto del Derecho español como de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. La parte actora alega que la única solución que cumple con los requisitos que establece el juez de la Unión Europea es la declaración de su relación laboral como indefinida y, subsidiariamente, como INF. En lo que podría denominarse como un alarde de arquitectura legal por parte del TSJ-Madrid) al plantear las cuestiones prejudiciales, el TJUE resuelve las mismas acumulando aquellas cuestiones similares planteadas en diversos asuntos. En esa misma línea, nos serviremos de la misma estructura argumentativa para analizar los aspectos que aborda la STJUE.

3.1. Sobre la consideración del indefinido no fijo como trabajador con contrato de duración determinada

El juzgador europeo acumula dos cuestiones prejudiciales que argumenta a lo largo de la sentencia. La cuestión de fondo a resolver es la misma: ¿se puede considerar a una persona trabajadora INF como un/a trabajador/a con contrato de duración determinada? Hay que recordar que la figura del INF tiene una larga trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico[10]. La STS 5360/1996 (Sala 4ª), de 07/10/1996 (rcud. 3307/1995), en su FJ 2º armonizaba la colisión entre el incumplimiento de las Administraciones de la normativa laboral con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público[11]. Aquella persona trabajadora que adquiriese la condición de INF permanecería en el puesto de trabajo hasta que se amortizase la plaza, o hasta que

[9] "*Este planteamiento sería más coherente con la doctrina del TJUE (STJUE 7 marzo 2018, asunto C-494/16 (caso Santoro)), en el sentido de que se reconocería al empleado público temporal que no estabiliza, no solo la indemnización del despido improcedente (...), sino también otra indemnización por daños morales"*. Terradillos Ormaetxea, E.: "Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6ª), de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C 59/22 y C 110/22 y C 159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público", *Briefs AEDTSS*, número 33, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

[10] *Vid in extenso* la importante obra al respecto de Beltrán De Heredia Ruiz, I.: *Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

[11] Véase al respecto Arufe Varela, A.: "La situación de los indefinidos no fijos en las administraciones públicas tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 8, 2024, pp. 72-73.

se convocase la misma mediante un procedimiento de libre concurrencia respetando los principios constitucionales y obtuviese la misma. En caso contrario, la salida de la Administración a la que pertenecía sería automática. Lo normal que ha venido sucediendo ha sido que las plazas no se hayan amortizado y que tampoco se hayan efectuado las correspondientes Ofertas de Empleo Público (en adelante OEP), con lo que no se han convocado las plazas permaneciendo las personas trabajadoras INF en dicha condición *sine die*. De tal forma que ese mecanismo de encaje jurisprudencial no ha resultado ser una solución efectiva, sino que, por el contrario, ha ido generando nuevas controversias y ampliando el marco de inclusión del INF tanto a mercantiles públicas -STS, de 18 de junio de 2020 (rcud. 2811/2018)[12] donde se cambia la doctrina del TS[13]-, como a fundaciones públicas[14]. La *vis expansiva* de la figura del INF se ha ido introduciendo en todo el Sector Público, a la par que ha ido virando la doctrina del TS hasta el punto de que la STS 270/2022 (Pleno), de 28 de enero de 2022 (rcud. 3781/2020)[15] considera que, la persona trabajadora subrogada por la Administración ya no obtiene la categoría de INF, sino que es considerada como persona trabajadora fija en la Administración adscrita al puesto de trabajo y conforme a las funciones que venía desempeñando (con adscripción a la unidad productiva transmitida)[16].

A efectos de lo que venimos analizando, el INF[17], ciertamente, ha disfrutado de una estabilidad "*relativa*" dentro de las Administraciones y del Sector Público como consecuencia de la prolongada inactividad de la Administración. Ha disfrutado de una "*fijeza*" hasta un "*qué*", que, paradójicamente, casi nunca se ha producido[18]. En el planteamiento de la primera cuestión prejudicial se ha hilado de forma muy fina en relación a esa estabilidad relativa, lo que conduce al juzgador europeo a determinar que, efectivamente, se puede considerar a un INF como trabajador con un contrato de duración de terminada, puesto que su fecha de finalización ha sido absolutamente incierta. Primera consideración del TJUE que se encadena directamente con las siguientes cuestiones.

3.2. La prórroga automática del contrato indefinido no fijo y el uso abusivo de dicha figura

Se trata de solventar si, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, se ha de considerar que ha existido una "*utilización abusiva*" de contratos temporales o de renovaciones sucesivas para el caso del INF cuando dicho contrato no tiene fijado un término, quedando sujeto a la eventual

[12] *Cfr*. Baquero Aguilar, J.: "El ´indefinido no fijo y el sector público de nuestro país", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, N. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), pp. 291-295.

[13] Por todas: STS 371/2023, de 24/01/2023 (rcud. 1701/2019), STS 464/2023, de 08/02/2023 (recud. 1935/2020), STS 17/2/2021 (rcud. 2945/2018) y STS 80/2023, de 11/01/2023 (rcud. 3692/2019).

[14] Encaje jurisprudencial que parte de la STS de 8 de julio de 2009 (rec. 2632/08). La STS 3131/2023, de 20/06/2023 (rec. 2508/2020), reconoce a la parte actora la figura de INF en la FUNDACIÓN IDIVAL. Véase al respecto Vila Tierno, F. A.: "La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 7, 2023.

[15] En ese mismo sentido se falla en la STS 445/2022, de 28 de enero de 2022, en la STS 446/2022, de 31 de enero de 2022 y en la STS 428/2022, de 1 de febrero de 2022.

[16] En relación a dicha resolución del TS, "*(…) no son descartables comportamientos fraudulentos, como ocurriría cuando, ante la perspectiva de una reversión del servicio público externalizado, y a medida que se vaya conociendo esta doctrina del TS, se procediera a realizar contrataciones fijas de difícil justificación por la empresa que viniera desarrollando la actividad, en fechas próximas al traspaso, para que por esta vía sus empleados consigan la muy cotizada estabilidad laboral en el sector público, sin pasar por el filtro de un proceso selectivo previo*". *Cfr*. Cavas Martínez, F.: "Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público", *Revista de jurisprudencia laboral*, 2, 2020.

[17] No sólo el fraude de Ley y la reversión de servicios conlleva la consideración de INF, también la cesión ilegal de trabajadores. Por todas: STS 10/2023, de 11/01/2023 (rec. 907/2019). Es de aplicación la doctrina de STS 20 octubre 2014 (rcud. 3291/2013) y STS 830/2022 de 18 octubre (rcud. 4261/2019).

[18] En esos mismos términos se expresa Rodrigo Saiz, M. d. C.: "Indefinido fijo en la Administración Pública", en *Diario La Ley*, Nº 9821, Sección Dossier, 30 de marzo de 2021. Wolters Kluwer.

convocatoria y cobertura de plaza. Para ambos asuntos, las personas trabajadoras INF no tienen fijado un término concreto de la duración de su contrato de trabajo, sino que quedan sujetas a la inclusión de las plazas en las OEP, a la convocatoria posterior de la plaza en un plazo de tres años y a la resolución, en su caso, favorable de las mismas para las partes. Hay que tener en cuenta que durante años las Administraciones no han llevado a cabo las OEP ni han convocado las plazas. La crisis económica que azotó nuestro país desde el 2008 a 2015 ha venido utilizándose como justificación de la inactividad de la Administración. Pero hay que recordar que, a pesar de ello, la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19-IMIDRA) ha determinado que la crisis no podía utilizarse como "*escudo*" o "*excusa*" para justificar la pasividad de la Administración que ha mantenido a muchos empleados públicos en un régimen de temporalidad abusiva.

El art. 70 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP) ha sido sistemáticamente incumplido y los INF han venido desarrollando funciones que hubieran correspondido al personal de estructura. Se ha utilizado la precariedad laboral de esta categoría de personal para cubrir plazas y puestos permanentes dentro de nuestras instituciones. Se ha eludido el tenor literal de la norma al objeto de que este personal "*en precario*" haya desarrollado las funciones que necesitaba la Administración. Cierto es que la crisis económica supuso un golpe para las convocatorias de plaza, pero no menos cierto es que, previo a la crisis, ya albergaban nuestras Administraciones una enorme bolsa de temporalidad que no se solventaba debido a cierta dejadez e inactividad. A lo que se suma el hecho de que, previo a la consolidación de empleo temporal que preveía el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la temporalidad en el empleo público (en adelante RD-ley 14/2021), algunos preceptos de normativa presupuestaria contemplaban sendas posibilidades de estabilización (aunque con poca fortuna en cuanto a las convocatorias)[19]. Lo que corrobora nuestra tesis planteada sobre la pasividad, la dejadez y la inactividad que venimos arguyendo, dejando en manos del juzgador europeo la resolución de la controversia y litigiosidad de nuestro sistema[20].

Se trata de discernir si, para el caso de una persona trabajadora que se encuentra vinculada a una Administración por un único contrato (cuando dicho contrato no tiene fijado un término y tampoco se produce la convocatoria de la plaza ni su posible adjudicación por falta de actividad de la Administración) se podría considerar a dicho contrato INF prorrogado de forma automática como uso abusivo de dicha figura. Cuando se trata de concatenaciones de contratos o contrataciones sucesivas la cuestión queda clara, pero no para el caso de un único contrato que se convierte en INF y se mantiene en dicha categoría *sine die* con una precarización de la relación de trabajo que también se mantiene sin determinar en el tiempo. Para el asunto C-59/22, queda la parte actora en una situación de INF durante 27 años. Para el asunto C-110/22, la convocatoria de la plaza quedó aplazada quedando la persona demandante en la categoría de INF durante 20 años. En ambos casos, la relación de trabajo ha sido prorrogada de forma tácita por parte de la Administración. Como consecuencia de la inactividad ejercida por parte de la misma, "*las prórrogas automáticas*" de los contratos de duración determinada en los casos de los INF "*pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada*" (apartado 81 de la sentencia). Y es en ese sentido en

[19] *Vid.* Boltaina Bosch, X.: *Los procesos de estabilización de empleo público temporal*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2022. El RD-ley 5/2023, de 28 de junio, procura un 4º proceso de estabilización mediante su art. 217. *Cfr*. Boltaina Bosch, X.: "Función pública. El "cuarto" proceso de estabilización de personal temporal e interino: el artículo 217 del Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Nº 12, 2023, pp. 25-40.

[20] *Vid in extenso* Baquero Aguilar, J.: "La temporalidad en las Administraciones Públicas: ¿un problema "aún/no" resuelto? Comentario crítico al Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 61, 2022, pp. 374-417.

el que resuelve el Tribunal en el apartado 2 del fallo, otorgando una seguridad jurídica a este tipo de personal[21].

3.3. Falta de medidas que eviten el uso abusivo de contratos indefinidos no fijos

Entra en juego, en este caso, con papel preponderante, la cláusula 5 del Acuerdo Marco puesta en relación con la normativa interna (arts. 15.3, 15.5 y Disp. Adic. 15ª del ET). Dicha cláusula, que contempla las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contrataciones temporales, establece en su apartado 1 que los Estados miembros habrán de introducir medidas legales equivalentes para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para el marco de la empresa privada la introducción del art. 15.3, 15.5 y de la Disp. Adic. 15ª del ET (en la redacción aplicable al caso) funcionan de una forma adecuada. Pero cuando se trata del personal laboral al servicio de las AAPP, la compleja interrelación entre la normativa administrativa y la laboral supone una colisión en cuanto a que la aplicación de la normativa laboral choca con el ordenamiento constitucional y legal en materia de acceso al sistema de empleo público (art. 23.2 y 103.3 de la Constitución, y arts. 11.3 y 55.1 del TREBEP). De ahí la fórmula adoptada a mediados de los 90 del pasado siglo que, en cierta forma, recoge con carácter posterior la letra c) del apartado 2 del art. 8 del TREBEP. Pero la pasividad de los responsables de las Administraciones a todos los niveles y la del propio legislador de todas las épocas ha tergiversado la concepción inicial del INF como medida temporal de preservación de los derechos de las personas trabajadoras. No sólo porque no se han previsto las OEP y no se han convocado las plazas, sino porque el recurso a la contratación laboral y el fraude en la misma ha provocado que prolifere la figura del INF de una manera insospechada en su momento.

Las cuestiones prejudiciales 3ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 se plantean con la intención de resolver la pregunta de si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse como contraria a una interpretación del art. 15.5 del ET. La 4ª cuestión prejudicial de los asuntos C-59/22 y C-110/22 plantean el interrogante de si la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a la normativa estatal que, para el caso de los INF, no fija límite alguno para las renovaciones (tácitas o expresas) de dichos contratos temporales. Por último, en las cuestiones prejudiciales 5ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 se plantea la pregunta siguiente: si el legislador no ha fijado norma limitativa al respecto de las renovaciones (ya sean expresas o tácitas) de la contratación de los INF, ¿podría considerarse tal circunstancia como una vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, teniendo en cuenta que la duración de los contratos nunca han sido determinados y que los mismos se han prorrogado hasta el 2021 sin que se hayan convocado procesos selectivos para cubrir dichas plazas y, de paso, poner fin a la situación de temporalidad? El apartado 83 de la sentencia determina que el tribunal remitente ha precisado que al ser el INF una creación jurisprudencial, no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que regule este tipo de contrato, por lo que no se han adoptado medidas oportunas para transponer el contenido del apartado 1 de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva con el fin de evitar los abusos. Es por ello por lo que, en el apartado 3 de la sentencia se falla en el sentido de que, "*La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco (...), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las*

[21] Nos encontramos una gran cantidad de personal que forma parte de las AAPP de nuestro país que no tiene reconocida la condición de INF por un Juzgado o Tribunal pero que, a pesar de ello, forma parte de nuestras AAPP soportando la temporalidad y la precariedad en los mismos términos o en peores condiciones que en los casos de Autos. De tal forma que la problemática de la temporalidad y de la precariedad de la Administración es mucho mayor de lo que las cifras y estadísticas oficiales arrojan. *Passim.* Baquero Aguilar, J.: "Las altas tasas de temporalidad en las Administraciones Públicas y los objetivos de desarrollo sostenible: una necesaria interrelación", en Merino Calle, I., Hernández López, A., Laro González, M. E.: *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Universidad de Valladolid, Ediciones Universidad de Valladolid, 2022, pp. 213- 223.

medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos".

Se ha de resaltar el hecho de que el legislador de todas las épocas ha mostrado una enorme pasividad ante la problemática de la temporalidad de los INF[22]. Además de no haber optado por reforzar el cumplimiento del art. 70 del TREBEP, no ha regulado desde el punto de vista legal dicha categoría de empleado público de forma expresa, dejando en manos del juzgador la inmensa problemática concreta que ha suscitado a lo largo de los años la categoría de INF, provocando una gran cantidad de resoluciones judiciales a todos los niveles que ha tenido que ir solventando en casación para unificación de doctrina la Sala 4ª del TS, cuando no ha sido objeto de cuestión prejudicial ante el TJUE que, en más ocasiones de las que hubiese sido necesario, ha tenido que resolver y encauzar la problemática parcial de esta figura de largo recorrido ya en nuestro sistema[23].

3.4. ¿Indemnización adicional a la finalización del contrato indefinido no fijo?

El RD-ley 14/2021 introduce en el TREBEP la Disp. Adic. 17ª que establece el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización adicional a la prevista por la normativa laboral por la contratación temporal irregular. La compensación a la que se refiere esta disposición tan sólo se podrá exigir, por un lado, en el momento de la resolución del contrato y, por otro, se limita al contrato del que traiga causa del incumplimiento de la normativa. Si no se supera el proceso selectivo la indemnización no genera dudas interpretativas[24], pero, por el contrario, si se superase dicho proceso, esto sí que plantea un problema en cuanto al percibo de la indemnización[25]. Es una medida que se adopta como compensación de la contratación irregular, resultando ser esta una forma de compensar el haber acusado la temporalidad en el sistema de empleo público en la categoría de INF -y en la figura del funcionario interino-. Se pretende resarcir el "*daño*" con una indemnización adicional a la que le pudiera corresponder en caso de resolución del contrato siempre que se ajuste a la normativa en vigor. Aunque cierto es también que, el INF y los funcionarios interinos, se han venido beneficiando de la antigüedad, la formación, la experiencia, etc., que ha acumulado a lo largo de los años de servicio. Pero no es menos cierto que se ha generado una expectativa de estabilización "*relativa*" que ha ido acompañada de una "*espada de Damocles*" que ha planeado por la esfera personal, familiar, económica y laboral de estas personas. De tal forma que, aunque apropiada la medida, nos parece ciertamente insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que la responsabilidad recae en la Administración como causa de su inactividad y de su pasividad[26]. La pregunta que plantea el TSJ-Madrid al TJUE versa sobre si la legislación nacional contiene medidas lo suficientemente disuasorias para el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula 5 del Acuerdo Marco que cumplan con los requisitos fijados por el TJUE en el Asunto Santoro y Rossato en lo que se refiere

[22] Al respecto de la inacción del legislador se manifiesta Arufe Varela, A.: "La situación de los indefinidos no fijos en las administraciones públicas tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 77-78.

[23] Obsérvese al respecto de la problemática de la temporalidad Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", en *Doc. Labor*, núm. 110-Año 2017-Vol. II, pp. 27 a 55.

[24] Aunque en cuanto a su aplicación práctica, se puede afirmar que el precepto no va a resultar del todo pacífico, planteando multitud de dudas interpretativas que habrán de resolverse en sede judicial. Interesante análisis al respecto es el que se lleva a cabo por parte de Beltrán De Heredia Ruiz, I.: "Personal laboral interino e indemnizaciones: ¿El RDLey 14/2021 da respuesta al mandato de la Directiva 1999/70 y la interpretación del TJUE?", en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[25] Véase al respecto el trabajo realizado por parte de Roqueta Buj, R.: "El RDL 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: novedades en materia de interinos", en *El Derecho.com. Noticias jurídicas y actualidad, Lefebvre*, 26/10/2021.

[26] Ténganse en cuenta las propuestas de *lege ferenda* que formulábamos en su momento en Baquero Aguilar, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022, pág. 354 y p. 357.

"*a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitutio in integrum*", cuando sólo se prevé una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con el límite de 12 meses, no existiendo "*previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe*"[27].

En la STJUE (Sala Primera) de 7 de marzo de 2018 (C-494/16-Santoro) se plantea una cuestión prejudicial por parte del Tribunale di Trapani (Italia) que tiene por objeto la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco que proviene de un litigio entre la Sra. Giuseppa Santoro y el municipio de Valderice (Italia) en relación con las consecuencias que han de extraerse de los sucesivos contratos de duración determinada celebrados entre la interesada y el mencionado municipio. A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, el incumplimiento de la normativa italiana no podrá dar lugar a la calificación de relaciones por tiempo indefinido en las AAPP. Lo que sí que puede dar lugar es a posibles responsabilidades o sanciones al respecto, teniendo el trabajador afectado derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido. Pero también recoge la normativa italiana la obligación de la Administración de recuperar las sumas pagadas responsabilizando a los directivos cuando la infracción sea imputable a dolo o culpa grave, puesto que los directivos también serán responsables del fraude en la contratación. Las infracciones cometidas se tendrán en cuenta al evaluar su desempeño y no se les concederá complementos salariales vinculados a los resultados. Es esta una medida que, aunque parece que planea como posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, no termina de concretarse de forma clara y expresa[28]. Pero alberga la normativa italiana más preceptos al respecto: los contratos de duración determinada que infrinjan las normas serán nulos y generarán responsabilidad patrimonial por parte de la Administración. Otra vía poco explorada en el caso español para los INF, aunque abierta en lo Contencioso-Administrativo para el personal funcionario interino. También contempla la normativa italiana que las AAPP que infrinjan disposiciones relativas a la selección o a la contratación no podrán llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción (art. 36.3 del Decreto Legislativo nº 165/2001).

La Sra. Santoro, que había venido trabajando mediante diversos contratos temporales desde el año 1996 como trabajadora social para el municipio de Valderice, presenta demanda al objeto de que se declarase la abusividad de las contrataciones y de que se condenase al municipio a reparar *in natura* el daño sufrido. Para ello se pide la declaración de fijeza en la Administración y, con carácter subsidiario, se le otorgase "*una reparación pecuniaria del daño abonándole una remuneración idéntica en el plano jurídico a la de un trabajador fijo del citado municipio y con su misma antigüedad*". La conversión en fijo está prohibida en el marco jurídico italiano, por lo que tan sólo podría reclamarse la reparación del daño sufrido que estaría limitada al pago de una indemnización global comprendida entre 2.5 y 12 mensualidades de la última retribución total percibida por parte de dicha trabajadora. La resolución del TJUE establece que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional al no sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, puesto que prevé una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral en indefinida. Pero sí que contempla la posibilidad de obtener el trabajador afectado una reparación íntegra del daño previa demostración de la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o, para el caso de haberse

[27] En las cuestiones prejudiciales 7ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y en la cuestión 2ª del asunto C-159/22, se introduce otra variante significativa: "*¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se ha producido la extinción del contrato, sería preciso reconocer una indemnización por los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?*".

[28] Proponíamos en su momento la adopción de medidas claras y contundentes desde el punto de vista normativo que penalizasen a los cargos públicos y a los cargos directivos, así como también a aquel personal que coadyuve para la comisión del fraude en el acceso al empleo público como mecanismo de choque contra la arbitrariedad y el nepotismo en el acceso al sistema de empleo público de nuestro país. Véase Baquero Aguilar, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, *op. cit.*, p. 354.

organizado un proceso de selección, se demuestre que se podría haber superado, abriéndose la puerta a posibles indemnizaciones adicionales a tanto alzado y por compensación como medida para reparar el daño que ha de ser demostrado[29].

Pero volviendo al caso de la STJUE de 22 de febrero de 2024 sobre la cuestión de la indemnización tasada de 20 días de salario por cada año de trabajo con el límite una anualidad, y sobre si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, el Tribunal europeo entiende que, a pesar de que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico para el caso de los INF a la finalización de su contrato por cobertura de plaza una indemnización tasada de 20 días[30], por sí sola esa medida no es suficiente para prevenir los abusos de la contratación temporal abusiva. El abono de dicha indemnización "*parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada*" (apartado 106 de la STJUE). Por tanto, dicha medida no resulta adecuada para sancionar de forma adecuada el uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, eliminando las consecuencias del incumplimiento del Derecho comunitario. No parece "*constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco*" (apartado 107), y así se recoge en el punto 4) del fallo de la STJUE.

Una solución alternativa a los 45/33/20 días[31] de indemnización podría ser una indemnización a tanto alzado, pero se podría suscitar el problema de qué parámetros legales utilizar. Tratándose de empleados públicos laborales contratados por parte de la Administración, una posibilidad podría ser el régimen sancionatorio de la LISOS que recoge en el apartado 1 del art. 5 de la norma como infracciones laborales aquellas acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales. Dentro del catálogo de infracciones en materia de relaciones laborales, el art. 7.2 contempla como infracción grave "*La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo*". Las responsabilidades y sanciones se podrán imponer en su grado mínimo, medio y máximo, graduándose las mismas *"en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso*" (art. 39.2). La negligencia e intencionalidad no sería difícil de demostrar por parte de una Administración para el caso de los contratos en fraude que dan lugar a la categoría de INF, sobre todo si tenemos en cuenta el incumplimiento de las advertencias previas por parte de la Intervención General de cada Administración que formula reparos en caso de contratos no ajustados a Derecho.

[29] En ese sentido, para el caso de los funcionarios interinos la Sala de lo Contencioso del TS excluye la conversión en fijos de los recurrentes como respuesta al abuso en la STS de 26 de septiembre de 2018. La misma Sala también ha denegado la posibilidad de una indemnización adicional de 33 días por año de servicio de naturaleza sancionadora a través de la STS 499/2023, de 22 de febrero de 2023 (rcud. 3841/2021). Se deja abierta la vía de la reclamación de daños y perjuicios a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Aunque en la sentencia se establece que dicha posibilidad "*no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados*". Se podría reclamar vía responsabilidad patrimonial por haberse encontrado en situación abusiva de temporalidad, pero ello no implica que, de forma automática se le reconozca derecho a indemnización.

[30] La STS 913/2023, de 31 de octubre, establece una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite máximo de 12 mensualidades por la extinción de un contrato por cobertura de plaza definitiva.

[31] "*Dadas las causas que han motivado la instauración de esta indemnización –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, resulta necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior en línea con la establecida para el despido improcedente*". Roqueta Buj, R.: "Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas", en *Labos*, Vol. 4, No. 1, p. 129.

La cifra de negocios de la empresa se podría equiparar con los presupuestos generales anuales de cada Administración. Es en el capítulo de personal, y sobre todo en los documentos justificativos de ejecución del mismo, donde se puede ver el montante económico destinado a este tipo de contratos y el número de trabajadores afectados.

Atendiendo a los preceptos sancionadores que contempla el art. 40 de la LISOS, en la letra c) bis del apartado 1 se recoge que dichas infracciones graves recogidas en el art. 7.2 de la norma se sancionarán en su grado mínimo de 1.000 a 2.000 euros, en su grado medio de 2.000 a 5.000 y, en su grado máximo de 5.000 a 10.000 euros. Teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, la temporalidad roza o supera las tres décadas, el grado máximo de 10.000 euros como indemnización adicional pudiera parecer insuficiente, pero también es cierto que si los porcentajes de temporalidad en la categoría de INF son tantos como parece desprenderse del análisis de las cifras, además de la indemnización que les correspondería por la finalización del contrato, una indemnización adicional de 10.000 euros podría ser una regla que combinase la *restitutio in integrum* con una posible quiebra económica de las AAPP (sobre todo para el caso de las EELL pequeñas). Indemnizaciones adicionales como las de 45/33 días correspondientes al despido improcedente podría suponer un montante económico difícil de asumir para algunas Administraciones que tengan un alto número de trabajadores en la categoría de INF.

Ya se han producido diversos pronunciamientos internos en relación a la cuestión de la indemnización por finalización de contrato. Sin ánimo de exhaustividad, concretamente, el Juzgado nº 2 de Granollers, en sentencia de 24 de marzo de 2024 (rec. 77/2024) determina una compensación económica conforme a los arts. 40.1c) bis y 7.2 de la LISOS. Por otro lado, la STSJ-Andalucía (Sevilla) de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022), la STSJ-Cataluña de 12 de abril de 2024 (rec. 6615/2021) y la STSJ de Galicia en sentencia de 30 de abril de 2024 (rec. 498/2024) califican el despido como improcedente, no considerando ésta última suficiente la indemnización tasada de 20 días de salario por año de servicio. Resulta evidente que la indemnización de 20 días es insuficiente, y las opciones son, de entrada, la aplicación de la LISOS o la calificación del despido improcedente. Habrá que esperar para ver cuál va a ser la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por parte del TS y cómo éste interpreta la decisión del alto tribunal europeo de cara a resolver – y en qué términos- esta controversia. Aunque también podría tomar cartas en el asunto el legislador nacional rompiendo la dinámica de pasividad y dejadez al que nos tiene acostumbrados dejando en manos de los Jueces y tribunales de justicia la resolución de este tipo de controversias. No obstante, la decisión por la que se opte, ha de ser lo suficientemente contundente y disuasoria como para que se persuada a las Administraciones de seguir cometiendo prácticas irregulares que conlleven un abuso de la temporalidad en nuestro sistema, lo que nos conduce al siguiente apartado sobre la responsabilidad puesta en relación con el abuso de la temporalidad.

3.5. Responsabilidad *versus* temporalidad: una asignatura pendiente

Ya hemos avanzado algunos apuntes sobre la responsabilidad de las AAPP en cuanto a la temporalidad se refiere. Pero la cuestión es abordada de una forma muy precisa en las cuestiones prejudiciales 8ª y 9ª planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y en la 3ª cuestión prejudicial planteada en el asunto C-159/22. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (en adelante LPGE) para los años 2017 y 2018, el RD-ley 14/2021 y la definitiva Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante Ley 20/2021) introdujeron medidas disuasorias para evitar el uso abusivo de la contratación laboral que sancionasen dichos comportamientos, pero no concretan en qué consistirán las responsabilidades de

su incumplimiento, haciendo una remisión genérica inespecífica a la normativa en vigor[32]. Por tanto, y teniendo en cuenta estas circunstancias, y puesto que al tribunal remitente no le consta que se hayan concretado dichas responsabilidades en nuestro sistema, lo que se pregunta es si puede considerarse que la legislación nacional alberga medidas lo suficientemente disuasorias que prevean y sancionen el uso abusivo de contratos de duración determinada "*en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C494/17, Rossato*".

Esta cuestión prejudicial es, desde nuestro punto de vista, la piedra angular de toda la problemática que aborda la sentencia y que, en definitiva, es la semilla y punto de partida de la controversia de la temporalidad en el seno de nuestro sistema de empleo público. La temporalidad es fruto de dos cuestiones que están íntima y estrechamente relacionadas: por un lado, la necesidad de las Administraciones de atender los servicios que les corresponden por Ley y, en segundo lugar, de la dejadez e inactividad -en ocasiones deliberada- en el cumplimiento de la norma en lo que concierne a la dotación de personal. La asunción de competencias por parte de las instituciones y la descentralización de los servicios ha conllevado el hecho de que el número de personal al servicio de nuestras instituciones y Sector Público haya aumentado de forma considerable. El desarrollo del proceso autonómico y de la autonomía local supusieron necesidad de personal, a lo que se une el desarrollo del Sector Público institucional e instrumental (consorcios, fundaciones, entidades públicas empresariales, mercantiles públicas, etc.). Pero ese aumento de plantillas a todos los niveles no ha ido acompañado de una planificación adecuada de las necesidades de los recursos humanos tal y como recoge el TREBEP y las normas concordantes. Se ha ido nombrando una gran cantidad de funcionarios interinos y contratando a una gran cantidad de personal laboral que ha provocado una enorme bolsa de temporalidad en nuestro sistema, pero no se ha optado por forzar el cumplimiento de la normativa en lo concerniente a los plazos máximos, las OEP, la convocatoria de plazas, etc., sino que el legislador de todas las épocas ha procurado ciertos procesos de consolidación de empleo que limiten la temporalidad como medida alternativa[33].

Llegados a este punto, hemos de volver a reiterar la idea de que, aunque no en todos los casos, una cantidad considerable de funcionarios interinos y de INF que vienen sufriendo de abuso en la temporalidad han accedido al sistema con ocasión de prácticas irregulares por parte de las AAPP provocando, no sólo una desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público de nuestro país, sino también una falta de objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de las funciones que les son encomendadas a las Administraciones por Ley[34]. Y todo ello está estrechamente ligado con la problemática de la responsabilidad puesto que, tal y como recoge la STJUE de 22 de febrero de 2024, el ordenamiento jurídico no concreta de forma clara "*esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa no específica*"[35]. Para subsanar el problema de la temporalidad, la LPGE para el año 2017 (Disp. Adic. 34ª) y la LPGE para el año 2018 (Disp. Adic. 43ª) introducen medidas para intentar solventar la

[32] *Cfr.* Sempere Navarro, A.: "La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 de diciembre", en *El Derecho.com, Lefebvre*, 03/01/2022.

[33] Véase sobre los diversos procesos de consolidación Baquero Aguilar, J.: *La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público*, Murcia, Laborum Ediciones, 2022, pp. 163-177.

[34] "*En el ámbito estricto de la contratación laboral temporal en el sector público, la excesiva temporalidad no se explica tanto por un problema de cultura organizativa favorable a la temporalidad cuanto por una compleja etiología en la que interactúan desde factores políticos, como la mejorable gestión profesional de los recursos humanos y el enchufismo por razones ideológicas o de otra naturaleza*". Vivero Serrano, J. B.: "Contratos temporales y empleo público. El resto de disminución de la excesiva temporalidad", en *Doc. Labor*, núm. 124, año 2021, Vol. III, p. 51.

[35] Para el caso de la prevaricación administrativa para coadyuvar al acceso irregular al sistema, las penas máximas que se imponen son las de inhabilitación para el ejercicio de todo cargo público. Así lo recoge, como ejemplo, la Sentencia 251/2021, de 14 de julio, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez. En ese sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Penal) 2878/2021, de 16/07/2021.

cuestión, exigiendo responsabilidades para evitar el fraude en los nombramientos y en la contratación a los "*órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental*" (apartado 2 de la Disp. Adic. 43ª de la LPGE para el año 2018). El apartado 3 de la misma disposición también recoge que dichas actuaciones fraudulentas darán lugar a la exigencia de responsabilidades de los órganos referidos "*de conformidad en cada una de las Administraciones Públicas*". Pero como hemos anunciado, y tal y como recoge la sentencia del TJUE, la normativa sancionadora tanto para los cargos públicos como para los administrativos se plantean como vagas e imprecisas, planeando de forma transversal por todo el ordenamiento jurídico, pero sin una clara redacción y -sobre todo- aplicación en cuanto al objeto del debate en cuestión.

Las cuestiones prejudiciales sobre esta materia plantean si la cláusula 5 del Acuerdo Marco "*debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas*". Para el caso de una respuesta negativa, pregunta mediante la 9ª cuestión prejudicial planteada "*si dichas disposiciones adoptadas a partir de 2017, deberían aplicarse a los abusos cometidos antes de su entrada en vigor*". Recordemos que se introdujeron estas medidas debido a las prácticas de los órganos colegiados de las Administraciones y otros procedimientos por los que se les venía reconociendo desde el punto de vista administrativo la condición de INF a ciertas personas trabajadoras. Declara el TJUE en el apartado 113, que las disposiciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico "*parecen tener un grado de ambigüedad y de abstracción tal que no resultan comparables al mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, al que se refiere el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro (...)*"[36]. Por tanto, resuelve la STJUE en su apartado 5) que, "*La cláusula 5 del Acuerdo Marco (...), debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula*". Es por ello por lo que proponemos un endurecimiento de dichas medidas al objeto de evitar dichos comportamientos fraudulentos que atentan contra los principios constitucionales para acceder al sistema de empleo público que han generado la importante problemática de la temporalidad que venimos acusando y afrontando desde diferentes perspectivas (administrativas, judiciales, legislativas y económicas) a todos los niveles de descentralización. Sin duda, una asignatura pendiente por parte del legislador[37].

3.6. ¿Procesos de estabilización restringidos?

Todas las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente están encadenadas entre sí mediante un "*nudo gordiano*" que tiene como núcleo común el abuso de la temporalidad en el empleo público de nuestro país. Sin restar importancia al resto, quizás la cuestión de las indemnizaciones adicionales, la de los procesos de estabilización restringidos y la de la consideración

[36] En esos términos se manifiesta Boltaina Bosch, X.: "Un análisis "DAFO" de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades", en *Temas Laborales*, núm. 162, 2022, p. 74.

[37] "*Es verdad que el legislador de 2021 no utilizó toda la artillería jurídica que tenía a su disposición para atajar de una vez por todas este mal endémico, así como para evitarlo de nuevo en el futuro, sobre todo mediante una responsabilidad contable de los dirigentes públicos (políticos y altos funcionarios) fácil de exigir de verdad, más una penalización presupuestaria para las organizaciones públicas refractarias a la lucha contra el abuso de la temporalidad*". Vivero Serrano, J. B.: "La temporalidad abusiva en el sector público ante el TEJU: ¿Y ahora qué?", en *Briefs AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 30, año 2024.

de fijos o INF son las de mayor calado de todas. La 12ª cuestión del asunto C-59/12 se plantea el interrogante de si la conversión de los INF en fijos debe dejarse de aplicar por el hecho de que se hayan establecido por Ley procesos de estabilización mediante convocatorias públicas que cumplen con los preceptos constitucionales, pudiéndose plantear el caso de que dichos trabajadores no puedan consolidar sus puestos de trabajo si es otro aspirante el que, de forma definitiva, obtiene la plaza mediante un procedimiento de libre concurrencia. La 12ª cuestión prejudicial del asunto C-110/22 se plantea formulando la pregunta de si la conversión del contrato en fijo puede no aplicarse si, antes de que la conversión se pudiera llevar a cabo vía judicial, se ha convocado un proceso de estabilización de empleo temporal mediante un proceso que cumpla con los preceptos constitucionales y legales. Sobre todo, como en el caso anterior, si dicha plaza puede ser ocupada por otro aspirante que no sea el INF teniendo, en ese caso, derecho a una indemnización de 20 días de salario por año con un máximo de 12 mensualidades. Por su parte, la cuestión prejudicial 6ª del asunto C-159/22 se plantea en los mismos términos que las anteriores.

De modo resumido, lo que se discute es si la conversión de un contrato INF en fijo puede dejar de aplicarse -o no aplicarse- conforme a los preceptos de la Directiva y a la jurisprudencia del TJUE por el hecho de que el legislador nacional haya convocado procesos de consolidación de empleo respetando los principios constitucionales y la normativa de acceso al sistema de empleo público[38]. Básicamente, el tribunal remitente lo que pregunta es si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse "*en el sentido de que opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación de empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales*", entre los que se encuentran los INF (apartado 116 de la STJUE). Los procesos de estabilización restringidos se han considerado como contrarios a los preceptos constitucionales y legales que plantean el acceso al sistema por un sistema de libre concurrencia (STC 27/1991, de 14 de marzo)[39]. De hecho, los procesos de estabilización en vigor, así como los planteados antes del RD-ley 14/2021 y de la Ley 20/2021 definitiva, no contemplan la opción de procesos restringidos, a pesar de que los límites de las convocatorias sí que favorecen al personal que viene acusando la temporalidad en el seno de nuestras Administraciones mediante procesos de concurso o concurso-oposición, donde la valoración de los méritos y de la experiencia profesional procuran un acceso "*casi automático*"[40]. Entiende el juzgador europeo que los procesos de consolidación convocados son un intento de reducir el "*uso sucesivo de contrataciones temporales*", pero al observar los principios constitucionales, "*los trabajadores indefinidos no fijos pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes*" (apartado 119). Por tanto, resuelve la STJUE en su apartado 6) que, la cláusula 5 del Acuerdo Marco "*debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos 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, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada*"[41].

[38] *Vid in extenso* sobre los procesos de consolidación Baquero Aguilar, J.: "La consolidación de empleo temporal en las administraciones públicas", en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo: retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Granada, Editorial Comares, 2024, pp. 261-288.

[39] En contra de los procesos de restringidos se manifiesta Arrieta Idiakez, F.J.: "El empleo temporal en las Administraciones Públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva", en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Nº 43, 2020(Ejemplar dedicado a: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro)*, p. 50.

[40] El Tribunal Constitucional (SSTC 67/1989, 185/199411/1996, 107/2003, 27/2012, 111/2014 y 86/2016) han fijado como límite máximo de puntuación en estos casos el 45%.

[41] En esa línea, "*La STC 269/1994, de 3 de octubre, señaló que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos atribuye al legislador un amplio margen para regular las pruebas de selección. No obstante, esta libertad que se reconoce al legislador, es necesario señalar que existen dos límites*

Lo anterior plantea un problema de considerable importancia que se suma a la problemática subyacente de dichos procesos: ¿deben considerarse no ajustados a Derecho los procesos de consolidación en curso? De ser afirmativa la respuesta, y puesto que muchos de ellos ya están concluidos y el resto (a excepción del "*cuarto*" que procura el RD-ley 5/2023) deberán estar cerrados a finales de 2024, ¿qué medida debería optar el legislador? ¿Se anularían los procesos o, por el contrario, se modificaría la normativa de cara a posibles futuros procesos de estabilización? Pero, en ese sentido, si esto sucediese así, ¿tendría que modificar el Tribunal Constitucional (en adelante TC) su doctrina sobre los procesos de consolidación restringidos? Lo que queda claro de todo lo expuesto es el enorme problema que alberga nuestro sistema excesivamente judicializado por falta de motivación o de decisión del legislador de todas las épocas, que parece activarse a golpe de jurisprudencia sin terminar de atajar la problemática de la temporalidad que está directamente relacionada con el acceso irregular e indirecto al sistema en todas sus manifestaciones.

En relación con los procesos de estabilización, otra de las consecuencias que puede tener la STJUE de 22 de febrero de 2024 es la relativa a las indemnizaciones a la finalización de contrato por consolidación de empleo temporal ya analizadas en otro apartado anterior desde otra perspectiva. En la STJUE (Sala Primera), de 8 de mayo de 2019, asunto C-494/17 (*Rossato*) se pretende la reparación del daño sufrido por el Sr. Rossato "*por haberse utilizado en lo que a él respecta contratos de trabajo de duración determinada sucesivos*". Presenta demanda donde solicita, entre otras cuestiones "*con carácter subsidiario, que se reparara el perjuicio que le había causado la utilización abusiva de esos contratos de trabajo de duración determinada y que se tomara en consideración para el cálculo de su remuneración, con arreglo a la cláusula 4 del Acuerdo Marco, la antigüedad que había adquirido en esa relación laboral*". El Tribunal de Roverto estima, a efectos de remuneración, el reconocimiento de la antigüedad, pero desestima las pretensiones sobre el uso abusivo de contratación de duración determinada. Recurre en apelación ante el Tribunal de Trento pero, no obstante, mientras se resuelve el asunto en los tribunales italianos, el empleador del Sr. Rossato lo titulariza haciéndolo indefinido con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2014. El Tribunal Supremo de Casación indicó que la transformación de la relación laboral en relación laboral por tiempo indefinido decidida por esta Ley mediante el plan extraordinario de contratación suponía una medida proporcionada lo suficientemente efectiva y disuasoria para sancionar los abusos, de modo que un trabajador que hubiera obtenido una transformación de su relación laboral no podía exigir indemnización económica alguna por ese concepto. Y es, precisamente, este fallo el que puede determinar con carácter definitivo la no concesión de una indemnización adicional en el caso de la finalización de la contratación temporal por haberse consolidado el puesto de trabajo mediante alguno de los procesos puesto en marcha. Estima la sentencia en el asunto Rossato que, el esfuerzo del legislador italiano de procurar la estabilización de los profesores, al ser prevista y otorgar cierto margen de seguridad, se considera como medida suficiente para reparar el daño de la temporalidad. Por tanto, tal y como se expone en el apartado 42 de la sentencia, "*ni el principio de reparación integral del perjuicio sufrido ni el principio de proporcionalidad exigen el abono de una indemnización de carácter punitivo*". Lo que puede influir en las resoluciones internas de nuestros tribunales de justicia y en la solución que pueda albergar la STJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por la Sala 4ª del TS.

constitucionales: — En positivo, los requisitos de acceso han de responder única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad. — En negativo, interdicción de que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia aceptación de personas". García García, M.J.: "Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 15, mayo de 2008, p. 134.

3.7. ¿Fijos o indefinidos no fijos? El respeto a los principios constitucionales

Si la resolución por parte del TJUE de las demás cuestiones prejudiciales ha supuesto un "*terremoto*" en el marco *iuslaboralista* y administrativista español, esta última sí que plantea un reto importante tanto para los Jueces y tribunales como para el legislador de cara al futuro. Abordamos la cuestión prejudicial 10ª de los asuntos C-59/22, C-100/22 y 4ª del asunto C-159/22 por estar redactadas casi de idéntica forma: "*En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta del [Acuerdo Marco] por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?*". Se plantea la cuestión dicotómica de la consideración del trabajador como INF o como fijo ya que no existen medidas suficientemente disuasorias en la normativa interna que conlleva a la vulneración de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Con el añadido de que, si se considerase como trabajador fijo en vez de INF, dicha categoría debería ser considerada "*sin matizaciones*". Estrechamente relacionadas con las anteriores, se encuentran las cuestiones prejudiciales 11ª del asunto C-59/22, C-110/22 y 5ª del asunto C-159/22, pero con un matiz mucho más controvertido: si se aplicase el Acuerdo Marco y la jurisprudencia del TJUE, ¿la conversión del contrato en fijo "*debe imponerse incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la [Constitución]*"? Y para complicar más el asunto, y puesto que se refiere en el seno de la sentencia que el TC y el TS han dictado sentencias contradictorias en relación a una misma cuestión, se pregunta también lo siguiente: "*¿debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral?*". En este caso, el TC ha dispuesto que la normativa de acceso al sistema de empleo público no es de aplicación al personal laboral[42] pero, sin embargo, la Sala 4ª del TS sí que ha considerado que se han de aplicar los preceptos constitucionales para el acceso al empleo público de nuestro país del personal laboral[43].

Establece el apartado 127 de la STJUE que para que la normativa nacional estuviese acorde con el Acuerdo Marco incorporado a la Directiva, y como la jurisprudencia del TS prohíbe la conversión de un INF en fijo[44], el ordenamiento jurídico español debería albergar alguna otra medida que fuese efectiva para evitar el abuso de la temporalidad que sancionase tal comportamiento. De todo lo anterior se desprende que "*la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida podría constituir*" una medida disuasoria y que sancionase el comportamiento abusivo al que han sido sometidos los INF (apartado 136). Resuelve la STJUE en su apartado 7) en ese sentido, dejando abierta la posibilidad de que los Jueces y tribunales españoles consideren la conversión del INF en fijo como medida sancionatoria a los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales por parte de la Administración española[45]. Abre la puerta a una clara colisión de las resoluciones

[42] El Tribunal Constitucional, en su STC 281/1993, establecía que el acceso al empleo público del personal laboral no estaba amparado –como para el caso de los funcionarios- en los preceptos constitucionales (arts. 23 y 103), sino en lo dispuesto en el TREBEP.

[43] *Cfr*. Martín Valverde, A.: "Sobre el mérito y la capacidad en el empleo público de régimen laboral", en Durán López, F., Sáez Lara, C. (Coords.).: *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Monografías de Temas Laborales, nº 65, pp. 27-40.

[44] La STS 955/2023, de 8 de noviembre, de conformidad con la doctrina de la Sala 4ª del TS en STS 949/2021, de 28 de junio (recud. 3263/2019), declara la relación laboral de INF, que no fija.

[45] Para el caso de los funcionarios interinos, el ATC 427/2023, de 11/09/2023 (Sección 4ª, rec. 1055/2022), inadmite el Recurso de Amparo promovido en proceso contencioso-administrativo sobre la conversión de interinos en fijos de forma automática como sanción a la temporalidad abusiva. En esa misma línea, el Auto del TS de 6 de febrero de 2024 (rec. 1823/2023), inadmite un recurso un recurso de casación por ser jurisprudencia reiterada la consideración de INF en vez de fijo en caso de irregularidades en la contratación del personal laboral. Se citan, por todas, la STS de 21/01/1998 (rec. 315/97), la STS de 11/04/2006 (rec. 1262/04), la STS de 14/12/2009 (rec. 1654/09), la STS de

jurisprudenciales con los preceptos constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público de nuestro país (arts. 14 y 23.2 de la CE). Y esto plantea una dicotomía importante añadida, sobre todo por el hecho de que, para el caso de aquellas personas que se pudieran consolidar en la Administración vía jurisprudencial, la decisión de los tribunales de justicia podría parecer proporcionada. Pero para aquellas otras que hayan tenido que superar un proceso selectivo cumpliendo con la normativa de acceso y respetando los principios constitucionales, esta opción podría significar un agravio comparativo. Si ya los procesos de estabilización han supuesto una medida -aunque proporcionada y ajustada a derecho- que ha podido rozar el incumplimiento del criterio de igualdad para aquellos opositores noveles, la opción de convertir los contratos en indefinidos por parte de los tribunales de justicia, puede suponer, en términos de justicia, a la vez "*una justicia y una injusticia*" dependiendo del lado en el que nos encontremos[46]. Pero, lo que resulta primordial para nosotros, es que el respeto a los principios constitucionales como derecho fundamental, para el caso de que los tribunales optasen por dicha conversión en indefinida de los contratos, podría constituir una nueva oportunidad para "*vulnerar*" el derecho fundamental de acceder al empleo público de nuestro país en estrictas condiciones de igualdad. Sin obviar la controversia que se puede plantear en caso de aplicación de la primacía de la normativa y jurisprudencia europea sobre la propia Constitución Española[47].

4. LA STJUE DE 13 DE JUNIO DE 2024: LA CONVERSIÓN *CONTRA LEGEM* DEL DERECHO NACIONAL

Una consecuencia directa de la STJUE de 22/02/2024 fue el anuncio del Tribunal Supremo el 7 de marzo sobre la intención de plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre el modo de aplicar la fijeza en el empleo público al personal INF ante los múltiples recursos pendientes de resolución. Todo ello, de cara a resolver las dudas acerca del mecanismo para compatibilizar la doctrina acuñada por la STJUE con las normas sobre el acceso al empleo público de manera que se respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Mediante ATS 6188/2024, de 30 de mayo de 2024 (rec. 5544/2023), el TS eleva la cuestión prejudicial que gira en torno a dos cuestiones principales: 1ª) "*Principal: ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, 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?*", y 2ª) "*Subsidiaria: 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?*"[48]. Vincula la 2ª

11/02/2021 (rec. 17/20) y la STS de 16/03/2021 (rec. 109/21). Si se admitiese la consideración de fijo en vez de INF se vulnerarían los principios constitucionales. Así lo reconoce la STS de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019) para la aplicación de la STJUE (caso IMIDRA).

[46] A favor de reconocer la relación como indefinida tras la STJUE de 22/02/2024 se manifiesta Peña Molina, M.: "¿El TJUE ha hecho fijos a los indefinidos no fijos?", en *Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local (CEMICAL)*.

[47] Véase en ese sentido, y en defensa de los principios constitucionales sobre la primacía del Derecho europeo, el trabajo realizado por parte de Moreno Brenes, P.: "Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre el personal indefinido no fijo", en *Diario La Ley*, Nº 10475, Sección Tribuna, 1 de abril de 2024. LA LEY.

[48] Obsérvese el interesante análisis llevado a cabo por parte de Monereo Pérez, J. L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", en *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2024. Para este autor,

respuesta a la 1ª en el planteamiento de la cuestión prejudicial el TS, condicionando el percibo de la indemnización adicional para el caso de un no reconocimiento de la condición de trabajadores fijos y de una extinción de la relación de trabajo. El Pleno de la Sala 4ª, en el anuncio de la presentación de la cuestión prejudicial centra su atención sobre ciertas cuestiones, de las que nosotros destacamos algunos aspectos de considerable connotación: 1º) el acceso al sistema de empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad apoyándose en la libre circulación de trabajadores y la posibilidad de los ciudadanos comunitarios de acceder a empleos fijos en el ámbito de lo público, 2º) la figura del INF constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE[49], 3º) en relación a las normas sobre responsabilidad de quienes cometen los abusos en la contratación pública, la jurisprudencia viene reconociendo en favor del INF cesado por no superar las pruebas convocadas una indemnización compensatoria equivalente a la de las personas despedidas por crisis económica, 4º) diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada[50]. Desde nuestra óptica personal, supone dicho anuncio, acompañado de lo expuesto en la cuestión prejudicial, un alegato claro en defensa de nuestro ordenamiento jurídico y de las resoluciones adoptadas por nuestros tribunales en relación a lo dispuesto en la STJUE de 22 de febrero de 2024.

Pero sorprende de nuevo el juzgador europeo con la STJUE (Sala Sexta), de 13 de junio de 2024, asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22 que proviene de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona mediante Autos de 12 de mayo de 2022 y de 6 de mayo de 2022. En esta ocasión el asunto no tiene que ver con la figura del INF, sino que, por el contrario, con la figura del personal funcionario interino al servicio de nuestras AAPP. Si entrar en mucho detalle por la falta de espacio, resuelve el TJUE lo siguiente:

1º) La cláusula 5 del Acuerdo Marco, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el uso abusivo de los nombramientos o contrataciones temporales de empleo de duración determinada se produce "*cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate*", a pesar de que esas relaciones de empleo estén cubriendo "*necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables*". Dicha

"*Es incierto el criterio que adoptará el Tribunal de Justicia de la UE, pero algo parece seguro: que la categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo, no ha conseguido satisfactoriamente los fines para los que fue creada jurisprudencialmente y después reconocida por ley. Se ha producido un agotamiento y, en gran medida, un fracaso de la misma. Del cual no está exento el silencio del legislador sobre su régimen jurídico aplicable, que hubiera sido lo pertinente en la lógica del garantismo jurídico sobre cuya base está construido nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente esta categoría laboral del "indefinido no fijo" (...) parece haber creado más problemas y controversias jurídicas de las soluciones idóneas que pretendía resolver*", pp. 14-15.

[49] En relación a la casi equiparación del INF en nuestro sistema, "*El marcado carácter anfibológico del trabajo indefinido no fijo (...) hace harto difícil su gestión, (...). Se ha reconocido en vía judicial el derecho al complemento de antigüedad, la equiparación retributiva, el derecho a la movilidad geográfica, a una excedencia voluntaria, así como al desarrollo profesional, promoción y reclasificación, 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. En cambio, recientemente, los indefinidos no fijos han sido excluidos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo*". Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos", en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 11 (2º Trimestre 2024), p. 23.

[50] Sobre los aspectos controvertidos de los definitivos procesos de estabilización véase Rodríguez Villanueva, J.: "Aspectos conflictivos de los procesos de estabilización en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: una aproximación a través de los tribunales", en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 26, 2024, pp. 46-66.

resolución parece "*colisionar*" en cierta forma con el apartado 3) de la resolución de la STJUE de 22 de febrero de 2024, donde se determinaba que la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c) del Acuerdo Marco debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una normativa nacional que no preveía ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni "*medida legal equivalente*" alguna, de cara a evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

2º) La cláusula 5 del Acuerdo Marco, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se opone tanto a la jurisprudencia como a la normativa nacional que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de contrataciones o relaciones de empleo de duración determinada por un lado, "*el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos*"[51] y, por otro lado, "*el abono de una compensación económica con un doble límite máximo*", pero tan sólo en favor de quienes no superen los procesos de estabilización, no siendo dichas medidas ni proporcionadas ni suficientemente efectivas y disuasorias "*para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5*".

3º) La cláusula 5 del Acuerdo Marco, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos de contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión "*en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida*", pero siempre que dicha conversión "*no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional*". Radica aquí el matiz clave a resaltar con respecto a apartado 7) de la STJUE de 22 de febrero de 2024 en la que se establecía que la conversión de los contratos temporales prorrogados de forma sucesiva en contratos fijos "*podría*" constituir una medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales (incluidos los INF). Parece haber un criterio matizado en esta última resolución del TJUE que apunta a un respeto de los principios constitucionales prohibiendo, por tanto, la conversión vía jurisprudencial de los contratos o nombramientos temporales en indefinidos.

A modo de corolario, podemos extraer la conclusión de que, tanto la cuestión prejudicial planteada por el TS como el fallo de la STJUE de 13 de junio de 2024, ponen el foco de atención en dos asuntos que parece que van a centrar el debate administrativista e *iuslaboralista* español y que, probablemente, sea la línea principal en la que podría basarse la respuesta "*definitiva*" del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por la Sala 4ª del TS[52]. En primer lugar, el posible reconocimiento de una indemnización disuasoria adicional al trabajador INF en el momento de la extinción de la relación laboral (pero sólo para aquellos que no consoliden plaza). Parte de la cuestión prejudicial planteada por el TS, en cierta forma, concuerda con el apartado 2 del fallo de la STJUE de 13 de junio de 2024. Con lo cual, estimamos que una posible indemnización adicional podría ser parte del fallo. Por otro lado, en segundo lugar, y más importante que el asunto anterior por la vinculación con nuestro ordenamiento constitucional, la cuestión prejudicial planteada por la Sala 4ª con carácter principal eleva la pregunta sobre si "*¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial*

[51] La STS 1534/2021, de 20 de diciembre, ratifica las SSTS 1425 y 1426/2018, de 26 de septiembre, donde se establece que "*la medida que hay que adoptar ante una situación de abuso de temporalidad puede consistir simplemente en el hecho de mantener al empleado público víctima de un abuso en el régimen de precariedad en el empleo hasta que la Administración empleadora determina si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos—donde pueden concurrir candidatos que no han sufrido dicho abuso de temporalidad— para cubrir la plaza con empleados públicos fijo o de carrera*" (apartado 23.3) de la STJUE de 13/06/2024).

[52] Aunque, recordemos que todavía están pendientes de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por parte del TSJ-Galicia mediante sendos autos de fecha 6 de junio de 2023 (rec. 1494/2024 y rec. 2818/2021), lo que corrobora nuestra tesis de esa dependencia de nuestro sistema de los pronunciamientos del TJUE.

que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, 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?". Poniendo de nuevo esta cuestión en relación con el fallo de la STJUE de 13 de junio de 2024 que establece que, una medida para prevenir y sancionar el abuso de la temporalidad "*podría*" ser la conversión en indefinida de las relaciones de trabajo dentro de las AAPP pero "*siempre que esa conversión no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional*", nos atrevemos a decir que el fallo futuro de la cuestión prejudicial va a ir en la línea del respeto, tanto de los preceptos constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al sistema de empleo público de nuestro país como de las resoluciones de nuestros tribunales al respecto. Aplicados dichos criterios, claro está, a la figura del INF, pero extrapolable en el marco de lo contencioso a la figura del funcionario interino que han venido sufriendo de igual forma el abuso de la temporalidad en nuestro sistema. Aunque habrá que esperar al fallo definitivo, puesto que parece que el juzgador europeo no termina de comprender la complejidad y particularidades de nuestro sistema, por lo que postularnos como lo hacemos puede ser una disyuntiva académica que podría convertirse en una opción ciertamente comprometida de cara a una respuesta del TJUE que, esperemos, no sea muy lejana en el tiempo.

5. LA DEPENDENCIA DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE: ¿FALTA DE VOLUNTAD DEL LEGISLADOR?

Después del análisis llevado a cabo por nuestra parte, consideramos que ha quedado de forma ciertamente manifiesta que la dependencia de nuestro sistema de las resoluciones del TJUE es un hecho en el marco administrativo y laboral de empleo público de nuestro país. Las modificaciones introducidas por la LPGE para el año 2022 y posteriores, en conjunción con las modificaciones del ordenamiento jurídico que supusieron tanto el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre y la definitiva Ley 20/2021 del mismo día, han sido fruto -en parte- de las resoluciones de las instancias judiciales europeas, pero la dependencia de las resoluciones del TJUE todavía persiste. El impacto de la STJUE de 22 de febrero de 2024 ha obtenido su reflejo en la reacción diversa de los tribunales españoles a todos los niveles[53]. Por lo que respecta a los Juzgados de los Social, la SJS-26 Madrid 10/2024, de 23/02/2024 (rec.199/2023) declara la fijeza de un trabajador de Telemadrid. Por su parte, la SJS-14 Sevilla 21/2024, de 27 de febrero 2024 (rec. 667/2023) declara que el cese de una interina por vacante de larga duración por cobertura reglamentaria de la plaza no describe una causa de extinción justificada, debiendo ser calificada como fija y el cese como un despido improcedente. La SJS-2 Granollers 77/2024, de 24 de marzo 2024 (rec. 77/2024) entiende que una trabajadora INF que ha sido estabilizada tiene derecho a una compensación económica conforme a los arts. 40.1.c) bis y 7.2 LISOS por el abuso en la temporalidad padecido antes de la cobertura reglamentaria de la plaza. La SJS-2 Ourense 178/2024, de 27 de marzo 2024 (rec. 694/2023) declara la fijeza tras sucesión de contratos temporales desde 2002. Por su parte, la SJS-21 Madrid 104/2024, de 1 de abril 2024 declara la fijeza de un trabajador que acumula una sucesión de 2 contratos temporales desde 2019 (determinando la primacía del ordenamiento jurídico europeo sobre el español). Por último, la SJS-

[53] Véase al respecto Monereo Pérez, J. L. y López Bedmar, R. J.: "Utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el empleo público. Interpretación en el caso de Personal laboral indefinido no fijo/interinidad de larga duración: Obligación de la legislación nacional de establecer medidas suficientemente disuasorias (STJ 6ª 22 febrero 2024, asuntos C–59/22, C–110/22 y C–159/22: Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid)", en *LA LEY Unión Europea*, nº 124, abril de 2024, Editorial LA LEY. Para estos autores, "*Dada la deficiencia e insuficiencia del marco legislativo actual, sería necesario establecer de lege ferenda una regulación garantista de la contratación laboral en el empleo público, estableciendo un estatuto regulador de los distintos tipos o modalidades contractuales que persuada efectivamente al empleador público de llevar a cabo una utilización abusiva de la contratación temporal*".

2 de Granada, de 09/07/2021 (rec. 208/2024) declara fijeza como consecuencia de la contratación temporal[54].

En lo que a los Tribunales Superiores de Justicia se refiere, la STSJ-Andalucía (Sevilla) 1/2021, de 14 de marzo 2024 (rec. 775/2024) rechaza la fijeza y califica el despido como improcedente. La STSJ-Andalucía (Sevilla) 888/2024, de 20 de marzo 2024 (rec. 914/2024) también rechaza la fijeza. Por el contrario, la STSJ-País Vasco 1009/2024, de 23/04/2024 (rec. 282/2024) declara la fijeza de un trabajador de la Universidad del País Vasco. El TSJ de Madrid adopta diversas resoluciones entendiendo que no es posible acceder a la fijeza automática puesto que se han de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al sistema de empleo público de nuestro país. La STSJ-Madrid (Pleno), de 10/04/2024 (rec. 317/2024) rechaza la condición de fijeza y reconoce, de forma subsidiaria, la condición de INF. La STSJ-Madrid (Pleno), de 10/04/2024 (rec. 318/2024) también rechaza la fijeza. La STSJ-Madrid (Pleno), de 10/04/2024 (rec. 319/2024), rechaza la fijeza y rechaza la indemnización por despido improcedente de 45/33 días por año de servicio como compensación por el uso abusivo de la contratación[55].

Por su parte, la Sala 4ª del TS, antes de elevar la cuestión prejudicial, en el FD 4º.2 de la STS 2329/2024, de 17/04/2021 (rec. 853/2021), introduce un *ober dicta* prácticamente idéntico al que introduce en el FD 3º.5 de la STS 2361/2024, de 29/04/2024 (rec. 4962/2022). Reproducimos parte del *ober dicta* de esta última resolución por resultar de suma importancia en relación al asunto que nos ocupa: "*de la reciente STJUE 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, que como ya se ha visto 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 (que asimila, de manera discutible, a los indefinidos no fijos) porque la Directiva 1999/70/CE (cláusula 4ª) permite un trato diferente ente temporales y fijos por razones objetivas*". Una clara manifestación de defensa de los principios constitucionales y de la dualidad y estructura de nuestro sistema de empleo público. Sin duda, acorde -en parte- con la resolución del TJUE de 13 de junio de 2024 y en la línea tanto de nuestro ordenamiento jurídico como de las resoluciones de nuestro alto tribunal[56].

La disparidad de criterios en el orden social es un hecho, aunque parece que la tendencia del TS va a ser la de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Pero lo que queda claro, desde nuestra óptica personal basada en el análisis de la evolución de la jurisprudencia y de las modificaciones normativas, es que el legislador de todas las épocas ha mostrado una enorme pasividad y una falta de determinación ante la problemática de nuestro sistema que ha ido en aumento a lo largo de las últimas décadas[57]. Deja en manos del juzgador europeo la resolución de los asuntos

[54] Destacando la pasividad del legislador al respecto, para este autor, "*no parece que la conversión automática de los contratos temporales en contratos fijos en el sector público tenga encaje interpretativo en el vigente Derecho español. Ese es el punto más débil y criticable de la STJUE de 22 de febrero de 2024*". Vivero Serrano, J. B.: "La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?, en *Diario La Ley*, Nº 10463, Sección Tribuna, 11 de marzo de 2024. LA LEY.

[55] Obsérvese el importante esfuerzo de recopilación de jurisprudencia en el que nos hemos basado tanto en este apartado como en el punto 3.4 de este trabajo que se lleva a cabo por parte de Beltrán De Heredia Ruiz, I.: "¿Qué es un indefinido no fijo?, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[56] Así se manifiesta el TS en la STS 3696/2024, de 02/07/2024 (rec. 3516/2023), en la que se determina que la relación debe ser calificada con INF y confirma la indemnización de 20 días reconocido en instancia.

[57] "*Pocas explicaciones exigirían la calificación como insostenible de la situación de la contratación temporal en la Administración, donde la pasividad del legislador y una permisividad más que generosa de nuestros tribunales, ha*

que, en el mejor de los casos, conlleva un cambio de la normativa. Es por ello por lo que planteamos el hecho de que, sin dejar de proteger los derechos de las personas empleadas públicas -bien sea en régimen funcionarial o laboral-, consideramos necesario un estudio de las controversias principales en materia de empleo público que tenga como eje central la preservación del ordenamiento jurídico constitucional que sirva para una modificación de la normativa que elimine las aporías de nuestro sistema. Análisis que, además, ha de contribuir a una mayor eficiencia y eficacia en la gestión de las políticas de recursos humanos de nuestras Administraciones y de nuestro Sector Público. Cumpliendo esa premisa, la dependencia de nuestro sistema de las resoluciones del TJUE se minimizaría a cuestiones meramente accesorias. Para ello, el reforzamiento claro de la responsabilidad de los cargos públicos y administrativos, desde nuestro punto de vista, jugaría un papel crucial ante este importante reto de que nos plantea el futuro[58].

6. CONCLUSIONES

La incidencia de las resoluciones del TJUE en materia de empleo público ya ostentan un largo recorrido en nuestro sistema. Con algunos matices jurídicos e interpretativos, podría decirse que muchas de las controversias que se abordan son un tema recurrente. Es muestra clara de ello el análisis y la resolución de las mismas que adopta al alto tribunal europeo en la STJUE de 22 de febrero de 2024 sobre los INF. La temporalidad en nuestro sistema, la colisión de nuestro ordenamiento jurídico con el europeo, el uso abusivo de los contratos de duración determinada, la falta de medidas que eviten dicho abuso, la indemnización adicional a la finalización de las relaciones de trabajo, las medidas sobre estabilización y la responsabilidad son aspectos controvertidos sobre los que se pronuncia la sentencia. De todos ellos, quizás el más importante -por su trascendencia- es el del respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público de nuestro país, puesto que dicha sentencia ha generado un debate importante sobre la primacía del ordenamiento europeo sobre el constitucional.

Los diversos pronunciamientos de los tribunales internos como consecuencia de esta sentencia han sido diversos. La STJUE ha obligado al Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo a plantear una nueva cuestión prejudicial que aclare ciertos aspectos sobre la interpretación del fallo de la misma. La justificación y la defensa tanto de nuestro ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia del Supremo queda clara desde nuestro punto vista. Parece que, junto al fallo de la STJUE de 13 de junio de 2024 sobre los funcionarios interinos, se va a centrar el enfoque del debate administrativista e *iuslaboralista* sobre dos aspectos importantes: la indemnización adicional a la finalización de la relación de servicio y el firme respeto hacia los principios constitucionales. No obstante, la dependencia de nuestro sistema de las resoluciones del TJUE en materia de empleo público queda puesta de relieve tras el análisis llevado a cabo en este trabajo de investigación. La necesidad de una modificación normativa que solvente las aporías normativas de nuestro sistema resulta manifiesta. Dicha modificación ha de conjugar la centralidad del Derecho constitucional con la preservación de los derechos de las personas que prestan sus servicios en nuestras AAPP a todos los niveles de descentralización administrativa.

---

favorecido -o, desde luego no ha contribuido a evitar- una situación irregular en esta materia (sea en términos de fraude o de abuso)". Costa Reyes, A.: "Contratación laboral temporal irregular en la Administración Pública. *El rayo que no cesa*. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo", en *Revista de Derecho Social*, nº 103, p. 13.

[58] En ese sentido, "*(...) debería desarrollarse un sistema de responsabilidades efectivo que supongan una medida disuasoria para evitar la temporalidad e incrementarse las indemnizaciones de las personas trabajadoras que se encuentran en esta situación para garantizar el resarcimiento del daño causado por años de estabilidad*". Esteban Miguel, A.: "La temporalidad abusiva en el empleo público: luces y sombras sobre los procesos extraordinarios de estabilización", en *Trabajo y Derecho*, nº 115, julio de 2024, Editorial LA LEY.

7. BIBLIOGRAFÍA

Arrieta Idiakez, F.J.: "El empleo temporal en las Administraciones Públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva", en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Nº 43, 2020 (Ejemplar dedicado a: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro)*, pp. 41-72.

Arufe Varela, A.: "La situación de los indefinidos no fijos en las administraciones públicas tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 8, 2024, pp. 71-81.

Baquero Aguilar, J.: "El ´indefinido no fijo y el sector público de nuestro país", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, N. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), pp. 291-295.

Baquero Aguilar, J.: "La consolidación de empleo temporal en las administraciones públicas", en Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo: retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*, Granada, Editorial Comares, 2024, pp. 261-288.

Baquero Aguilar, J.: "La temporalidad en las Administraciones Públicas: ¿un problema "aún/no" resuelto? Comentario crítico al Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 61, 2022, pp. 374-417.

Baquero Aguilar, J.: "Las altas tasas de temporalidad en las Administraciones Públicas y los objetivos de desarrollo sostenible: una necesaria interrelación", en Merino Calle, I., Hernández López, A., Laro González, M. E.: *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Universidad de Valladolid, Ediciones Universidad de Valladolid, 2022, pp. 213- 223.

Baquero Aguilar, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022.

Baquero Aguilar, J.: *La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público*, Murcia. Laborum Ediciones, 2022.

Beltrán De Heredia Ruiz, I.: *Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

Boltaina Bosch, X.: "Función pública. El "cuarto" proceso de estabilización de personal temporal e interino: el artículo 217 del Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Nº 12, 2023, pp. 25-40.

Boltaina Bosch, X.: "Un análisis "DAFO" de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades", en *Temas Laborales*, núm. 162, 2022, pp. 55-99.

Boltaina Bosch, X.: *Los procesos de estabilización de empleo público temporal*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2022.

Cavas Martínez, F.: "Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público", *Revista de jurisprudencia laboral*, 2, 2020.

Costa Reyes, A.: "Contratación laboral temporal irregular en la Administración Pública. *El rayo que no cesa*. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo", en *Revista de Derecho Social*, nº 103, pp. 13-36.

Esteban Miguel, A.: "La temporalidad abusiva en el empleo público: luces y sombras sobre los procesos extraordinarios de estabilización", en *Trabajo y Derecho*, nº 115, julio de 2024, Editorial LA LEY.

Gárate Castro, J.: "La contribución del Tribunal de Justicia a la mejor transposición y aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en el ámbito del empleo público temporal. El caso español", en *Labos*, Vol. 5, núm. 1, 2024, pp. 26-46.

García García, M. J.: "Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 15, mayo de 2008, pp. 129-156.

Iranzo Cerezo, J. D.: "Funcionarios interinos: ´sucesivos nombramientos` y ´medidas legales equivalentes` para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso", en *El Derecho.com, Lefebvre*, 18/08/2021.

Martín Valverde, A.: "Sobre el mérito y la capacidad en el empleo público de régimen laboral", en Durán López, F., Sáez Lara, C. (Coords.).: *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Monografías de Temas Laborales, nº 65, pp. 27-40.

Monereo Pérez, J. L. y López Bedmar, R. J.: "Utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el empleo público. Interpretación en el caso de Personal laboral indefinido no fijo/ interinidad de larga duración: Obligación de la legislación nacional de establecer medidas suficientemente disuasorias (STJ 6ª 22 febrero 2024, asuntos C–59/22, C–110/22 y C–159/22: Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid)", en *LA LEY Unión Europea*, nº 124, abril de 2024, Editorial LA LEY.

Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos", en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, nº 11 (2º Trimestre 2024), pp. 13-34.

Monereo Pérez, J. L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", en *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 6, 2024.

Moreno Brenes, P.: "Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre el personal indefinido no fijo", en *Diario La Ley*, Nº 10475, Sección Tribuna, 1 de abril de 2024. LA LEY.

Peña Molina, M.: "¿El TJUE ha hecho fijos a los indefinidos no fijos?", en *Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local (CEMICAL)*.

Rodrigo Saiz, M. d. C. "Indefinido fijo en la Administración Pública", en *Diario La Ley*, Nº 9821, Sección Dossier, 30 de marzo de 2021. Wolters Kluwer.

Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", en *Doc. Labor*, núm. 110-Año 2017-Vol. II, pp. 27 55.

Roqueta Buj, R.: "El RDL 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: novedades en materia de interinos", en *El Derecho.com. Noticias jurídicas y actualidad, Lefebvre*, 26/10/2021.

Roqueta Buj, R.: "Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas", en *Labos*, Vol. 4, No. 1, pp. 112-129.

Sempere Navarro, A.: "La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 de diciembre", en *El Derecho. com, Lefebvre*, 03/01/2022.

Terradillos Ormaetxea, E.: "La reparación del abuso cometido en materia de contratación del personal laboral temporal en el sector público", en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 26, 2024, pp. 26-45.

Terradillos Ormaetxea, E.: "Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6ª), de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C 59/22 y C 110/22 y C 159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público", *Briefs AEDTSS*, número 33, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Vila Tierno, F. A.: "La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 7, 2023.

Vivero Serrano, J. B.: "Contratos temporales y empleo público. El resto de disminución de la excesiva temporalidad", en *Doc. Labor*, núm. 124, año 2021, Vol. III, pp. 47-67.

Vivero Serrano, J. B.: "La temporalidad abusiva en el sector público ante el TEJU: ¿Y ahora qué?", en *Briefs AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 30, año 2024.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El tiempo de apoyo al trabajo. Una actualización del concepto de tiempo de trabajo

Supporting working time. An update of the concept of working time

Diego Velasco Fernández *Investigador del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

Cita Sugerida: VELASCO FERNÁNDEZ, D. «El tiempo de apoyo al trabajo. Una actualización del concepto de tiempo de trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 115-161.

Resumen

La transformación de la gestión del tiempo de trabajo en la empresa ha hecho que el tradicional binomio tiempo de trabajo o de descanso desarrollado a partir de la Directiva 2003/88/CE haya quedado desactualizado. Muchas zonas grises como los tiempos de disponibilidad o guardia, de preparación, desplazamiento o los tiempos de descanso intra-jornada, a menudo son excluidas del tiempo de trabajo efectivo pero implican cierto grado de vinculación contractual con el empleador. Tras un detenido análisis del sistema de fuentes y de la construcción terminológica del hecho jurídico del tiempo de trabajo, se ofrece una solución para sacar del tiempo de descanso todas aquellas obligaciones que los trabajadores asumen y que no se remuneran. El tiempo de apoyo al trabajo o de stand-by nace como un tercer tiempo mediante el cual, las zonas grises que se resisten a encuadrarse con claridad en el tiempo de trabajo o en el de descanso, queden reguladas. Se configura como un tiempo de remuneración inferior al tiempo de trabajo efectivo, pero sujeto a los mismos límites de jornada. De forma que, favorezca la negociación mediante la autonomía colectiva de las partes, para que se incorporen aquellas obligaciones contractuales que dificultan el pleno descanso de las personas trabajadoras. Garantizando, de esta forma, el derecho a la seguridad y a la salud, a la conciliación familiar y laboral y a un descanso real y efectivo.

Palabras clave

Tiempo de trabajo; distribución de la jornada de trabajo; concepto de tiempo de trabajo; tiempo de descanso; tiempo de apoyo al trabajo; tiempo de stand by; jornada de trabajo ordinaria; organización de empresas; negocios jurídicos

Abstract

The transformation of working time management within companies has rendered the traditional dichotomy of working time versus rest time, as developed from Directive 2003/88/EC, outdated. Many grey areas, such as on-call time, preparation time, travel time, or intra-shift rest periods, are often excluded from effective working time but still involve some degree of contractual obligation to the employer. After a thorough analysis of the system of sources and the terminological construction of the legal concept of working time, a solution is proposed to remove from rest time all those obligations assumed by workers that are not remunerated. Stand-by or support time is introduced as a third category, through which grey areas that resist clear classification as either working time or rest time are regulated. It is defined as a period of remuneration lower than that of effective working time but subject to the same daily limits, thereby encouraging negotiation through collective autonomy of the parties to include those contractual obligations that hinder full rest for workers. In this way, the rights to safety and health, work-life balance, and real and effective rest are guaranteed.

Keywords

Working time; distribution of the workday; concept of working time; rest time; support time; stand-by time; ordinary workday; business organization; legal transactions

"Ningún ser vivo puede ser feliz, ni siquiera existir, a menos que sus necesidades se hallen adecuadamente vinculadas con sus medios. En otras palabras: si sus necesidades requieren más de los que puede asignárseles o, aún, algo de otra clase, habrá una fricción continúa y sólo funcionará penosamente […]. Las tendencia insatisfechas se atrofian y, como el

Fecha Recepción: 11/8/2024 - Fecha Revisión: 18/9/2024 - Fecha Aceptación: 20/9/2024
Pags. 115-161

impulso a vivir es solamente el resultado de las otras motivaciones, está llamado a debilitarse a medida que las otras pierden su influencia"
EMILE DURKHEIM[1]

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE DEFINIR EL TIEMPO DE TRABAJO

El trabajo es uno de los principales factores productivos de las empresas modernas. Está sujeto no sólo a los ciclos económicos, sino también a variables sociales y culturales. Su análisis es cambiante y, por lo tanto, de constante actualidad. La variable del tiempo de trabajo es crucial en el desarrollo de la actividad productiva y en la calidad de vida de las personas. Se toma como variable para remunerar la prestación de servicios y su configuración supone garantías en materia de conciliación y descanso. Por todo ello nos interesa saber qué es el tiempo de trabajo y de descanso en la empresa.

El tiempo que el trabajador debe prestar sus servicios al empleador a cambio de una remuneración es una cuestión esencial de las relaciones laborales. Además, la distribución del tiempo de trabajo no es una materia estática que haya permanecido impasible frente al transcurso del tiempo y los nuevos retos que afronta la economía moderna. Al contrario, el tejido empresarial ha ido adaptándose a nuevas formas de prestar servicios, contratar, retribuir, despedir y, por supuesto, organizar y controlar el tiempo de trabajo.

¿Cómo se establece lo que es tiempo de trabajo de los trabajadores en la empresa moderna? ¿Cuáles son los retos a los que se enfrenta la empresa moderna con respecto al tiempo de trabajo? Está claro que el entramado contractual que forja las empresas en la actualidad es muy distinto de aquel que sostenía aquellas primitivas asociaciones empresariales de los albores de la sociedad industrial. Por ello, para dar respuesta a estas preguntas debemos atender a un estudio lógico de varias cuestiones. Partiremos del estudio pormenorizado las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo para poder conocer las normas que enuncian el hecho jurídico objeto de estudio: el tiempo de trabajo. Un análisis extenso de las mismas se justifica para ofrecer planteamientos críticos de las mismas. A continuación, analizaremos la construcción legal y doctrinal de este concepto y se ofrecerán soluciones ante aquellas situaciones problemáticas que puedan desprenderse de esta exégesis.

En síntesis, el objetivo de este artículo es analizar el régimen jurídico del concepto de tiempo de trabajo de forma que se saquen a la luz las deficiencias del sistema. Así se podrán ofrecer mejoras que reduzcan la conflictividad y hagan la gestión del tiempo más eficiente en la consecución de sus objetivos: el desarrollo de la actividad empresarial y la protección de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras.

2. FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO

En las ciencias jurídicas las fuentes del derecho pueden ser entendidas en dos sentidos. En primer lugar, como fuentes de producción o fuentes del Derecho positivo. Se refieren a los poderes de la estructura política que articula una determinada sociedad y que tienen capacidad para dictar normas. En segundo lugar, como fuentes de manifestación o formales, entendidas como la expresión de aquel poder social que tiene capacidad para originarlas. Por otro lado, los sistemas de fuentes de producción del Derecho pueden ser monistas (una fuente de producción única) o pluralistas (varias fuentes de producción que cohabitan en el mismo ordenamiento jurídico). Es la Constitución en el estado moderno la que riega su ordenamiento jurídico con el modelo de fuentes monista o pluralista.

[1] Durkheim, E., "La anomia y la estructura moral de la industria", en *Escritos Selectos,* Introducción y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim" (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022, p. 154.

Es la Constitución, por tanto, la que establece las bases del sistema de fuentes del Derecho[2]. Esto implica que acudiremos a la carta magna para conocer cuáles son los centros con capacidad normativa, para saber de qué manera pueden formularse los mandatos normativos y cuál es su jerarquía o a qué estructura organizativa atienden las distintas fuentes[3].

En general, la Constitución no aborda una sistematización del sistema de fuentes del Derecho, menos aún del Derecho del Trabajo. Encontramos referencias a las fuentes de forma asistemática. Si bien es cierto, gracias a elementos complementarios podemos trazar el desarrollo de nuestro sistema de fuentes de forma completa. Estos elementos son la jurisprudencia constitucional y la propia legislación ordinaria, concretamente al Título Preliminar del Código Civil, en el que se enuncia el cuadro de fuentes del ordenamiento jurídico. Todo ello nos permite situar las bases de nuestro sistema de fuentes en la Constitución, aunque con insuficiencias[4].

La Constitución Española de 1978, se decanta por un modelo pluralista en el ámbito del Derecho del Trabajo. La carta magna reconoce a varios poderes con la facultad de crear Derecho o reglas con eficacia *erga omnes* en materia laboral. Además de aquellas fuentes comunes al resto de ámbitos del Derecho, en materia laboral destacan las fuentes de autonomía colectiva negocial, a saber, los agentes sociales como patronales o sindicatos. Así lo recoge el artículo 37 CE: *"La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad"*[5]. Vemos como la Constitución otorga al Estado un papel de garante, pero no le confiere poder para cuestionar la existencia jurídica de la negociación colectiva como fuente. La autonomía colectiva es una fuente exclusiva del Derecho del Trabajo. Tiene su expresión a través de los convenios colectivos y otros instrumentos de origen colectivo[6].

En conclusión, para conocer el régimen jurídico del tiempo de trabajo deberemos estudiar todas las fuentes del Derecho atendiendo al marco que nos ofrece la Constitución española de 1978. Encontraremos fuentes de origen internacional, constitucional, legal y profesional. Así como aquellas otras fuentes que pudieran darse como los principios generales del Derecho del trabajo o los usos y costumbres, a los que nos referiremos puntualmente sin entrar en detalle.

2.1. Fuentes internacionales

2.1.1. El tiempo de trabajo y la OIT

En materia internacional laboral toma un papel prevalente la Organización Internacional del Trabajo. La internacionalización del Derecho del Trabajo es muy temprana en comparación con el

[2] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 21º edición, 2023, pág. 53.

[3] García Murcia, J. "Constitución y ley" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *El sistema de fuentes de la relación laboral,* Universidad de Oviedo, 2007, pág. 47

[4] García Murcia, J. "Constitución y ley" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *Op. Cit.* 2007, pág. 47.

[5] Para un estudio completo de la garantía constitucional del derecho social fundamental a la negociación colectiva, véase Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. Y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2022, págs. 625-683; Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2004, *passim.*

[6] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N *Op. Cit.,* 2023, pág. 54.

nacimiento del propio orden social laboral. En el Tratado de Versalles de 1919 cristaliza la fundación de la OIT. Este hecho muestra la preocupación internacional en homogeneizar el Derecho del Trabajo, sobre todo en Europa, con un doble objetivo: por un lado, dar respuesta a la creciente organización social obrera articulada a través de sindicatos y partidos políticos. Los estados industriales capitalistas occidentales temían un contagio de la Revolución rusa de 1917; de otro lado, ofrecer las mismas garantías sociales en distintos estados para estandarizar los costes empresariales y que no se generaran situaciones de competencia desleal o de desventaja empresarial a costa del bienestar de los trabajadores[7].

La OIT cuenta con una estructura singular por el carácter tripartito de su órgano de producción normativa, la Conferencia General. Cuenta con representantes de los empleadores, sindicales y de los gobiernos. Las funciones de la OIT consisten en la producción normativa internacional en materia laboral, funciones de cooperación técnica, de información, estudio e investigación y de apoyo técnico e iniciativa internacional[8].

En relación con el sistema de fuentes, nos interesa el estudio de la producción normativa de la OIT. A partir de los años ochenta, la OIT reforzó la instauración de un cuadro básico e internacional de derechos laborales. Destaca en 1998 la Declaración de derechos fundamentales de contenido laboral, que constituye la base mínima universal para todos los estados miembros de la OIT con eficacia sin necesidad de ratificación interna por los mismos. En ella se confirman derechos históricos presentes en los Convenios de la OIT como la libertad de asociación y sindical, la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso y de la discriminación en el trabajo, así como, entre otras cuestiones, la abolición del trabajo infantil[9].

El ordenamiento jurídico-laboral español está sujeto a la normativa de la OIT en tanto España es miembro de esta organización y tiene ratificados la mayoría y principales de los Convenios de la OIT. El artículo 96.1 de la Constitución Española establece la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español tras su publicación oficial en el Boletín Oficial del Estado. En el sistema de fuentes, los tratados internacionales en general y, en este caso, los Convenios de la OIT, en particular, deben entenderse sometidos a la Constitución. La supremacía del texto constitucional deriva de que es el instrumento que los integra al ordenamiento. La incardinación de los Convenios con la ley es más compleja. En este plano predomina la concepción de los Convenios como norma mínima que será complementada por la legislación interna[10].

Sobre el tiempo de trabajo en las normas de la OIT debemos tener en cuenta que la preocupación en el ámbito internacional sobre la limitación de la jornada es anterior a la propia constitución de la OIT. En las primeras conferencias técnicas precursoras de esta organización ya se elaboraron unas normas internacionales del trabajo que regulaban la limitación de la jornada fijándola en un máximo de 10 horas para mujeres y niños[11].

---

[7] *Cfr*: Menéndez Sebastián, P. y Ceinos Suárez, P.: "Norma Internacional" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *El sistema de fuentes de la relación laboral,* Universidad de Oviedo, 2007, pág. 77.

[8] *Cfr*: Menéndez Sebastián, P. y Ceinos Suárez, P.: "Norma Internacional" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *Op. Cit.*, 2007, pág. 78.

[9] *Cfr*: Menéndez Sebastián, P. y Ceinos Suárez, P.: "Norma Internacional" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *Op. Cit.* 2007, pág. 79.

[10] *Cfr*: Menéndez Sebastián, P. y Ceinos Suárez, P.: "Norma Internacional" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *Op. Cit.* 2007, pág. 93 y 94.

[11] Fueron dos conferencias técnicas celebradas en Berna en 1905 y en 1913 por la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Se aprobaron cuatro convenios internacionales en materia laboral, entre los cuales destaca el mencionado. *Cfr*: Ackerman, M.: "La jornada de trabajo en las normas de la OIT" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014, pág. 1.

En el propio Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, donde se establece la creación de la OIT, se hace referencia a *"la reglamentación de las horas de trabajo y la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo"*, todo ello para fijar la *"jornada de ocho horas o la semana de 48 horas"*. En el Preámbulo de la Constitución de la OIT también se hizo referencia a las condiciones laborales en materia de tiempo de trabajo arguyendo que *"es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de jornada y de la semana de trabajo […]"*.

Esta urgencia internacional por regular la jornada laboral quedó reflejada en el Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria) de 1919[12] y en el Convenio 30 sobre las horas de trabajo (Comercio y oficinas) de 1930[13]. De esta forma se hacía extensiva la limitación de la jornada al personal empleado en el sector secundario y terciario. Aun quedando fuera de la regulación los empleados en agricultura, la navegación, la pesca y el servicio doméstico, cuya limitación de jornada sería regulada posteriormente.

Este es el punto de partida de la ordenación del tiempo de trabajo por parte de la OIT. Comienza a regularse el descanso, las horas de trabajo, la distribución de las jornadas, las vacaciones, el trabajo nocturno o el trabajo parcial entre otros. En total 22 convenios de la OIT abordan de manera más o menos adyacente la cuestión del tiempo de trabajo[14].

Algunos se refieren a la duración de la jornada, otros ahondan en la cuestión del trabajo nocturno, el descanso semanal o el trabajo a tiempo parcial. Todos ellos constituyen el marco jurídico básico internacional en materia de tiempo de trabajo. La prolijidad de normas de la OIT en la materia a lo largo del tiempo, nos enseña la relevancia capital que tiene esta materia en el Derecho del Trabajo Internacional, así como su complejidad. Es un modelo internacional básico que tiene como objetivo la ordenación del tiempo de trabajo para garantizar unas condiciones laborales dignas en todo el mundo. Si bien en este estudio, como se verá más adelante, no tiene mayor presencia esta regulación no es por su menor importancia, sino porque aun entendiendo su trascendental carácter, sí es cierto que ha sido superada por la normativa interna que complementa con condiciones más favorables las cuestiones reguladas en lo referente al tiempo de trabajo[15].

[12] Denominado formalmente: "Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales". Como señala Ackerman, M. fue trascendental la adopción del criterio copulativo en el establecimiento del límite de la jornada. En el momento de la fundación de la OIT y de la promulgación del Convenio 1º persistía el debate sobre si el límite de la jornada debía establecerse diaria o semanalmente. Finalmente se adoptó el criterio copulativo en vez del disyuntivo adoptando ambos límites y permitiendo la flexibilidad en la elección de estos. *Cfr.* Ackerman, M.: "La jornada de trabajo en las normas de la OIT" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Granada, Comares, 2014, pág. 2.

[13] Denominado formalmente: "Convenio relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas".

[14] Una lista completa puede hallarse en NORMLEX, Sistema de Información sobre la Normas Internacionales del trabajo asociado a la Organización Internacional del Trabajo. Recurso web: Listado de Convenios de la OIT en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:

[15] Por los motivos aludidos no se profundizará más en la protección histórica que la OIT ha hecho del tiempo de trabajo. Si se desea profundizar en la cuestión se recomienda *Vid.* García Ninet, J.I. "La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* nº 147, 2020, págs. 217 a 247; Para conocer la ordenación del tiempo de trabajo que la OIT desarrolla en aspectos como el descanso semanal, las vacaciones anuales remuneradas, el trabajo nocturno o el trabajo a tiempo parcial, entre otros, se recomienda *Vid.* Kahale Carrillo, D.T. "La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la OIT" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.A.V.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

2.1.2. El tiempo de trabajo en las fuentes europeas. La Directiva 2003/88/CE y la Carta Social Europea (revisada)

El artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece el objetivo de *"la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada [...]"*. Como medidas para este objetivo será imprescindible controlar el tiempo de trabajo y establecer unos límites de descanso suficientes. El artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se pronuncia sobre las *"condiciones de trabajo justas y equitativas"* y otorga el derecho a *"la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas"*[16].

La Directiva 2003/88/CE es, en la actualidad, la piedra angular necesaria para conceptualizar el tiempo de trabajo. Su entrada en vigor implicó la sustitución de la anterior Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Este relevo normativo tuvo como razón de ser el intentar desmadejar el enredo normativo que trajo la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modificó la Directiva 93/104/CE[17]. La Directiva 2003/88/CE se creó para clarificar y esquematizar las excepciones que nacieron a raíz de todas las modificaciones que se implementaron a principios de siglo. Sin embargo, más allá de estas funciones clarificadoras, el contenido esencial de la Directiva 93/104/CE se mantuvo en la actual, por lo que debe considerarse como la fuente primigenia en la regulación del tiempo de trabajo europeo.

El enunciado de que esta Directiva supone el marco de referencia del tiempo de trabajo europeo se justifica por el amplio ámbito de aplicación para el que está diseñada. Dicha norma resulta aplicable tanto al sector público como al privado, con independencia de la actividad y con carácter de norma mínima, como así recoge el artículo 14: *"Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales."*

Efectivamente es el artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE el que vincula a todos los sectores de actividad públicos y privados, en el sentido de la Directiva 89/391/CEE[18]. Se excluye en esta referencia a determinadas actividades de la función pública como las Fuerzas Armadas o la policía. Esto implica que la determinación del ámbito de aplicación no se sustenta tanto en el sector en el que desarrolle su actividad el trabajador, sino más bien en la naturaleza concreta de las tareas de su

[16] *Cfr*: El estudio completo de este derecho social fundamental a una condiciones de trabajo justas y equitativas, en Monereo Pérez, J.L.: "Condiciones de trabajo justa y equitativas (artículo 31)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, pp.739-y sigs.; Meléndez Morillo-Velarde, L.: "La organización del tiempo de trabajo: de la jornada ordinaria a los mecanismos de distribución irregular" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 221.

[17] *Cfr*: Monreal Bringsvaerd, E.: *La jornada de trabajo: Ley y Convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005, pág. 56.

[18] Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. El ámbito de aplicación de la vigente Directiva 2003/88/CE se apoya en esta otra directiva que en su artículo segundo excluye de su ámbito de aplicación *"cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil"*. Esto quiere decir que habrá reservas en materia de tiempo de trabajo para estas actividades o funciones públicas y que, por lo tanto, serán parcialmente ajenas a la ordenación de tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE.

profesión[19]. Se ha de añadir también que el artículo 1.3 de la Directiva 2003/88/CE excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores del mar, que estarán regulados por la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar[20] y, finalmente, no hay que olvidar que determinados trabajadores están sujetos a legislación específica y la Directiva 2003/88/CE no les será de aplicación, como recuerda el ya mencionado artículo 14[21].

Finalmente hemos de incidir en el moderado pero persistente avance hacia la adopción del modelo social de la Carta Social Europea (CSE). Uno de los cometidos del Consejo de Europa es elaborar Convenios Internacionales que configuren un modelo común de derecho social. Algunos convenios versan sobre asistencia médica, trabajadores migrantes o Seguridad Social (como el Código Europeo de Seguridad Social). Su principal aportación ha sido el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en 1950 (ratificado por España en 1979), que dio lugar a una verdadera jurisdicción internacional en materia de derechos humanos (con implicaciones laborales en materia de trabajo forzoso y libertad sindical, por ejemplo), a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo[22].

No obstante, en materia de Derecho laboral, en general, y en el tiempo de trabajo, en concreto, destaca la Carta Social Europea. Aprobada en Turín en 1961 (ratificada por España en 1980) y completada posteriormente con tres protocolos (en 1988, 1991 y 1995), para ser reformulada en 1996 en la llamada Carta Social Europea (revisada). En origen, su objetivo era llegar a ser un complemento social a los derechos civiles que se enunciaban en el CEDH, sin embargo, su aplicación ha sido limitada. Varios preceptos permiten la no aceptación de alguno de los artículos o párrafos[23].

La aplicabilidad de la CSE genera controversia. Mientras que hay preceptos que pueden tener aplicación limitada, en nuestro ordenamiento el artículo 10.2 de la Constitución Española establece que la eficacia de los instrumentos internacionales debe interpretarse conforme a sus órganos de garantía, aunque no sean decisiones vinculantes para los Tribunales nacionales[24]. A este respecto, hay que recordar que el órgano de garantía de la Carta Social Europea es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que emite Informes y Decisiones de Fondo cuando se le plantean reclamaciones colectivas. Aunque no es un Tribunal, estas resoluciones pueden ser consideradas como una forma de "jurisprudencia", en tanto interpretan el contenido de la Carta. Esta forma de integrar la Carta Social

[19] Así lo entiende Almendros González M.A.: "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 60 (pie de página 4º).

[20] El acuerdo está suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST).

[21] Además de los trabajadores del mar, que están específicamente referenciados en el artículo 1, otras actividades también tienen Directivas propias que ordenan su tiempo de trabajo. Es el caso de la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; la Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo de la aviación civil; la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, así como su Reglamento CE núm. 561/2006; la Directiva 2005/47/CE, de 18 de julio, sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario y la Directiva 2014/112/UE, de 19 de diciembre, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior.

[22] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 21º edición, 2023, págs. 65 y siguientes.

[23] *Vid.* Art. 20 Parte III Carta Social Europea (revisada).

[24] Sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013 (STC 253/2004). F.J. 5º.

Europea puede ser considerada por los Tribunales españoles supliendo las carencias aplicativas que integra el propio texto.

A raíz de todo esto, en los últimos años la Carta Social Europea está adquiriendo cada vez más importancia. Así lo está poniendo de relieve la apuesta a nivel institucional de la Unión Europea y del ejecutivo[25]. En definitiva es una rueda más en el engranaje del mecanismo de garantías multinivel con el que contamos en el ámbito internacional.

2.2. El tiempo de trabajo en la Constitución española de 1978

El artículo 40.2 de la Constitución Española establece que los poderes públicos fomentarán, entre otras cosas, *"la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados"*.

El enfoque constitucional del tiempo de trabajo es la postura clásica de tuición de los intereses del trabajador. Presenta de forma integradora la limitación de la jornada, el descanso y la seguridad e higiene. Son cuestiones distintas pero que están relacionadas. La argamasa que une todo el artículo 40.2 de la Constitución Española es garantizar el derecho al descanso y a la salud. Esta idea tiene su lógica histórica. La limitación de la jornada fue una de las primeras conquistas del movimiento obrero y su finalidad era garantizar la salud de los trabajadores frente a la explotación física[26].

No obstante, la construcción constitucional de la protección del tiempo del trabajo no está exenta de controversia[27]. Adviértase que se encuentra dividido el reconocimiento del derecho al trabajo, en el artículo 35 CE, de la protección a la seguridad, higiene, descanso y vacaciones, en el artículo 40 CE[28]. Esta división ha tenido consecuencias importantes en la regulación de las fuentes sobre el tiempo de trabajo[29]. El derecho al trabajo se ha venido contraponiendo al principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 CE. La fundamentación de este enfrentamiento se encuentra en el mandato a los poderes públicos que hace el dicho artículo al establecer la *"defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"*.

El enfrentamiento entre los intereses de la clase empresarial y de la clase trabajadora se plasma en el equilibrio constitucional entre el derecho al trabajo y el principio a la libertad de

[25] *Vid.* Salcedo Beltrán, M.C., "Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías", *Documentación laboral*, nº 125, 2022, págs. 33 a 55. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". (2022). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *4*, 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622

[26] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, p. 102.

[27] Es singular que una cuestión tan relevante como el tiempo de trabajo quede integrada constitucionalmente en un artículo junto cuestiones que tienen apenas relación y sin que se aporte jurídicamente mucho a su conceptualización o regulación. Así lo entienden Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, p. 99.

[28] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C.: "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión y oficio: principios institucionales del mercado de trabajo (artículo 35.1 CE)" y "El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho del empleo (artículo 40 CE)", 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. 1393 y ss., y 1727 y ss., respectivamente.

[29] *Vid.* Trillo Párraga, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 133.

empresa. El tiempo de trabajo, por añadidura, constituye uno de los principales puntos conflictivos en las negociaciones entre empresarios y trabajadores. Sin embargo, el texto constitucional separa claramente el derecho al trabajo de la protección del tiempo de trabajo. Esto ha supuesto la supremacía del principio de libertad de empresa frente a la regulación del tiempo del trabajo en gran parte del desarrollo legislativo que venimos observando en los últimos años. Esta escisión tiene otra consecuencia fundamental. Por su posición constitucional, la regulación del tiempo de trabajo no está en el cuadro de derechos ciudadanos o fundamentales, sino que se expone como un principio rector de la política social y económica. Un mandato a los poderes públicos. Esto, en definitiva, nos hace cuestionarnos si constitucionalmente los trabajadores tienen reconocido el derecho a la limitación de la jornada o al descanso[30]

Según el artículo 53.3 CE, como principio rector de la política social y económica debe servir para que la legislación positiva tenga en cuenta la necesidad de limitar la jornada y el descanso. Sin embargo, por su propia naturaleza de principio rector, al entrar en conflicto con verdaderos derechos constitucionales, como la libertad de empresa, se encontrará desvalorizado. Por otro lado, la amplitud y falta de concreción con la que se aborda la cuestión da un amplio margen de regulación al legislador[31].

Como consecuencia de este marco constitucional, desde la primera regulación laboral post constitucional proliferan las normas imperativas con el fin de fortalecer la defensa de derechos de los trabajadores. No obstante, la Reforma Laboral de 1994[32] supuso el inicio de un cambio en esta tendencia. La negociación colectiva adquirió fortaleza y se estableció como eje sobre el que se reguló y vertebró la conciliación y la flexibilización de la jornada laboral. Este cambio tuvo su razón de ser en la promoción de la flexibilidad interna en las empresas. Sin embargo, el desarrollo legislativo posterior ha devenido más complejo. Las normas imperativas que en materia laboral, en general, y en regulación del tiempo de trabajo, más concretamente, habían servido como mínimos garantes de la protección de los trabajadores, ahora se convertían en instrumentos para fomentar la flexibilidad empresarial frente a la negociación colectiva[33]. La consecuencia fue un mayor control empresarial de la distribución de la jornada y del número de horas reales que realizaban los trabajadores frente a la desregulación del Derecho del Trabajo. Cabe recordar que, a menudo, la regulación contenida en las fuentes del derecho se ve desbordada por prácticas que en la realidad no se corresponden con lo propugnado en ellas. Ante este escenario, recientemente surge el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modificó el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores para introducir la obligatoriedad del registro de jornada. El objetivo, como se comentará más adelante, es proteger los límites legales de la jornada frente a la práctica fraudulenta de las horas extraordinarias impagadas, que empezaba a extenderse en determinados sectores económicos. Supone un retorno a la protección de los límites de la jornada mediante la ley, aunque sin alterar los mecanismos flexibilizadores vigentes.

En resumen, la Constitución española favorece el duelo entre el establecimiento de límites garantistas a la jornada y su flexibilización en beneficio empresarial. La tendencia desde las últimas décadas ha sido precisamente la de favorecer una mayor flexibilización de los límites de la jornada.

[30] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, pág. 100.

[31] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J. *Op. Cit.*, 2009, pág. 101.

[32] Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

[33] Esta fue la tendencia que también se observó en las reformas de 2010 y 2013. *Cfr.* Escribano Gutiérrez, J. "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 20.

Sustentándose en el desequilibrado marco constitucional, el legislador ha venido primando el interés empresarial a través de la flexibilización de los límites temporadas de la jornada. Todos los mecanismos de flexibilización, aún con diferentes procedimientos y garantías, han confluido en una misma consecuencia lógica: potenciar el poder de dirección unilateral del empresario en materia de tiempo de trabajo[34]. Todo ello es consecuencia de un marco constitucional que sitúa la ordenación del tiempo del trabajo fuera del decálogo de sus derechos. Lo regula como un principio rector de forma amplia y genérica, sin mucho que aportar, en definitiva, a su construcción jurídica.

Finalmente hay que reseñar otros preceptos constitucionales que pueden tener relación con el tiempo de trabajo. Ya se han expuesto las conexiones que puede tener con la higiene y la seguridad en el trabajo del mismo artículo 40.2 CE. Pero más allá también puede haber conexión con la protección de la salud de los trabajadores del artículo 43.1 CE. Una regulación del tiempo eficaz garantizará un menor desgaste físico y psicológico del trabajador. También puede entenderse conectado con el acceso a la cultura y al ocio (arts. 44.1 y 43.3 CE, respectivamente). Es imprescindible que, complementariamente al tiempo de trabajo, se promueva por los poderes públicos un acceso a la cultura y al libre esparcimiento que se garantiza con un tiempo de descanso efectivo. El acceso de los trabajadores como ciudadanos a las actividades sociales es lo que permite una verdadera integración social. Otra relación evidente se da con la conciliación familiar, por lo que podríamos vincular el tiempo de trabajo con el artículo 39.2 de la Constitución Española sobre la protección integral de los hijos. Desde la perspectiva económica, la ordenación del tiempo de trabajo también es relevante. El artículo 40.1 de la Constitución Española establece el mandato a los poderes públicos de promover el pleno empleo. El tiempo de trabajo es un mecanismo de regulación del reparto del empleo. Incluso puede tener conexiones con el artículo 16 de la Constitución Española sobre la libertad religiosa. Muchos de los días festivos y el propio descanso semanal tiene su origen en arraigadas tradiciones de origen religioso. Aunque la motivación de proselitismo religioso haya decaído, el arraigo permanece. Por ejemplo, el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores establece el domingo como el principal día de descanso semanal[35].

2.3. El marco legal del tiempo de trabajo

Para estudiar el desarrollo normativo que ordena el tiempo de trabajo hay que partir recordando las dos realidades que se abarcan por este fenómeno jurídico[36]:

— Duración de la relación laboral. Una de las vertientes del tiempo de trabajo se refiere a la duración del contrato. En este plano nos encontraremos con la duración temporal o indefinida de la relación laboral, atendiendo a si la misma transcurre de manera puntual en la vida laboral del trabajador o, por el contrario, nace sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios. En esta materia se suscitan cuestiones tan relevantes como las modalidades de contratación

— Ordenación del tiempo de la prestación de servicio a lo largo de la relación laboral. Dentro de la vida del contrato habrá periodos en los que se esté trabajando y otros en los que no. Nos referimos a la "cuantía de trabajo" que se presta durante la relación laboral. Esta cantidad de trabajo requiere de una unidad de medida para establecer qué parte de la duración de la relación

[34] *Cfr*: Escribano Gutiérrez, J. "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 21

[35] *Cfr*: Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, págs. 103 y 104.

[36] *Cfr*: Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Op. Cit.* 2009, págs. 104 y 105

laboral se dedica al trabajo. Esta unidad de medida puede ser la hora, el día, la semana, el mes o el año y es lo que se conoce como jornada de trabajo[37]. Mientras que la distribución que se haga de esa unidad de medida o jornada es lo que podemos denominar horario de trabajo[38].

Esta distinción, en lo relativo a las fuentes del Derecho también es esencial. El objeto de estudio de ambas cuestiones, aun estando estrechamente relacionadas[39], es distinto. En este estudio nos interesa la ordenación del tiempo de trabajo durante la relación laboral, no cuando nace o cuando se extingue. Estudiaremos los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo: la jornada y su limitación horaria[40].

Sobre cómo ha de limitarse la jornada ordinaria de trabajo a nivel constitucional no se arroja luz alguna. Es el legislador el encargado de establecer los límites máximos de la jornada para que se garantice el descanso efectivo. Las normas que el legislador ha usado para el establecimiento de estos límites son normas de derecho necesario relativo. Únicamente pueden ser mejoradas por la autonomía colectiva o individual, no empeoradas[41].

Como hemos visto, el marco constitucional, del que emanan el resto de las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo, da a luz a un crisol normativo variado. El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores es ejemplo de ello al desarrollar este aspecto. En su articulado contiene reglas imperativas, espacio para la autonomía colectiva y también para la autonomía individual a través del contrato de trabajo y el poder de dirección empresarial. Es, por lo tanto, reflejo directo de la voluntad del constituyente de establecer un sistema pluralista de las fuentes del Derecho del Trabajo tal y como se recoge en el artículo 37 CE.

Dentro del sistema de fuentes, la cuestión del tiempo de trabajo siempre ha navegado entre las aguas de la heteronomía contenida en la ley y la autonomía de la negociación colectiva. El marco inicial, en la década de los 80 se reconocía cierta influencia a la negociación colectiva e individual aun dotando a la Ley de importancia significativa en la regulación del tiempo de trabajo. Si leemos el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se establecían unos límites imperativos con la posibilidad de ser mejorados por la negociación colectiva. Contrasta la simplicidad del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores 1980 con la extensión y complejidad de la actual redacción. La diferencia radica en todos los mecanismos de flexibilización que se han ido añadiendo en las constantes reformas. Tras la década de los 90 se potenciaron los mecanismos de flexibilización a través de la negociación colectiva. La flexibilización se vio más reforzada al establecer mecanismos legales imperativos a la flexibilización en defecto de pacto. A modo de ejemplo veamos el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por el artículo 9 de la Ley 3/2012[42]: *"Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso"*.

---

[37] Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 43.

[38] Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 45.

[39] Merino Senovilla, H., "Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. El papel de la regulación tradicional y los nuevos contenidos", *Revista de Derecho Social,* nº 2, 1998, pág. 211.

[40] *"Con [...] la jornada, se determina la duración máxima del tiempo de prestación que realizará un trabajo en una unidad cronológica determinada (semana, mes, año) [...] con el horario se colocan las horas en el día, con indicación de las horas de principio y fin del trabajo"* STSJ de Navarra de 6 de octubre de 2004, AS 2004/3542.

[41] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, págs. 106.

[42] Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

De esta forma se aceleraba la presión sobre los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva de medidas flexibilizadoras. En caso de que no se adoptaran medidas, el empresario contaba con mayor potestad unilateral para su implantación[43]. La misma presión sobre los representantes de los trabajadores nace del último párrafo del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores sobre la compensación de las diferencias entre la jornada realizada y la duración máxima del trabajo legal o pactada, bien sean por exceso o por defecto. La norma establece que: "*La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan"*.

Esto implica, que si la negociación colectiva no llega a un acuerdo sobre la compensación de esa distribución irregular de la jornada, el periodo de compensación será de doce meses desde que se produjo el exceso o el defecto de jornada. Hay que señalar que un periodo amplio para la compensación favorece la distribución irregular de la jornada y la disposición de esta por el empleador. De hecho, el propio artículo 79 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, contiene una previsión más garantista al respecto que el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores al establecer como máximo en seis meses esa compensación salvo habilitación convencional expresa con causa que justifique un periodo más amplio.

Esta reforma no sólo favoreció a la parte empleadora en la negociación de las medidas flexibilizadoras. También trajo consigo la problemática sobre qué debe contener el pacto en la negociación colectiva para que sea considerado como regulación suficiente en materia de flexibilización. De esta cuestión surgían dos aspectos. En primer lugar, en materia de forma, de la literalidad del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores en su versión de la reforma de 2012[44], se desprende que cualquier pacto de naturaleza colectiva puede regular esta materia, lo que simplifica los mecanismos de negociación colectiva. Esto implica que el empleador podría negociar ante cualquier grupo de representantes de los trabajadores en defecto de convenio colectivo. En segundo lugar, no queda claro qué contenido es el suficiente para que se entienda regulada la cuestión. La negociación podría rechazar el establecimiento de una distribución irregular de la jornada o bien establecer criterios más estrictos a los legales, o también regular dicha distribución de forma totalmente opuesta.

En resumen, el resultado del sistema de fuentes tras la reforma fue un complejo entramado de normas imperativas, dispositivas y autonomía colectiva e individual. Esto potenció que la cuestión del tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada se abordara en muchos convenios colectivos[45]. Más aun contando con la importancia que adquirieron también en dicha reforma los convenios de empresa[46].

[43] Para profundizar en las implicaciones de las medidas flexibilizadoras de la reforma de 2012 se recomienda *Vid.* Valverde Asencio, A.J., "Las reformas laborales de 2012. La reforma del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. En particular sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilización interna*"* en AA.VV., Castellano Burguillo, E. y Feria Basilio, I. (Dirs.) *Estudios en torno a la Reforma Laboral de 2012,* Sevilla, Punto Rojo, 2013, págs. 143 y siguientes.

[44] Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[45] *Cfr*. Escribano Gutiérrez, J. "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 24.

[46] El artículo 84.1.c del Estatuto de los Trabajadores da prioridad aplicativa al convenio de empresa en algunas materias como "horario y distribución del tiempo de trabajo". El artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores también reconoce que podrá negociarse el convenio de empresa en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.

Además del Estatuto de los Trabajadores, en materia de tiempo de trabajo, debemos tener en cuenta el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, cuyo objeto es la regulación de ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos en determinados sectores de actividad y trabajos específicos cuyas peculiaridades lo requieren. Por su naturaleza singular, algunas actividades económicas tendrán una ordenación del tiempo también especial. Estas actividades quedan fuera del ámbito de estudio de este trabajo, si bien se recurrirá a esta norma para ejemplificar alguna cuestión puntual en materia de los límites de la jornada ordinaria y la duración de los descansos.

Finalmente, hay que recordar que hubo un desarrollo reglamentario en materia de tiempo de trabajo que siguió la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980[47]. Se materializó en el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos. Si bien el mismo está prácticamente superado y fue derogado parcialmente por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, sí se mantienen vigentes los artículos 45, 46 y 47 sobre fiestas laborales.

2.4. La fuentes profesionales del tiempo de trabajo

2.4.1. El tiempo de trabajo en los Convenios Colectivos

Los convenios colectivos expresan el acuerdo logrado tras un proceso de negociación colectiva entre representantes de la parte trabajadora y de la parte empleadora. Estos sujetos, en uso de su autonomía colectiva, plasmarán en este acuerdo las bases que la ley les reconoce al respecto de las relaciones laborales que les atañen, en concreto regularán las condiciones de trabajo[48].

El artículo 37 de la Constitución Española configura el convenio colectivo como una fuente del Derecho en sentido jurídico-positivo: "*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.".* Se dice que tienen efectos *erga omnes* o fuerza normativa vinculante a sujetos incluso más allá de los propios concertantes. De ahí que su naturaleza jurídica sea la de una norma paccionada, con rasgos contractuales pero eficacia normativa.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la STC 177/1988, de 10 de octubre[49], cuando señala que el Convenio *"al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales"*[50].

Esto implica que los convenios colectivos se integran en el sistema de fuentes sometido a las normas de mayor rango jerárquico y respetando el cuerpo de derechos fundamentales recogidos constitucionalmente. A partir del desarrollo de la noción de pluralismo jurídico, la Constitución reconoce a las organizaciones representantes de trabajadores y empleadores la condición de agentes

[47] Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

[48] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 21º edición, 2023, págs. 200 y siguientes.

[49] Sentencia número 177/1988, de 10 de octubre, (Rec. 450/1985). Publicada en el BOE núm. 266, de 5 de noviembre de 1988, págs. 12 a 15.

[50] STC 177/1988, de 10 de octubre, F.J. 4º.

creadores del Derecho. Estas fuentes profesionales, sin embargo, quedan subordinadas a las estatales, como así establece el artículo 37 CE.

El derecho a la negociación colectiva no es un derecho fundamental atendiendo a su ubicación sistemática en el cuerpo constitucional. Sin embargo, sí que vincula a los poderes públicos (vía 53.1 CE) y está sujeto a la interpretación de las normas internacionales (vía 10.2 CE). Por ello se regula mediante Ley ordinaria. El objetivo de esta ley será garantizar la efectividad del derecho, no reconocerlo. Además constitucionalmente se prevé la prohibición de injerencias de los poderes públicos en la autonomía colectiva. La legislación debe tener un rol de apoyo y garantía para que las partes sean las que puedan disfrutar de la efectividad del derecho[51].

Una vez se ha presentado el marco en el que se encuadran los convenios colectivos como fuente, hay que ver cómo se han integrado en el sistema de fuentes.

En el apartado anterior, en referencia al Estatuto de los Trabajadores, ya se ha hecho referencia al engarzamiento que la ley establece entre medidas imperativas, dispositivas y negociación colectiva. En materia de tiempo de trabajo, la ley atribuye muchas funciones a la negociación colectiva. El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores establece en su dos primeros epígrafes una serie de competencias que deberán ser abordadas por la autonomía colectiva. A saber: *"La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo."; "Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año […];La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores […]; El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas".*

El apartado ocho del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores también establece otras funciones para la negociación colectiva al respecto de la adaptación y distribución de jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral: "*En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo".* Por otro lado, el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores faculta a la negociación colectiva la organización y documentación del registro de jornada.

Todas estas atribuciones a la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo tienen como objetivo ajustarla a las necesidades de cada empresa o sector de actividad. Por lo tanto, se está empleando como una medida de flexibilización. Esta orientación ha sido potenciada por las últimas reformas que han afectado a la negociación colectiva. En los últimos años hemos presenciado la transformación de la eficacia de los convenios, de su duración, la prioridad aplicativa del convenio de empresa con la posibilidad de inaplicaciones por incluso sujetos ajenos a la negociación colectiva

[51] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 21º edición, 2023, págs. 200 y siguientes.

convencional y el decaimiento de la ultraactividad tras el trascurso de un año desde la denuncia del convenio[52], entre otras cuestiones.

En conclusión la negociación colectiva es el principal instrumento para el desarrollo normativo del tiempo de trabajo. Se le otorga el tradicional papel de mejora de las condiciones legales, con la posibilidad de mejorar los límites establecidos por la ley; desarrolla la distribución de la jornada para adaptarla a las necesidades específicas de cada empresa, instaurándose como el mejor instrumento para ello, ante la imposibilidad de la ley de atender a cada caso concreto; es el mecanismo de flexibilización de los límites legales de la jornada y, por último, el mecanismo por el cual se desarrolla la conciliación de la vida laboral y profesional de las personas trabajadoras[53].

2.4.2. La autonomía individual en la ordenación del tiempo de trabajo

En su origen, el Derecho del Trabajo nace para limitar la autonomía individual en la negociación de las condiciones de trabajo. Esto se justificaba porque en el plano individual el empleador tiene mayor poder de negociación que el trabajador[54]. Sin embargo, la autonomía individual también tiene su espacio en la ordenación del tiempo de trabajo. Una de las consecuencias de las medidas flexibilizadoras que imperan en la ordenación legal del tiempo de trabajo, es el reforzamiento de la autonomía individual y, por lo tanto, de la capacidad del empleador de establecer condiciones laborales más beneficiosas para él. A menudo, en el Estatuto de los Trabajadores, al mismo tiempo se remite a la negociación colectiva también se hace a la individual. Esto, en lo concerniente al tiempo de trabajo, se pone en práctica en tres situaciones:

Primero, en los límites de la jornada máxima. Recordamos el artículo 34.1 ET: *"la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo";*

Segundo, en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre las horas extraordinarias: *"[…] Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. […]";*

Tercero, en lo referente a las vacaciones, la autonomía individual interviene en la negociación de su duración, según el artículo 38.1 ET: "*El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales"* y también interviene en el periodo de disfrute del artículo 38.2 ET: "*El periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones."*

Como vemos, en la mayoría de los casos, la autonomía individual está supeditada a la colectiva, es decir, tiene una función complementaria en ausencia de pacto colectivo. Es pacífico en la

[52] Si bien la cuestión de la ultraactividad se ha recuperado tras el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que pone fin a un modelo que suscitó una amplia judicialización y disfuncionalidades en materia de aplicación y vigencia de convenios colectivos. *Vid.* Monereo Pérez J.L., y Ortega Lozano, P.G., "La vigencia y ultraactividad de convenios en el marco del modelo constitucional de negociación colectiva" en AA.VV. Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Rodríguez Escanciano, S. (Dir.), Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), Ortiz Castillo, F. (Coord.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.

[53] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, p. 122.

[54] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Op. Cit.* , 2009, p. 125.

doctrina y la jurisprudencia constitucional establecer el predominio de la autonomía colectiva sobre la individual. Varias son las razones para ello[55]:

— El interés colectivo surge del nexo de intereses individuales orientados a favorecer las necesidades comunes de los individuos integrados en un grupo social.

— Debido al desequilibrio en el poder de negociación en las relaciones laborales, el Derecho del Trabajo actúa corrigiendo esta desigualdad favoreciendo la autonomía colectiva.

En consecuencia, ante la presencia de un convenio colectivo, la autonomía individual sólo podrá actuar mejorando las condiciones que en aquél se establezcan. Dicho de otro modo, el contrato no puede oponerse a lo pactado en convenio colectivo. Entre ambos instrumentos persiste el principio de jerarquía normativa del artículo 3.1 letra c ET: *"Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: […] c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados*; y también la indisponibilidad de derechos adquiridos legal o colectivamente por parte del trabajador del artículo 3.5 ET: *"Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo"*.

Estos preceptos apuntalan la superioridad del convenio colectivo y el carácter complementario de la autonomía individual a través del contrato. Además esto se ejemplifica en la regulación de las horas extraordinarias: se ofrece la facultad de decidir entre el abono o la compensación de horas extraordinarias por la autonomía individual en ausencia de convenio. Pero también en lo concerniente a la planificación de las vacaciones encontramos otra prueba de esta declaración: estará sujeta a la regulación en contrato solo en defecto de convenio y, en caso de que ya haya convenio el contrato sólo podrá mejorar las condiciones ya establecidas.

2.5. Reflexión sobre el sistema de fuentes del tiempo de trabajo

El objetivo de este apartado ha sido analizar el sistema de fuentes del que brota la regulación vigente del tiempo de trabajo. Se ha hecho incidencia en la trascendencia de la normativa europeas introducida constitucionalmente en un sistema de fuentes pluralista que une ley nacional, internacional y autonomía colectiva e individual. Gracias a esta revisión podemos hacernos una idea del marco normativo que vamos a utilizar en el desarrollo del régimen jurídico del concepto de tiempo de trabajo. Como veremos, se manejará normativa europea como la Directiva 2003/88/CE y su jurisprudencia, normativa interna como el Estatuto de los Trabajadores[56] y la influencia de los convenios colectivos y la jurisprudencia interna.

La trascendencia del sistema europeo en materia de tiempo de trabajo es evidente. Toda la conceptualización y la regulación mínima nace de la Directiva 2003/88/CE. A ella y a la jurisprudencia del TJUE que la desarrolla deberemos estar. Así nos garantizaremos que la norma interna no contradiga la europea en supuestos que puedan ser menos garantistas para la parte trabajadora. La normativa europea ayuda a colmar lagunas de nuestro ordenamiento jurídico en materia de tiempo de trabajo. Su

[55] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, p. 127.

[56] 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.

naturaleza de norma mínima ha conseguido establecer un marco común homogéneo entre los países miembro.

La Constitución trata la protección de la limitación de jornada y el tiempo de trabajo de forma asimétrica frente a los derechos de dirección empresarial. Esto supone un predominio de la lógica de la flexibilización en esta materia que, con el tiempo, ha sido trasladada a la ley y, con ella, ha arrastrado a la negociación colectiva.

El enjambre de preceptos imperativos y remisiones a la negociación colectiva e individual que constituye el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores evidencia la apuesta por un modelo flexibilizador de gestión del tiempo de trabajo. Un modelo en el que los límites temporales a la jornada se pueden llegar a ver desdibujados. En efecto, las medidas flexibilizadoras como la distribución irregular de la jornada, el régimen de horas complementarias en la jornada parcial o el de las horas extraordinarias evidencia la desvalorización del poder de los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva, a costa del aumento de la productividad y del poder de dirección empresarial[57]. Estas circunstancias harán más difíciles establecer con claridad qué es y qué no es tiempo de trabajo.

A menudo se olvida en este contexto flexibilizador que la limitación de la jornada no sigue una lógica económica, sino de bienestar social y de seguridad y salud en el trabajo. En un sistema de fuentes de un estado social y de Derecho la regulación del tiempo de trabajo debe estar asociada a la protección de la salud de los trabajadores. No sirve solo para garantizar un tiempo de esparcimiento y ocio en el que el trabajador pueda adquirir cierta libertad individual, sino que a nivel colectivo hablamos de garantizar el descanso y el bienestar de la clase social que conforman las personas trabajadoras. En este contexto es imprescindible que una regulación del tiempo de trabajo moderna cuente con los mecanismos de conciliación adecuados para garantizar el desarrollo personal y familiar.

La lógica de limitar la jornada en beneficio de la salud es la que impulsó los movimientos sociales y obreros de finales del siglo XIX y que inspiró la normativa que hemos visto de la OIT en esta materia. Esta misma lógica es la que siguen los preceptos europeos y la construcción terminológica del concepto de tiempo de trabajo y de descanso. La Carta Social Europea ofrece sus garantías en materia de tiempo de trabajo relacionando el artículo 2 y 3, es decir, el límite de la jornada para garantizar la salud. La propia Constitución española, en el artículo 40.2, relaciona el descanso y la limitación de la jornada y las vacaciones con la seguridad e higiene en el trabajo.

Toda esta lógica parece haberse olvidado en el debate sobre la limitación de la jornada en la legislación interna. Con las reformas flexibilizadoras iniciadas en 1994 se asigna a la regulación del tiempo de trabajo la finalidad de garantizar la capacidad competitiva de las empresas. Es cierto que también se justifica esta flexibilidad en la conciliación de la vida laboral con la vida familiar y personal, así como en el desarrollo formativo. No obstante las medidas orientadas en este sentido han sido limitadas y se centran fundamentalmente en las responsabilidades familiares, sin tener en cuenta otros aspectos del desarrollo del trabajador. En el ámbito económico, otra finalidad que se ha asignado a la regulación del tiempo de trabajo ha sido la del reparto del empleo. Sin embargo, ha quedado patente que las medidas flexibilizadoras en materia de tiempo de trabajo orientadas a favorecer el empleo no solo no han tenido éxito, sino que han sido una fuente de precariedad y desigualdad. Es el

[57] *Cfr.* Escribano Gutiérrez, J. "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 26.

caso de la proliferación de la contratación temporal y del trabajo a tiempo parcial, al intentar modificar la distribución de la jornada[58].

En definitiva, la Constitución fija el mandato de la limitación de la jornada a los poderes públicos (art. 40.2 CE). Esto lo hace el legislador a través del artículo 34 ET. La finalidad es establecer unas garantías mínimas de descanso y dejar a la autonomía colectiva e individual la concreción del tiempo de trabajo. Se ofrece un sistema de fuentes plural entre la norma estatal y la negociación colectiva. La norma estatal establece los límites máximos de la jornada y la negociación colectiva la aplicación concreta de dicha jornada.

No obstante, las políticas de flexibilidad han hecho retroceder a la norma estatal como garante de los límites máximos para dotar de mayor espacio a la autonomía colectiva e individual. Además, dicha promoción de la autonomía colectiva e individual se ha hecho de forma desigual, generando presiones en la parte de los trabajadores para llegar a acuerdos y potenciando el poder de dirección empresarial y la toma de decisiones unilateral. Los convenios colectivos, por lo tanto, dejan de ser un complemento que mejora las garantías mínimas que ofrece la ley, sino que se emplean como instrumento flexibilizador, ofreciendo mayores medidas de distribución temporal al empresario[59].

Este nuevo Derecho del Trabajo "flexible" implica una garantía más laxa de los derechos sociales básicos, dejando cada vez más espacio a la autonomía de las partes. Sobre todo destaca la autonomía individual, en la que la desigualdad de negociación entre trabajador y empresario es más evidente. El cuadro final del tiempo de trabajo es una regulación heterónoma de mínimos, ofreciendo a la empresa configurar unilateralmente el tiempo de trabajo según sus necesidades a falta de la intervención de la autonomía colectiva. Toda esta flexibilidad ha supuesto que los límites que antes parecían inderogables ahora puedan disponerse en la negociación colectiva e incluso de forma unilateral por el empleador. Los límites máximos como el semanal, pasan a ser dispositivos para orientar el cálculo del límite anual.

En resumen, sobre el sistema de fuentes podemos concluir:

— El sistema actual establece el pluralismo de fuentes reguladoras en materia de tiempo de trabajo. Se incluye la heteronomía mediante la ley, con preceptos de norma mínima (tanto europeos como internos).

— El equilibrio entre heteronomía y autonomía no sólo se dirige a que la parte trabajadora pueda mejorar su gestión del tiempo y la reducción de la jornada, sino a flexibilizar los horarios de trabajo a las necesidades de las empresas.

— Los convenios colectivos, en especial los de empresa[60], son instrumentos para adecuar las condiciones de trabajo a las necesidades productivas concretas del empleador y para instaurar medidas de flexibilización y distribución del tiempo de trabajo.

[58] *Cfr*. Moreno Vida, M.N. "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014, págs. 38 y 39.

[59] Moreno Vida, M.N. "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014, págs. 50 y 51.

[60] Debido a la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET) y los mecanismos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos de ámbito superior (art. 82.3 ET).

— Potenciación de la autonomía individual en la negociación del tiempo de trabajo, lo que conlleva un aumento del poder empresarial en la toma de decisiones.

— Fortalecimiento de la regulación unilateral del empresario al ofrecerle nuevas potestades organizativas en defecto de pacto multilateral.

En definitiva, el sistema de fuentes se ha orientado a un modelo flexibilizador que olvida parcialmente el cumplimiento de los objetivos de protección de la salud y seguridad del trabajador, la conciliación entre la vida profesional familiar y el desarrollo personal del trabajador. Supone un desequilibrio del sistema de garantían sociales. Recordemos que las condiciones laborales de los trabajadores son el resultado de la proyección de estas garantías sociales establecidas en diferentes fuentes[61].

Se alerta de la necesidad de que la ley vuelva a cumplir su función clásica de garantías mínimas y que las fuentes autónomas completaran esas garantías potenciando las necesidades sociales de los trabajadores siempre bajo la tutela de los derechos fundamentales de los mismos y cumpliendo la función de pacificación social. Se reclama, por lo tanto, un nuevo equilibrio entre heteronomía y autonomía colectiva que potencie los criterios de salud, conciliación y descanso en materia laboral.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Para el ordenamiento jurídico, un hecho jurídico es concebido una vez es enunciado por una norma. El tiempo de trabajo es un concepto complejo. Como hemos visto, cuenta con una regulación multinivel, con aplicación de normas internacionales y nacionales. Las primeras regulaciones que situaron en el plano jurídico el tiempo de trabajo datan del siglo XIX. La gran cantidad de normas que hacen referencia a este concepto y la ambigüedad por la falta de definición legal precisa hace que estemos ante una idea que necesita un análisis detallado para reducir al máximo el arbitrio en su conceptualización.

3.1. Punto de partida para conceptualizar e interpretar el tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre y la jurisprudencia del TJUE

Para definir el tiempo de trabajo tenemos que partir de la contraposición que se hace del tiempo efectivo de trabajo y del periodo de descanso que nace de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido pronunciándose sobre este aspecto. Ha declarado que en lo que respecta a la conceptualización del tiempo de trabajo y a lo que ha de entenderse como tiempo de trabajo efectivo y de descanso se ha de estar a la interpretación de la Directiva 2003/88/CE. El Tribunal de Luxemburgo ha mantenido que esta es una cuestión de Derecho comunitario. Dicha Directiva es la regulación mínima común a toda la Unión, cuyo objetivo es mejorar las condiciones de vida y trabajo de los europeos[62]. Esta interpretación implica que los

[61] Moreno Vida, M.N. "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014, pág. 52.

[62] Sobre este respecto *vid.* Comunicación de la Comisión interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C165/01, DOCE de 24 de mayo de 2017). En ella se indica que sólo una interpretación autónoma de la Directiva garantiza su plena eficacia. La jurisprudencia aludida es la STJUE de 1 de diciembre de 2015, *Dellas*, asunto C-14/04, apartado 44; STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, asunto C-151/02, apartado 58; Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, *Vorel* C-437/05, apartado 26; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14, apartado 27

Estados miembros no pueden de manera unilateral desarrollar la conceptualización de los preceptos aludidos[63]. Por estas razones esta es la base normativa de la que debemos partir para definir el tiempo de trabajo.

Además de la advertencia jurisprudencial de tomar dicha Directiva como referencia para conceptualizar el tiempo de trabajo, también debemos reconocer que no contamos en nuestro ordenamiento interno con una definición completa sobre esta cuestión[64]. Por lo tanto, para estudiar este concepto, analizaremos en primer lugar la normativa y la jurisprudencia europea, para, a continuación, describir la situación normativa del tiempo de trabajo en el ordenamiento jurídico interno.

Atendiendo a lo referido, los tribunales españoles, a la hora de determinar si un periodo concreto se considera de trabajo o de descanso, no deben estar únicamente al derecho interno, sino que deberán revisar si se cumplen los requisitos que la Directiva 2003/88/CE establece para definir el tiempo de trabajo. Así lo recuerda el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, (C-258/10, *Grigore*), apartado 50. En cualquier caso, se advierte que, aunque los estados miembros no puedan alterar el concepto de tiempo de trabajo, nos encontramos ante una regulación a mínimos. Esto quiere decir que sí puede darse una interpretación más garantista a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE[65]: "*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores."*

Así pues, se ha de concluir que la normativa europea se ha convertido en una herramienta fundamental para establecer lo que es el tiempo de trabajo y de descanso[66]. En ella habremos de apoyarnos para construir la definición técnico-jurídica vigente.

La Directiva 2003/88/CE ofrece una definición de tiempo de trabajo en su artículo 2. Tiempo de trabajo es *"todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*. Esta conceptualización se yergue en contraposición al periodo de descanso, entendido en una definición negativa como *"todo periodo que no sea tiempo de trabajo"*. Ambos conceptos se excluyen mutuamente[67], habiendo perfilado el Tribunal de Justicia los criterios constitutivos para lo que se considera o no tiempo de trabajo.

y el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, *Grigore*, asunto C-258/10, apartado 44. Sobre ella trabajaremos a continuación para construir la definición de tiempo de trabajo.

[63] Así lo advierte Almendros González M.A., "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 59, que recuerda la STJUE de 1 de diciembre de 2015, (C-14/04, *Dellas,* apartado 45).

[64] Ortega Lozano P.G.: "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes" en *Revista de derecho social,* núm. 92, 2020, págs. 81 a 106.

[65] También la jurisprudencia lo entiende así. *Vid.* STJUE de 21 de febrero de 2018, (C-518/15, *Matzak*), apartado 56.

[66] García Romero, B. "Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos. STJUE (Sala Décima) de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-107/19), *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes),* 2022, págs. 845 a 853.

[67] Así lo ha recogido la jurisprudencia europea. STJUE de 3 de octubre de 2000, *Simap*, asunto C-303/98, apartado 47; STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, asunto C-151/02, apartado 48; Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, *Vorel* C-437/05, apartado 24; STJUE de 1 de diciembre de 2015, *Dellas*, asunto C-14/04, apartado 42; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14, apartados 25 y 26 y STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/15, apartado 55.

Por ende, nos encontramos ante dos planos conceptuales. O bien el tiempo es de trabajo o lo es de descanso. No se plantea un tercer escenario intermedio. El tiempo de trabajo se contrapone al de descanso. Es lo que podemos denominar el binomio trabajo/descanso. En cualquier caso, esta estricta dicotomía conceptual escapa a algunos supuestos prácticos que se han suscitado en el marco normativo de la Unión. Múltiples escenarios han planteado dificultades para dilucidar si estamos ante tiempo de trabajo o no. Son "zonas grises" que escapan de esta rígida definición binomial. Me refiero a la cuestión del cómputo del tiempo de guardia o de disponibilidad[68] (véase STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak*)[69]; los periodos de disponibilidad de los trabajadores de transporte por carretera[70]; el tiempo de preparación y finalización de la jornada de trabajo[71]; los tiempos de desplazamiento (véase STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, *CCOO y Tyco Integrated Security S.L.*)[72]; periodos de formación y/o en materia de prevención de riesgos laborales, así como otros periodos específicos[73].

[68] Esta cuestión está desarrollada en Velasco Fernández, D. "Cómputo de tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad. Comentario a la STS 18 abril de 2023" en AA.VV. *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2023, págs. 1153 a 1168. En la más reciente jurisprudencia el TJUE (seguida por el Tribunal Supremo) está entendiendo que el tiempo de guardia o de disponibilidad es tiempo de trabajo cuando se realiza en el propio centro de trabajo, mientras que para ser considero tiempo de trabajo aquella guardia que se desarrolle fuera del centro de trabajo dependerá de ciertos criterios: primero, de las obligaciones que limiten la libertad del trabajador durante la guardia; segundo, del tiempo límite de respuesta con el que cuenta el trabajador para presentarse en el centro de trabajo; tercero, la frecuencia en la que realmente el trabajador debe desempeñar su actividad durante las guardias. Sobre esta cuestión también hay que resaltar la postura del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) sobre el artículo 2 de la Carta Social Europea. Ofrece un planteamiento más garantista que el TJUE y aún inobservado por el Tribunal Supremo. Ante el binomio tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el CEDS entiende todas las guardias como tiempo de trabajo. Lo contrario, argumenta, supone una inobservancia de los valores de seguridad, salud y respeto al descanso que inocua la propia Carta Social Europea. Según este planteamiento, independientemente de los factores que influyan en la configuración de la guardia, únicamente por la carga mental y la privación en la libertad de organización para el trabajador, las guardias deben considerarse tiempo de trabajo. Esta exégesis nace de la interpretación de la Carta Social Europea que, como indica la doctrina, debe vincular totalmente como norma internacional vía artículo 10 de la Constitución Española. *Vid.* Monereo Pérez, J.L. "El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación" en *Documentación Laboral*, núm. 125, 2022, págs. 9-31.

[69] Algunos comentarios relevantes sobre esta sentencia son Monereo Pérez, J.L. "El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial" *La Ley Unión Europea*, número 92, 2021 y Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A. "De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea" *La Ley Unión Europea*, número 98, 2021.

[70] El artículo 10.3 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo reconoce que: *"se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible".* Se sigue el mismo criterio que para las guardias presenciales.

[71] Aquellas actividades relacionadas con la prestación laboral pero independientes de la misma que se realizan antes y después no son consideradas tiempo de trabajo. Por ejemplo, es el caso del tiempo empleado en el cambio de uniforme o vestuario o de aseo personal. *Vid.* Almendros González, M.A., "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62,* Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 85.

[72] Hay que distinguir entre varios escenarios: el desplazamiento del hogar al centro de trabajo que no es considerado tiempo de trabajo (art. 34.5 ET); el desplazamiento desde el domicilio hasta el cliente si no hay centro de trabajo fijo sí es considerado tiempo de trabajo (STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, *Tyco* ,apartado 44), si bien no es pacífica esta doctrina en el Tribunal Supremo *vid.* Almendros González, M.A., *Op. cit*. 2020, pág. 89*;* el desplazamiento intermedio durante la jornada laboral sí es considerado tiempo de trabajo si se atiende a unos requisitos adoptados por la doctrina europea *vid.* Almendros González, M.A.*, Op. cit.* 2020, pág. 90.

[73] Por ejemplo, los periodos de formación se consideran tiempo de trabajo efectivo como regla general (art. 23 y 52.a ET), si bien aquí se pueden encuadrar múltiples escenarios de difícil calificación. Se recomienda, en general, *vid.*

La resolución de estos casos que se encuentran en los límites de la definición de la Directiva sobre lo que ha entenderse sobre tiempo de trabajo, ha empujado a la doctrina europea a crear unos criterios que nos permitan distinguir qué es tiempo de trabajo y de descanso. Son tres criterios que deben ser considerados como independientes[74]:

a) *Criterio espacial*: el trabajador debe estar físicamente en el lugar que determine el empresario.

b) *Criterio de autoridad*: el trabajador debe estar a disposición del empresario para realizar la prestación del servicio.

c) *Criterio profesional*: el trabajador debe encontrarse prestando servicios para la empresa.

Estos criterios son determinantes para saber si nos encontramos en tiempo de trabajo o no. Son independientes entre ellos, aunque están relacionados. Se han venido interpretando de una forma flexible, por lo que no siempre han de cumplirse íntegramente los tres para que un periodo sea considerado tiempo de trabajo. Esta construcción interpretativa se ha visto reforzada ante el nuevo escenario de prestaciones de servicios en el mundo digital y el teletrabajo, en el que el trabajador tiene mayor autonomía para desarrollar las tareas, contando con un mayor nivel de autoorganización[75]. Merece la pena que nos detengamos en profundidad en el análisis de dos casos, que han sido clave en la construcción e interpretación de estos criterios:

— STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14

En primer lugar, es necesario revisar la STJUE de 10 de septiembre de 2015, (C-266/14, *Tyco*)[76]. En esta sentencia se dirime un conflicto entre, por un lado, la Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) y, por otro lado, Tyco Integrated Security, S.L. y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A (Tyco).

Tyco cuenta con un equipo dedicado a la instalación y mantenimiento de elementos de seguridad en domicilios e industrias, así como establecimientos comerciales. En origen, en cada provincia, Tyco tenía con una oficina que constituía, generalmente, la unidad territorial de trabajo. En esa situación, Tyco sí consideraba tiempo de trabajo el que tomaba a los trabajadores en desplazarse desde las oficinas de cada provincia y el lugar de trabajo del primer y último clientes diarios. Los trabajadores siempre comenzaban y acababan la jornada con el coche estacionado en la oficina. No contaba como tiempo de trabajo el tomado desde el domicilio a la oficina.

En 2011 Tyco cerró las oficinas provinciales asignando a sus trabajadores al centro de Madrid. A partir de este momento se permite que cada trabajador tenga a su disposición un vehículo de empresa con el que desplazarse desde su domicilio a los establecimientos de los clientes sin necesidad de pasar por ninguna oficina. Ante estas circunstancias, Tyco adopta el criterio de no considerar como

ALMENDROS GONZÁLEZ M.A., *Op. cit.* 2020, págs. 91 a 98.

[74] Si bien la Comunicación de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE (2017/C165/01) manifiesta que dichos criterios deben ser acumulativos, este no ha sido el escenario adoptado posteriormente por le jurisprudencia europea en las sentencias estudiadas. De hecho, siguiendo una postura más flexible entienden como tiempo de trabajo determinados periodos, aunque no cumplan simultáneamente los tres criterios. Así también lo ha entendido la doctrina *Cfr*. Martínez Yáñez, N.M.: "Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 125 a 128 y Sáez Lara, C.: "Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, página 262.

[75] *Cfr*. Molina Navarrete, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, página 264.

[76] STJUE 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Tyco [TJCE 2015, 205]

tiempo de trabajo el tomado para desplazarse del domicilio hasta el primer cliente y del último cliente al domicilio. Por el contrario, se considera únicamente el empleado desde el contacto con el primer cliente hasta que se llega al último.

En definitiva, la cuestión que se suscitó fue si ante la ausencia de centro de trabajo fijo debe computarse el tiempo de desplazamiento desde el domicilio hasta el cliente y viceversa o no.

Para resolver el caso el TJUE hace una interpretación flexible del criterio espacial. Argumenta que el desplazamiento que originalmente se hacía entre la oficina provincial y el cliente se ha sustituido por el del domicilio al cliente. Ambos trayectos tienen la misma naturaleza aunque no se deba pasar por la oficina. Por ello, este nuevo desplazamiento sí debe entenderse también como tiempo de trabajo. No hay duda sobre el criterio de autoridad ya que, aún en el desplazamiento, el trabajador está a disposición del empresario y debe seguir instrucciones. Por ejemplo, durante el trayecto Tyco mantenía las facultades de cambiar el orden de visita de los clientes. En todo caso, tampoco se alberga duda de que durante el trayecto el trabajador no puede disponer libremente de su tiempo.

En conclusión, el TJUE resolvió el caso Tyco entendiendo que el tiempo de desplazamiento entre clientes de aquellos trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo también es tiempo de trabajo. Llega a este razonamiento tras una hermenéutica finalista de la Directiva 2003/88/CE manteniendo que de no haber considerado el desplazamiento como tiempo de trabajo no se garantizaría el objetivo de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores a través del descanso efectivo[77].

— STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15

El segundo caso fundamental en la construcción terminológica del tiempo de trabajo en el marco europeo es el expuesto en la STJUE de 21 de febrero de 2018, (C-518/15, *Matzak*)[78]. En este caso se presenta otro aspecto del criterio espacial. En principio, este criterio mantiene que para que sea tiempo de trabajo el trabajador debe encontrarse físicamente donde le indique el empresario. No obstante, en este caso, el TJUE extiende el tiempo de trabajo también a los casos en los que el trabajador, aun no estando en el centro de trabajo, se encuentra localizable con un margen de reacción mínimo.

El caso trata sobre un trabajador que puede estar durante el tiempo de guardia en su domicilio a la espera de ser llamado por su empleador. Sin embargo, cuenta únicamente con un plazo de respuesta máximo de ocho minutos. Como ya hemos indicado, el tiempo puede ser o de trabajo o de descanso, excluyéndose figuras intermedias[79]. Por lo tanto, esta situación en la que el trabajador está en su domicilio pero con unas restricciones de organización y de libre disponibilidad del tiempo evidentes debido al corto margen de respuesta sólo podría ser calificado como uno u otro. El TJUE en este supuesto concreto se decanta por entender que estamos en tiempo de trabajo. De otra forma no se estaría cumpliendo con el objetivo de la Directiva 2003/88/CE de garantizar la salud y la seguridad y el descanso efectivo.

En resumen, la conclusión a la que llega el TJUE es que el periodo en el cual el trabajador tiene la obligación de encontrarse en un lugar determinado (aunque no sea el centro de trabajo) a la

[77] *Cfr*. 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, Aranzadi, 2022, pág. 547.

[78] STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Ville de Nivelles y Rudy Matzak [TJCE 2018, 5]

[79] Recordamos que así lo sostenía el propio TJUE en la Sentencia de 3 de octubre de 2000, *Simap*, C-303/98, [EU:C:2000:528], apartado 47.

espera de prestar sus servicios inmediatamente debe considerarse como tiempo de trabajo[80]. Esto se justifica en la diligencia con la que debe acudir al centro de trabajo.

Esta resolución del TJUE no estuvo exenta de polémica. Abrió por primera vez la puerta a considerar como tiempo de trabajo a las guardias no presenciales. Esta problemática tuvo que ser revisada posteriormente por el propio tribunal en la STJUE de fecha 9 de marzo de 2021 (asuntos C-344/19, *Radiotelevijiza Slovenija* y C-580/19, *Stadt Offenbach am Main*)[81]. Para matizar la cuestión se deberán distinguir dos tipos de guardias a efectos de considerarlas o no como tiempo de trabajo[82]:

— Guardias presenciales: que deben entenderse como la prestación de servicio en la cual la persona trabajadora no se encuentra realizando las funciones que le son propias pero sí en el centro de trabajo o en un lugar designado por el empleador que implique un tiempo de respuesta limitado.

— Guardias no presenciales o localizables: constituyen la situación en la que el trabajador no se encuentra prestando servicios y tampoco en el centro de trabajo ni lugar indicado por el empresario. Tiene libertad de movimiento. Sin embargo, sí que tiene la obligación de estar en contacto con el empresario si le es requerido para iniciar esporádicamente la prestación en un plazo convenido.

Si bien sobre las guardias presenciales no se venía albergando duda de que nos encontremos ante tiempo de trabajo[83]. El caso *Matzak* reconoce por primera vez una guardia no presencial como tiempo de trabajo (aunque ante el tiempo de respuesta tan corto con el que cuenta el trabajador podríamos considerar que se trata de una guardia presencial prácticamente). Ciertamente esta cuestión es polémica, pues en muchas guardias localizables el trabajador no se encuentra en un lugar definido por el empresario, pero sí hay una evidente restricción a la libertad de movimiento y de gestión del tiempo libre y el descanso.

Esto llevó al TJUE a afinar sus criterios en los casos *Radiotelevijiza Slovenija* y *Stadt Offenbach am* Main. El primer caso versa sobre un trabajador en guardia localizable vía telefónica y sin un lugar designado. En caso de necesidad tiene un plazo de respuesta de una hora para presentarse al centro de trabajo. El segundo caso trata sobre un bombero en guardia localizable, que debe tener a disposición uniforme y vehículo en caso de necesidad. Si bien estamos ante guardias localizables y hay una restricción del pleno descanso, se debe admitir que el tiempo de respuesta de los trabajadores es más amplio. Entender largas guardias localizables con un gran margen de libertad de movimiento del trabajador como tiempo de trabajo efectivo podría suponer subvertir parte del modelo organizativo del tejido empresarial europeo[84].

[80] En un caso de personal médico realizando guardias. *Vid.* STJUE 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, [EU:C:2003:437], apartado 63.

[81] STJUE de fecha 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, D.J. y *Radiotelevijiza Slovenija* [ECLI:EU:C:2021:182] y STJUE de fecha 9 de marzo de 2021, asunto C-580/19, R.J. y *Stadt Offenbach am Main* [ECLI:EU:C:2021:183].

[82] Velasco Fernández, D.: "Cómputo de tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad. Comentario a la STS 18 abril de 2023" en AA.VV. *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2023, pág. 1156.

[83] Así lo corrobora la asentada jurisprudencia del TJUE al respecto: STJUE 3 de octubre de 2000 (C303/98, *Simap*); STJUE de 9 de septiembre 2003 (C-151/02, *Jaeger*); STJUE de 1 de diciembre 2005 (C-14/04, *Dellas*); STJUE de 11 de enero 2007 (C-437/05, *Vorel*) y STJUE de 4 de marzo de 2011 (C-258/10, *Grigore*).

[84] Sobre los tiempos de disponibilidad y guardia se recomienda el análisis de San Martín Mazzucconi, C. "Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, págs. 198 a 203.

Por ello, en ambos, casos el TJUE entendió que, específicamente será considerado como tiempo de trabajo, la guardia cuando la injerencia empresarial limita la libertad del trabajador de forma considerable. Para determinar si dicha limitación considerable existe se contemplan varios factores[85]:

— Existencia de obligaciones legales o convencionales que limiten la libertad del trabajador durante el tiempo de disponibilidad.

— Mayor o menor tiempo de respuesta. A valorar en el caso concreto.

— Frecuencia en la que es requerida la persona trabajadora durante el tiempo de guardia.

En definitiva, una vez estudiado estas sentencias y los criterios del TJUE para entender qué es tiempo de trabajo debemos cerrar este apartado con una valoración del impacto de la Directiva 2003/88/CE en la conceptualización del tiempo de trabajo. La primera conclusión que se extrae de lo estudiado hasta ahora es que la normativa europea y su jurisprudencia son la base para definir el tiempo de trabajo. El concepto se desarrolla a partir de la oposición de dos planos temporales, el de trabajo y el de descanso. Esta encorsetada conceptualización ha originado una gran conflictividad en aquellas zonas grises en las que es difícil determinar si estamos o no en tiempo de trabajo. Por ello ha surgido una extensa jurisprudencia del TJUE en torno esta materia. A ella nos debemos para analizar el caso concreto. En segundo lugar se concluye que esta situación genera múltiples situaciones de inseguridad jurídica. A menudo no sabremos con certeza si nos encontramos en tiempo de trabajo o no. Prueba de ello son los casos que proliferan en las mencionadas zonas grises del tiempo de trabajo. Finalmente, en tercer lugar, hemos de convenir que la conceptualización del tiempo de trabajo es una materia mucho más amplia y compleja de lo que pudiera parecer a simple vista. Todas estas realidades poseen muchas aristas y van más allá de lo que podría quedar regulado por la Directiva 2003/88/CE, por lo que no parece lógico querer colmar todas las lagunas con una norma tan general y enfocada a un marco tan amplio. En definitiva, se debe destacar la importancia de esta norma, pues establece la estructura principal de la regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea y en España. Gracias a esas bases y a su desarrollo jurisprudencial podemos construir una definición de tiempo de trabajo en el marco europeo.

3.2. Breve reseña a la aportación de la Carta Social Europea a la determinación de tiempo de trabajo

En el marco europeo, España está sujeta la Carta Social Europea (revisada de 1996). Su artículo 2 establece que se debe *"fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo"*. Ello se enmarca, de manera harto significativa, *en el contenido esencial del derecho social a unas condiciones de trabajo equitativas*[86]. El Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano encargado de la hermenéutica de la carta, ha venido expresándose sobre el sentido de este artículo en pronunciamientos como la Decisión de Fondo de 23.VI.2010, Confederación General del

[85] *Cfr.* Vila Tierno, F.: "Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales" en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023, págs. 5.

[86] Véase Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (artículo 2)", 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. 395-429; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (artículo 3)", 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.431-463.

Trabajo contra Francia (Reclamación colectiva nº 55/2009), y en la Decisión de Fondo de 19.V.2021, Confederación General del Trabajo y Confederación General de Directivos - Confederación General de Ejecutivos contra Francia (Reclamación colectiva nº 149/2017)[87]. La interpretación que hace sobre el tiempo de trabajo el Comité Europeo parte del binomio trabajo/descanso. Pero su postura ante las zonas grises ha devenido más garantista. A partir de las resoluciones citadas, ha concluido que entender una guardia como descanso atenta al derecho de una duración razonable del trabajo, independientemente de si es presencial o no[88]. Por lo tanto, todas las guardias deben ser entendidas como tiempo de trabajo. En su construcción argumental, el Comité Europeo conecta el artículo dos de la Carta Social Europea con el artículo tres, relativo a la salud laboral, que garantiza el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo. Considera el Comité Europeo de Derechos Sociales que el tiempo de guardia no puede ser entendido como de descanso ya que el trabajador soporta la carga mental de una eventual reincorporación al trabajo. Hay una presión psicológica que condiciona la libertad de gestión del tiempo libre y del desarrollo de actividades de ocio y de conciliación familiar. En suma, según esta interpretación, el tiempo de guardia no puede ser considerado como de descanso por los riesgos que podría implicar el no garantizar un descanso efectivo al trabajador.

Las garantías de la Carta Social Europea se están aplicando aún de forma limitada por los tribunales. Como veremos en el apartado del sistema de fuentes, es un instrumento que comienza a tener cada vez más repercusión en nuestro ordenamiento. Puede darse la circunstancia de que la aplicabilidad directa de estos criterios en materia de tiempo de trabajo en los tribunales españoles comience a desplazar los criterios del TJUE. Así está empezando a suceder en algunos tribunales de lo social al dirimir cuestiones relativas al tiempo de guardia o disponibilidad[89]. Por ende, podría implicar otro viraje en los criterios vigentes sobre lo que se entiende por tiempo de trabajo.

3.3. Las aportaciones de la OIT al concepto de tiempo de trabajo

En el contexto internacional cabe hacer referencia brevemente a la definición que se hace de tiempo de trabajo en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). Los convenios aludidos que configuran la definición de tiempo de trabajo en el marco de la OIT datan de 1919 (Convenio 1º) y de 1930 (Convenio 30º). Son, sin duda, un precedente internacional

[87] Estos pronunciamientos continúan la línea de otros anteriores como la Decisiones de Fondo de 12.X.2004, Confederación francesa de Directivos - Confederación general de Ejecutivos (Reclamación colectiva n°16/2003); Decisión de Fondo de 8.XII.2004, Confederación General del Trabajo (CGT) contra Francia (Reclamación colectiva nº 22/2003) y la Decisión de Fondo de 23.VI.2020, Confederación General del Trabajo (CGT) contra Francia (Reclamación colectiva nº 55/2009). Para ampliar sobre estas cuestiones *Vid*. Salcedo Beltrán, C., "Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la "indiferencia" y "resistencia" a la Carta Social Europea", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2019, pp. 549 y 550.

[88] Al respecto de toda esta cuestión se recomienda *Vid.* Salcedo Beltrán, M.C.: "Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia"*, Revista General de Derecho Europeo, nº 56, 2022.*

[89] El Tribunal Supremo abraza completamente el criterio del TJUE al respecto a las guardias y tiempo de trabajo, sin embargo hay algunos juzgados que han empezado a adoptar la interpretación de la Carta Social Europa en tanto parte vinculante de nuestro ordenamiento jurídico. Es patente la necesidad de un desarrollo normativo que ofrezca una solución homogénea al respecto. Sobre la aplicabilidad de la Carta Social Europea (revisada) en el ordenamiento *Vid.* Salcedo Beltrán, C., "Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la "indiferencia" y "resistencia" a la Carta Social Europea", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2019. Sobre el análisis de la jurisprudencia interna abrazando el criterio del TJUE o de la Carta Social Europea *Vid.* Velasco Fernández, D.: "Cómputo de tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad. Comentario a la STS 18 abril de 2023" en AA.VV. *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2023.*

de incalculable valor normativo del cual se inspiran los sistemas sociales actuales. Si no entramos más en detenimiento en su análisis y estudio no es porque tengan menos importancia, sino porque, en muchos aspectos, el marco jurídico en tiempo de trabajo de la OIT ha sido superado por el derecho europeo y el derecho interno[90].

Tanto el Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria) de 1919 como el Convenio 30 sobre las horas de trabajo (Comercio y oficinas) de 1930 se refieren a las *"horas de trabajo"*. Sin embargo, sólo el segundo aporta una definición en su artículo dos, aunque debe entenderse extensiva al primero también[91]: *"A los efectos del presente Convenio, la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador"*.

El concepto de horas de trabajo en los Convenios de la OIT descansa sobre la disponibilidad del trabajador. Tiempo de trabajo es aquel en el que la persona trabajadora se encuentra a disposición de la parte empleadora. Esta definición ha sido completada y actualizada en el marco de la Unión Europea. Como hemos visto, uno de los criterios que tiene la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, es el de autoridad, que se refiere precisamente a los periodos de disposición con el empleador. Por ello, entendemos que en el marco europeo esta conceptualización de la OIT ha quedado superada.

Si bien es cierto que la definición de horas de trabajo atendiendo a los convenios de la OIT manifiesta que será tiempo de trabajo aquel en el que los trabajadores estén obligados bien a realizar la tarea que les ha atribuido el empleador, o bien a hallarse a disposición de este último hasta la atribución de dicha tarea. Esto da lugar, al contrario que sucede con la definición que ofrece la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, de poder admitir la existencia de un tercer periodo, aquel tiempo de descanso en el cual los trabajadores permanecen en el centro de trabajo. Si bien durante este tiempo no se les podrá encomendar tareas, ya que es de descanso, tampoco pueden las personas trabajadoras abandonar el centro de trabajo o gestionar libremente este tiempo. Vemos que los Convenios de la OIT llegan a un problema similar al que dilucida la Directiva, pero con menos criterios, lo que hará más compleja la interpretación y la conceptualización jurisprudencial de los preceptos[92].

La definición de tiempo de trabajo que ofrecen los convenios es, en definitiva, muy similar a la de la Directiva 2003/88/CE. Recordemos el artículo dos de la Directiva: *"todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones"*. No obstante, añadir la definición negativa u opuesta sobre el descanso, ofrece la garantía del binomio trabajo/descanso que no desarrollan los Convenios. Esto hace que mientras la Directiva no permite zonas intermedias, la OIT sí pueda albergarlos, pero en defecto del tiempo de descanso, lo que supone una menor garantía para el trabajador y la defensa de los principios de seguridad y salud.

---

[90] Si bien sí hay cuestiones que influyen a mejorar la ordenación del tiempo de trabajo español en contraste con el marco normativo de la OIT (por ejemplo, como se verá más adelante, en materia de vacaciones), *Vid.* Basterra Hernández, M.: "El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español". *Documentación Laboral*, núm. 116, (Vol. I), 2019, págs. 71 a 83.

[91] Así lo recuerda el Informe III (Parte 1B): *"Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)"* de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, presentado en la 93º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2005, pág. 5.

[92] *Vid.* Informe III (Parte 1B): *"Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)"* de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, presentado en la 93º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2005, pág. 20.

En suma, se debe concluir de esta exégesis que las garantías ofrecidas en el marco europeo son más extensas para las personas trabajadoras, además de ofrecer una definición más técnica. Como consecuencia lógica se favorece la seguridad jurídica al respecto y una respuesta más cohesionada de la jurisprudencia a los potenciales conflictos. Si bien es cierto que la construcción europea presenta disfuncionalidades, el marco de la OIT es aún más genérico. Aunque podría ser positiva la integración de zonas grises intermedias en el concepto de tiempo de trabajo, un marco tan amplio da lugar a una mayor indefinición del tiempo de trabajo y la perspectiva de la OIT no garantiza que dichas zonas grises se encuadren como tiempo de trabajo, sino que puedan acabar en el tiempo de descanso.

A modo de ejemplo, nada dicen los Convenios al respecto de si el tiempo de espera a ser llamado se incluye como horario de trabajo o no[93]. Esto ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia internacional, alguna jurisprudencia fuera de la Unión Europea ha optado por entender el tiempo de disponibilidad como horas extraordinarias[94]. Por otro lado y a modo de excepción, hay que resaltar, que el Convenio 180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques de 1996, sí regula brevemente el tiempo en espera a bordo. Establece que cuando la persona trabajadora a bordo se encuentra en espera, deberá ofrecérsele un periodo de descanso compensatorio en caso de que se hubiera perturbado su descanso por habérselo llamado durante la guardia[95].

Por otro lado, su vetusta regulación se encuentra desactualizada con respecto a las nuevas formas de producción o de organización del trabajo, más aún en el contexto de desarrollo tecnológico. No se adecua al contexto de transformación permanente de la economía y de la sociedad que necesita de la revisión y actualización de estos marcos jurídicos internacionales. Por ello, muchas cuestiones escapan de la regulación de la OIT, pongamos por ejemplo las cuestiones de conciliación y protección familiar y laboral o el desarrollo de las tecnologías de la comunicación[96].

Sin embargo y a pesar de todo, sí es cierto que la conceptualización ofrecida por la OIT es la base de la regulación internacional en materia de tiempo de trabajo y supone la base mínima para muchas regulaciones de derecho comparado mucho menos garantistas que la europea.

3.4. El tiempo de trabajo efectivo en el ordenamiento jurídico español

Hemos visto la definición europea de tiempo de trabajo y cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta lo que debe ser entendido como tal a raíz de la Directiva 2003/88/CE. Nos queda completar la visión europea con la percepción que el legislador español y la jurisprudencia interna han esgrimido sobre esta materia.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores nace para establecer unos límites a la jornada de trabajo, pero no para definir lo que es tiempo de trabajo. Como ya se ha dicho, esto hace que en derecho interno no contemos con una definición precisa lo que genera problemas de inseguridad jurídica[97].

---

[93] Informe III (Parte 1B) *Op. Cit.* 2005, pág. 20.

[94] Esta fue la doctrina adoptada por algunos tribunales de EE.UU., así lo prueba la jurisprudencia comentada en el Informe III (Parte 1B) *Op. Cit.* 2005, pág. 21.

[95] Es el caso del tiempo de espera o de guardia que deben prestar algunos marinos en casos de supervisión de salas de máquinas que funcionan sin necesidad de personal. *Vid.* Informe III (Parte 1B) *Op. Cit.* 2005, pág. 21.

[96] *Cfr.* Ackerman, M.: "La jornada de trabajo en las normas de la OIT" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014, pág. 9.

[97] *Cfr.* Ortega Lozano, P.G., "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes", en *Revista de derecho social*, núm. 92, 2020, págs. 81 a 106.

Recordemos que cuando en el ordenamiento interno se hace referencia a las cuestiones del tiempo de trabajo se emplean los más variados conceptos que a menudo dificultan la sistematización terminológica y generan inseguridad jurídica. Lo primero que debemos matizar al referirnos al tiempo de trabajo es que puede abarcar dos ámbitos de estudio diferenciados doctrinalmente: primero, la duración de la relación laboral (indefinida o determinada); segundo, la ordenación del tiempo de la prestación de servicios a lo largo de la relación laboral, es decir, cuánto tiempo se trabaja a lo largo de la vida del contrato (lo que conocemos como jornada y su distribución, el horario de trabajo). Esta división tiene un origen doctrinal y nos sirve para estructurar el régimen normativo del tiempo de trabajo, por ello se ha visto con más profundidad en el apartado de fuentes reguladoras del tiempo de trabajo.

De todas formas, en lo que atañe a su definición nos interesa saber que el tiempo de trabajo puede referirse a ambas cuestiones. Son realidades diferentes. A nosotros nos interesa en este estudio principalmente la segunda. Nos centraremos en la ordenación de la jornada del trabajo por parte de la empresa.

Dentro de este bloque, como vamos a ver, hay que diferenciar entre "jornada de trabajo" y "jornada diaria" o, simplemente, "jornada". A estos conceptos habrá de sumar posteriormente el de "tiempo de trabajo efectivo" que es el empleado a lo largo del Estatuto de los Trabajadores y todo ello diferenciarlo de "horario de trabajo". Todo este entramado conceptual, que puede parecer caótico, no es aleatorio. Todos son términos empleados por la normativa y la jurisprudencia españolas para referirse al fenómeno que estamos describiendo. Por ello, para ofrecer una conceptualización precisa del tiempo de trabajo en el ordenamiento interno, debemos saber diferenciarlos.

a) *Jornada de trabajo y jornada diaria*

La jornada de trabajo se emplea como término cuantificador. Tiene como objetivo expresar la medición del tiempo durante el cual el trabajador está prestando sus servicios en un periodo de referencia (días, semanas, meses o años)[98].

La STS de 6 de marzo de 2000 (núm. rec. 1217/1999), en su fundamento jurídico quinto, sostiene que "jornada de trabajo" es la expresión que usa el legislador en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores para establecer la posibilidad de regulación del tiempo de trabajo por la autonomía colectiva. Equivale al tiempo de servicio prestado por el trabajador de forma efectiva. *"La jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio"*[99].

Ahora bien, advierte el TS, en esta misma sentencia que es un error considerar de manera indistinta el concepto de "jornada" y el de "jornada de trabajo". La "jornada de trabajo" se completa con la matización que hace el artículo 34.4 ET: *"siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo"*. A saber, la pausa de quince minutos durante la jornada continuada puede ser entendida como "tiempo de trabajo efectivo" o no, según se negocie. Este precepto, que podría parecer que nada tiene que ver con el concepto de trabajo constituye una de las claves para discernir qué entiende el legislador sobre el mismo. Sólo el tiempo de trabajo que el trabajador dedica a desarrollar su prestación de servicios es considerado como tiempo de trabajo efectivo, integrante de la jornada de trabajo. A través de la

[98] *Cfr.* Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 43.
[99] Así completa el término la STS 21 de octubre de 1994 (rec. núm. 600/1994).

negociación colectiva se podrá dotar el carácter de tiempo de trabajo efectivo a algunos descansos. Pero esto es una facultad más allá del concepto general de tiempo de trabajo que es aquel en el que se realiza la prestación. Realmente este es un acercamiento lógico a la cuestión ya que, por definición, el descanso es lo opuesto a trabajar. No puede ser entendido como tiempo de trabajo aquel en que realmente no se desarrolla prestación de trabajo.

Ahora bien, por otro lado, recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia referida, que el término de "jornada diaria" es más amplio que la construcción legal del Estatuto de los Trabajadores. La "jornada" atendiendo a una "noción sociológica" es más extensa que la definición legal del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores de "jornada de trabajo". Lo que llanamente se entiende por "jornada" o "jornada diaria" es todo el tiempo de presencia física que el trabajador desarrolla en el centro de trabajo. En el mundo del trabajo normalmente se habla de jornadas con un número de horas concretas, aunque dentro de esas jornadas se incluya el tiempo de trabajo y también el de los descansos no retribuidos. Atendiendo a este razonamiento la "jornada" o "jornada diaria" sería aquella que incluye el tiempo de trabajo efectivo o la "jornada de trabajo" y el tiempo de descanso[100]. El propio artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores también abre la puerta al reconocimiento amplio de esta definición de "jornada diaria", permitiendo que el descanso pueda ser entendido dentro de la jornada de forma simultánea al tiempo de trabajo efectivo[101].

En resumidas cuentas, entenderemos como "jornada de trabajo" el tiempo que efectivamente el trabajador está prestando servicios. Es un concepto delimitador de la cuantía de la prestación del servicio. Mientras que por "jornada" o "jornada diaria" debe entenderse como aquel tiempo de trabajo que el trabajador desarrolla en el centro de trabajo, incluidos los descansos no remunerados[102].

b) *Horario de trabajo*

Los límites que diferencian horario y jornada a veces son difusos, más en la propia ley, donde se hacen múltiples referencias a la jornada pero poco se habla del horario. No obstante, el esfuerzo doctrinal por diferenciar ambos conceptos es notable[103].

La jornada debe ser entendida como el periodo total durante el cual se realiza prestación laboral en un espacio temporal (día, semana o año), mientras que el horario nos indica detalladamente el inicio y el fin de dicha jornada, así como el tiempo de descanso. Es el elemento redistributivo de la jornada de trabajo. Indica los *"momentos precisos dedicados a la prestación laboral en esos mismos módulos temporales"*[104] que son constituidos por la propia jornada.

[100] Esta jurisprudencia de la mencionada STS de 6 de marzo de 2000 (rec. núm. 1217/1999) ha sido confirmada actualmente por la STS 20 de junio de 2017 (rec. núm. 170/2016) FJ. 3º y la STS 19 de marzo de 2019 (rec. núm. 30/2018). *Cfr.* Igartua Miró, M.T *Op. Cit.*, 2018, pág. 44. y Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, C.L. *El registro de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 22.

[101] La cuestión de distinguir entre "jornada diaria" o "jornada" y "jornada de trabajo" es fundamental. En la negociación colectiva a menudo se usa el término jornada, en su noción amplia, de forma que se han podido generar situaciones de conflicto interpretativo del convenio. La parte empresarial puede entender que las pausas para el bocadillo o el café no se computan como tiempo de trabajo por no ser tiempo de trabajo efectivo y no estar incluidas en la jornada. Mientras que la representación de los trabajadores la incluyó con el ánimo de que fueran remunerados y entendidos como tiempo de trabajo.

[102] *Cfr.* Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, C.L. *El registro de jornada,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 22.

[103] *Vid.* Igartua Miró, M.T *Op. Cit.*, 2018, pág. 45. Sobre la distinción que hacen de estos términos autores como Monreal Bringsvaerd, E.; Fita Ortega, F.; Alfonso Mellado, C.L.; García Ortega, J.; Falguera Baró, M.A. y García Blasco, J.

[104] Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 45.

Como se ha indicado, las referencias que el estatuto hace al horario de trabajo son escasas:

— El artículo 34.9 ET, al introducir la obligatoriedad del registro de jornada[105], establece que "*la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo".*

— El artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores distingue entre jornada (apartado a) y horario (apartado b) al tratar las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales;

— El artículo 82.3 ET, en su párrafo segundo, establece la inaplicación de determinadas condiciones laborales en convenios colectivos. Al enlistar cuáles son las condiciones laborales que se podrían inaplicar se distingue entre *"a) jornada de trabajo"* y *"b) horario y distribución del tiempo de trabajo"*

— El artículo 84 ET, sobre la estructura de la concurrencia de convenios colectivos, establece la prevalencia del convenio de empresa al respecto de determinadas materias, entre ellas encontramos el apartado b): "e*l horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.";*

Quizás sea la referencia del registro de jornada del artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores la que nos ayude mejor a definir legalmente el horario de trabajo. Es lógico que el registro de jornada, que es un instrumento cuya finalidad es fijar el inicio y el fin de la prestación de servicios, esté estrechamente relacionado con el horario de trabajo. El registro de jornada servirá para concretar la función distributiva del cómputo de unidades cronológicas en las que se presta relación. Por ello, es una herramienta al servicio del concepto de horario de trabajo.

En definitiva, una vez delimitados los conceptos, cabrá hacernos la pregunta de cuál es la finalidad del horario frente a la jornada. La jornada nos dirá la cuantía de horas de trabajo en un periodo de tiempo. El horario nos señalará los momentos que en esos periodos se desempeñará la prestación laboral[106]. Esto se debe a que el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores permite que el cómputo de la jornada de trabajo se realice con diferentes módulos temporales: primero, al establecer el límite de la duración máxima de la jornada ordinaria de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual; segundo, permitiendo la distribución irregular de la jornada a lo largo del año atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34.2 ET. Esto quiere decir que el empleador puede usar el día, la semana, el mes o el año como unidad de medida para distribuir las jornadas de trabajo. En esta distribución irregular, el horario de trabajo nos informará del momento exacto de entrada y finalización al trabajo, que puede variar según dicha distribución irregular. El horario, a lo largo del año (que es la unidad que toma el legislador para establecer el límite temporal), nos indicará los meses, semanas o días, en los que la persona trabajadora entrará a una hora determinada al trabajo y saldrá a otra concreta para cada jornada de trabajo y que podrá cambiar atendiendo a las necesidades empresariales siempre que se respete el promedio en cómputo anual de las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo.

El horario de trabajo dará seguridad al trabajador pues así conocerá mejor su distribución horaria. No obstante, esta garantía se ve desdibujada en el contexto de la flexibilización del tiempo de

[105] El apartado 9 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores fue introducido por el art. 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo.

[106] *Cfr.* Igartua Miró, M.T, "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", *Temas laborales*, nº 147/2019, pág. 135.

trabajo y de la distribución irregular de la jornada. Al potenciarse la flexibilización de la jornada, el empleador tendrá potestad para definir los periodos de trabajo efectivo, sin tener la obligatoriedad de establecer un horario de trabajo. Además, el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligatoriedad a la empresa de elaborar un calendario empresarial donde se indicarán las jornadas que son hábiles para el trabajo. Pero no tiene la obligación legal de indicar el horario de trabajo, es decir cómo se distribuirá el trabajo en determinadas jornadas a lo largo del año. Esta cuestión no es unánime, mientras que la Audiencia Nacional sí ha entendido que en el calendario laboral debe incluirse el detalle del horario de trabajo, el Tribunal Supremo no comparte dicha postura, argumentando que no hay previsión legal que establezca dicha obligatoriedad[107]. Así lo estableció la STS de 18 de septiembre de 2000[108], en su Fundamento Jurídico segundo: "*El artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores ordena la publicación del calendario laboral. El problema litigioso se plantea sobre cuál sea el contenido de ésta obligación de publicación, referida a los horarios que se contemplan en el referido precepto convencional. El Estatuto de los Trabajadores no obliga a la publicación de los horarios. Esta obligación venía impuesta en el artículo 4 del Real Decreto 2001/1983 que regulaba la jornada de trabajo y jornadas especiales. Pero éste Decreto quedó derogado por la Ley 11/1994 y por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1561/1995. Este último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral. Por tanto, es más que dudoso que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario que haya de publicar en cumplimiento del mandato del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores.*"

En conclusión, lo que interesa resaltar sobre el horario del trabajo es que es un concepto autónomo. Empleado para organizar y distribuir las jornadas de trabajo. Tiene su razón de ser en determinados preceptos legales que lo ligan al poder de organización empresarial. Sus funciones pueden verse desdibujadas por dos aspectos: las facilidades de la distribución irregular que establece el estatuto y la falta de obligatoriedad legal o convencional que hay al respecto de su fijación. Las cuestiones que son inherentes al horario de trabajo son el trabajo a turnos, a jornada partida o el trabajo nocturno entre otras. Estas cuestiones no serán abordadas en este trabajo. En cambio nos centraremos en profundizar en la jornada de trabajo y sus límites.

c) *El tiempo de trabajo efectivo. Criterios para determinar el tiempo de trabajo*

Finalmente, debemos relacionar estos conceptos con el de "tiempo de trabajo efectivo". Y es que cuando el legislador se refiere, en general, al tiempo de trabajo y, específicamente, cuando regula los límites de la jornada, se refiere a horas de "trabajo efectivo". Para el legislador español, el tiempo de trabajo es aquel en el cual el trabajador desarrolla la prestación de trabajo[109]. La expresión de tiempo de trabajo "efectivo" se recoge a lo largo del estatuto de los trabajadores[110]:

— Artículo 11.2 ET, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje se emplea el tiempo de trabajo efectivo:

[107] La jurisprudencia referida es la SAN de 28 de julio de 2014 (núm. rec. 173/2014) y, además de la que se presenta, las más recientes STS 23 de enero de 2018 (núm. rec. 215/2016) y la STS 20 de junio de 2015 (núm. rec. 192/2014) que perpetúan la postura del TS al respecto. *Cfr*: IGARTUA MIRÓ, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 45.

[108] STS de 18 de septiembre de 2000 (núm. rec. 4240/1999).

[109] Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, pág. 72.

[110] *Cfr*: Almendros González M.A., "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* Ed. 62, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 65.

- Apartado d) sobre el desarrollo reglamentario del régimen de alternancia del tiempo que el trabajador debe trabajar y formarse.

- Apartado f) determina los límites temporales máximos que debe tener el tiempo de trabajo efectivo con respecto al formativo.

- Apartado g) relaciona la retribución en proporción al tiempo de trabajo efectivo, ello sujeto, como no podía ser de otra manera, al salario mínimo interprofesional[111].

— Artículos 23.1.d) y 52 b) ET. En el catálogo de derechos establecidos para el trabajador, el artículo 23.1.d) del Estatuto de los Trabajadores reconoce la promoción y formación profesional en el trabajo. Este subapartado nos recuerda que el tiempo destinado a la formación necesaria del trabajador para adaptarse al puesto de trabajo debe ser considerado en todo caso tiempo de trabajo efectivo. Hay que relacionar este artículo con el artículo 52 b) del Estatuto de los Trabajadores sobre la extinción del contrato por causas objetivas. El tiempo que el trabajo tenga para adaptarse formativamente a las modificaciones técnicas es tiempo efectivo de trabajo.

— Artículo 26.1 ET. La definición legal de salario permite fijar la retribución a diferentes sistemas de remuneración. Fijarlo al tiempo de trabajo "efectivo" es uno de ellos y de los más comunes.

— Los artículos 34.1 y 34.3 del Estatuto de los Trabajadores hablan de tiempo de trabajo efectivo al limitar la jornada de 40 horas semanales y 9 horas diarias respectivamente.

— El artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a este término al regular la pausa de al menos quince minutos que debe hacerse durante aquellas jornadas continuadas superiores a seis horas. La denominada como "pausa del bocadillo".

Todas estas referencias nos permiten colmar en cierta medida la ausencia de definición del tiempo de trabajo. Más aún cuando las relacionamos con el artículo 34.5 ET. Este artículo ofrece, quizá, lo más cercano que podemos hallar a una definición del tiempo de trabajo efectivo, aún sin referirse específicamente a él: "*El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo"*. Este precepto por sí solo muestra que tiempo de trabajo efectivo es aquel empleado por el trabajador en el centro de trabajo. Si bien, esta situación deja muchos interrogantes. Por ejemplo, no determina si computa como tiempo de trabajo aquella situación en la que encontrándose el trabajador en el centro de trabajo no desempeña funciones; o aquella otra en la que presta servicios, pero no es en su puesto de trabajo; tampoco es una definición satisfactoria para afrontar las nuevas organizaciones del tiempo de trabajo[112].

[111] Al respecto de los apartados "f)" y "g)" se expresan en términos similares los artículos 8.2 y 9 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

[112] Así lo destaca Molina Navarrete, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pág. 255: *"Ciertamente, los impactos entonces augurados adquieren hoy tanto mayor extensión como intensidad, porque proliferan los nuevos dispositivos digitales que hacen que vivamos en una sociedad máximamente conectada, hasta el punto que vivir al margen de las empresas incluso "fuera de la jornada laboral" parece devenir una utopía, cuando no quimera. De este modo queda ensombrecido el clásico derecho al descanso recogido desde hace décadas en los ordenamientos civilizados (para las vacaciones anuales vid. Convenio n. 132/1970 OIT). En este tipo de sociedades digitalizadas delimitar una cuestión tan básica como el tiempo de trabajo -condición sustancial del contrato de trabajo (los denominados "a llamada" o "intermitentes" la diluyen- respecto del "tiempo de no trabajo" se tornaría muy problemática, poniendo a dura prueba de resistencia las soluciones clásicas, también del Derecho de la Unión Europea."*.

Por todo ello, es necesario completar la definición del artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores con el resto de los preceptos del artículo 34 ET, e incluso con el resto de las referencias del Estatuto al "tiempo de trabajo efectivo". Al conectar todas estas referencias podemos hacernos a la idea de la voluntad del legislador. De esta forma, se entiende que tiempo de trabajo es aquel en que el trabajador se encuentra en su centro de trabajo y, además, está disponible para desarrollar efectivamente sus servicios[113]. Esquemáticamente podemos resumir esta construcción doctrinal a través del establecimiento de dos criterios[114]:

— Criterio temporal o cuantitativo del artículo 34.5 ET. Establece el periodo computable entendido como de trabajo. Aquel que el trabajador pasa en su puesto de trabajo.

— Criterio material o cualitativo derivado de las referencias al tiempo de trabajo "efectivo". El tiempo de trabajo es "efectivo" cuando efectivamente se está empleando para desarrollar la actividad. Para el tiempo de trabajo computan las horas realmente trabajadas.

El establecimiento de estos criterios implica algunas consecuencias directas. En primer lugar, refuerza la presunción de existencia de trabajo efectivo mientras el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, salvo prueba en contrario[115]. En segundo lugar, se presume que, si no se da el criterio material o cuantitativo del trabajo efectivo no se computa como tiempo de trabajo, por lo tanto, son dos criterios acumulativos.

Esto es importante para algunas cuestiones. Atendiendo a este razonamiento si no hay trabajo efectivo, el periodo que transcurre desde que el trabajador accede a su puesto de trabajo y hasta que lo abandona no computa como tiempo de trabajo[116]. Es obvio que los descansos no computarán como tiempo de trabajo por no darse prestación de servicios efectiva. Además, como ya se ha advertido, la propia naturaleza del descanso es contraria al trabajo. Sin embargo, esta razonamiento tampoco da solución a la problemática de las "zonas grises". Efectivamente, estos criterios no ofrecen una respuesta satisfactoria al cómputo del tiempo de trabajo en situaciones como las guardias presenciales o localizables, los periodos de disponibilidad de trabajadores como los del transporte en carretera, las actividades de preparación y finalización de la jornada, los periodos invertidos en trayectos y desplazamientos, los de formación en el trabajo, prevención de riesgos o asistencia a reuniones o eventos de interés empresarial, los periodos de rehabilitación de los trabajadores con discapacidad o incluso aquellos descansos puntuales como la llamada "pausa del bocadillo"[117].

[113] Nos recuerdan Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J. que del contrato de trabajo nace la obligación de estar presente en el puesto de trabajo y asimismo disponible para prestar el servicio, en Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, pág. 73.

[114] Esta suma de criterios ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina *vid:* Poquet Catalá, R.: "Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria (STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak)", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, páginas 224 y 225; Almendros González, M.A., "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62,* Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 67.

[115] Así lo hace ver Monreal Bringsvaerd, E.: *La jornada de trabajo: Ley y Convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005, página 121.

[116] Roqueta Buj, R.: "La jornada de trabajo y su determinación", en CCNCC (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), Goerlich Peset, J.M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Colección Informes y Estudios*, núm. 86, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, página 82.

[117] *Cfr.* Almendros González, M.A.: "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, págs. 59 y siguientes.

En todas estas situaciones no hay certeza de que se cumpla: o bien el criterio temporal o cuantitativo, ya que puede que no se esté desarrollando tiempo en la empresa; o el criterio material o cualitativo, porque puede ser que no se esté prestando servicio efectivo. En algunos escenarios dichos criterios quedan tan difuminados, pudiendo darse, en mayor o menor intensidad, uno u el otro, que hace que la jurisprudencia tenga problemas en discernir si son suficientes para considerar un periodo como tiempo de trabajo o no[118]. Este escenario volátil ha derivado en dos posturas doctrinales sobre cuándo comienza y acaba el tiempo de trabajo efectivo[119]:

— La jornada comienza a computarse desde el momento en que el trabajador está listo para trabajar. Por lo tanto no podría ser considerado como tiempo de trabajo el periodo de espera a la reunión para acceder al tiempo de trabajo, como es propio de algunos sectores como la agricultura; igualmente quedaría excluido el tiempo de vestuario o para ponerse el uniforme de la empresa, el de aseo personal o desplazamientos aún de un centro de trabajo a otro, entre otros de los ya referidos[120].

— La jornada computa desde el momento en el que el trabajador se empieza a preparar para desarrollar su actividad. Es el escenario opuesto, aquí se entiende que se necesita una preparación para desarrollar la actividad sin la cual sería imposible efectuarla.

La mayoría de los escenarios que se dan en la práctica no se encuadran totalmente en un marco o en otro. Al contrario, ha sido necesario el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo para dar una respuesta intermedia. Es interesante el estudio de la STS 784/2019 de 19 de noviembre[121] porque actualiza los criterios que sigue este Tribunal para determinar qué se considera tiempo de trabajo. El caso en cuestión trata sobre un bombero de aeropuerto que reclama a AENA horas extraordinarias porque considera que el tiempo empleado en el relevo (desde que el trabajador llega al aeropuerto hasta su puesto de trabajo) computa como tiempo de trabajo.

Para fundamentar su respuesta, el TS se sustenta en su propia jurisprudencia y en la del TJUE:

— El TS entiende que el concepto "jornada de trabajo" del artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores "*es tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad"* y es efectiva porque "*en cómputo diario, semanal o anual, dedica*

[118] Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechazó que se considerara tiempo efectivo el tiempo que tomaba a un trabajador ir de un centro a otro en la STS de 16 de enero de 2008 (RJ 1976/2008); o el tiempo que un chófer de autobús empleaba en ir y volver desde el garaje donde estaba el bus hasta el inicio de la ruta en la STS de 2 de octubre de 2007 (RJ 8887/2007). Así lo hace ver San Martín Mazzucconi, C. "Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 197, este autor, a raíz del comentario de la jurisprudencia citada, resalta que el Tribunal Supremo continúa rechazando computar como tiempo de trabajo, en el marco de la ayuda a domicilio, aquel que transcurre desde el domicilio del trabajador hasta el del primer cliente y desde el último cliente a su domicilio. *Vid.* STS 1 diciembre 2015 (núm. rec. 284/2014) y STS 4 diciembre 2018 (núm. rec. 188/2017). Esta postura del Tribunal Supremo vemos que casa difícilmente con la ya comentada STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14.

[119] *Vid.* Aragón Gómez, C.: La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que al respecto ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto Matzak, relativa a las guardias de localización, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2018, página 113.

[120] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, pág. 74; San Martín Mazzucconi, C. "Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 197 sobre la STS 26 enero 2021 (rec. núm. 3294/2018) y STS 19 noviembre 2019 (rec. núm. 1249/2017).

[121] STS 784/2019, 19 de noviembre de 2019 (núm. rec. 1249/2017).

el trabajador a su cometido laboral propio". A lo que completa el art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores como que es "*el tiempo en que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo"*[122].

— El TJUE califica como tiempo de trabajo "*cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo"*[123].

De esta divergencia entre los dos conceptos, el de origen europeo y el de origen interno, el TS en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019 de 19 de noviembre establece un valioso listado de lo que entiende por tiempo de trabajo y que nace de la unión de las dos posturas. Por lo tanto, según el TS para determinar lo que es tiempo de trabajo hay que tener en cuenta:

— *"No es la intensidad de la actividad o el carácter directamente productivo de la misma lo que determina la naturaleza del tiempo en cuestión.*

— *Cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo.*

— *La presencia en dependencias empresariales constituye factor que juega a favor del carácter laboral del tiempo durante el que se dilata.*

— *El desplazamiento realizado bajo la dependencia del empleador puede ser ya tiempo de trabajo.*

— *Es posible establecer una remuneración diversa de la ordinaria para aquel tiempo de trabajo que, pese tal consideración, no posee carácter directamente productivo."*

Finalmente, el TS advierte que persiste la interpretación histórica que ha venido haciendo del artículo 34.5 ET: *"La idea […] es que el art. 34.5* del Estatuto de los Trabajadores *pretende impedir que se tenga como tiempo de trabajo todo aquel conducente a tomarlo o dejarlo materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o fichaje, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, o similares"*[124].

En resumen, esta sentencia es trascendental porque fragua la postura singular que tiene el Tribunal Supremo en materia de tiempo de trabajo. Como no podía ser de otro modo, matiza las singularidades del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores conjugándolo con la jurisprudencia europea. De esta forma nos queda una concepción única del tiempo de trabajo. Es muy similar a la europea, la influencia del TJUE es notable, pero tiene los matices del derecho interno.

Estos criterios del TS sirven de marco para establecer cierta seguridad jurídica a la hora de conocer si una determinada situación es considerada tiempo de trabajo o no. Sin embargo, se ha de

[122] Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019, 19 de noviembre de 2019 sobre las SSTS 534/2017 de 20 junio (rec. 170/2016) y 229/2019 de 19 marzo (rec. 30/2018).

[123] Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019, 19 de noviembre de 2019 sobre la STJUE de 3 de octubre de 2000, C.303/98, *SIMAP*; STJUE de 9 de septiembre de 2003, C- 151/02, *Jaeger*; STJUE Gran Sala de 5 de octubre de 2004, C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*; STJUE de 1 de diciembre de 2006, C-14/04, *Dellas*; ATJUE de 11 de enero de 2007, C-437/05, *Vorel*; ATJUE de 4 de marzo de 2011, C-258/10, *Grigore*; STJUE de 10 de septiembre de 2015, C- 266/14, *Tyco*; STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak*; STJUE de 26 de julio de 2017, C-175/16, *Hälvä* y otros.

[124] F.J. 3º de la STS 784/2019, 19 de noviembre de 2019 (núm. rec. 1249/2017), refiriéndose a su jurisprudencia anterior, en concreto a la STS 12 diciembre 1994 (núm. rec. 1320/1994).

advertir que, desde luego habrá que estar a la casuística específica a la hora de identificar el tiempo de trabajo efectivo. Como hemos visto el Tribunal Supremo no atiende completamente a las resoluciones del TJUE. Se dan casos concretos en los que la doctrina europea no se ajusta bien a los criterios de la norma interna. En estos supuestos, los tribunales españoles continúan empuñando la literalidad del artículo 34 ET[125].

Por otro lado, hay que precisar que sí ha habido determinadas posturas que entienden que el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores ofrece una conceptualización completa de tiempo de trabajo en nuestro ordenamiento interno. De esta forma, se entiende el tiempo de trabajo como aquel que se comprende entre la llegada y la marcha al centro de trabajo, independientemente del trabajo efectivo. Este razonamiento surge de la lectura literal y aislada del artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores que habla de "tiempo de trabajo" en general. Es el caso de la SAN 20 septiembre de 2018 (ROJ SAN 3511/2018) que analiza el supuesto de las guardias de disponibilidad, cuestión ampliamente comentada por la legislación europea. Esta sentencia resuelve la cuestión exclusivamente a partir del contenido del artículo 34.5 ET. Entiende, en su fundamento jurídico tercero, que el artículo ofrece *"el concepto de tiempo de trabajo efectivo en el derecho interno, según el cual la jornada de trabajo empieza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo"*.

En conclusión, "tiempo de trabajo efectivo" es aquel periodo en el que el trabajador está presente en el centro de trabajo y dispuesto a prestar su servicio. Esto con independencia de que realmente esté ocupado o no, obligación que recae sobre el empleador. El trabajador está obligado a estar a disposición, si bien sobre el empleador recae la carga de aprovechar el trabajo[126].

Lo que el legislador español llama como "efectivo", el europeo simplemente habla de tiempo de trabajo. Ante la conceptualización insuficiente del derecho interno, la jurisprudencia española toma la ya comentada Directiva 2003/88/CE como punto de partida para conocer la definición exacta de tiempo de trabajo efectivo en nuestro propio derecho interno. Todo ello sin olvidar las especificaciones que se recogen a lo largo del Estatuto de los Trabajadores. Lo que suscita una conceptualización singular del tiempo de trabajo.

A modo de valoración final se debe resaltar la importancia del influjo europeo en la conceptualización del tiempo de trabajo. La jurisprudencia del TJUE presenta al respecto una concepción más garantista para la protección de la persona trabajadora. Por el contrario la normativa española favorece claramente la posición empresarial en las relaciones laborales. Todo el tiempo de gestión, organización y preparación que debe de hacer el trabajador para prestar sus servicios queda automáticamente excluido del cómputo de tiempo de trabajo y, por lo tanto, no es remunerado. Esto no está tan claro en la jurisprudencia europea que incluso, a golpe de sentencia, ha ido llevando al Tribunal Supremo a la concepción más garantista del concepto de tiempo de trabajo que recoge la Directiva. Todo ello basándose en la prelación que ya hemos explicado que hay en esta materia del derecho europeo y en la ausencia de conceptualización elaborada y fiable en el derecho interno.

[125] La postura del Tribunal Supremo puede variar atendiendo al caso concreto. Así lo evidencian Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G. a través de una detallada hermenéutica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia. En 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, Aranzadi, 2022, pág. 541 y siguientes.

[126] Así lo aclaran García Ninet, J.I. y Vicente Palacio, A.: "La jornada" en AA.VV. García Ninet, J.I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores,* Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, pág. 306.

3.5. Definición doctrinal de tiempo de trabajo. Una propuesta conceptual actualizada. El tiempo de apoyo al trabajo o de *stand-by*

Tras revisar cómo el ordenamiento jurídico construye el término de tiempo de trabajo queda ofrecer una definición que complete las disfuncionalidades y potencie los aciertos del sistema.

Primero será necesario distinguir los dos planos que son abarcados por el tiempo de trabajo. Por un lado la duración del contrato de trabajo, la extensión de la vida laboral en un determinado periodo de tiempo (determinado o indefinido). Por otro lado, la distribución temporal del servicio que se presta a lo largo de la prestación del servicio, esto es, la jornada y cómo se ordena, el horario de trabajo. Esta cuestión se desgrana con mayor detenimiento en el apartado sobre las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo, pero es necesario esclarecerlo aquí a efectos de ofrecer una correcta conceptualización. El tiempo de trabajo que nos interesa conceptualizar es aquel referente a la organización horaria dentro de la jornada.

La doctrina ha definido el tiempo de trabajo como *"encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador"*[127]; *"tiempo que cada día invierte el trabajador en cumplir sus obligaciones para con el empresario, derivadas del contrato de trabajo"*[128]*; "mecanismo que determina cuál es el período durante el cual el trabajador queda a disposición del empresario y durante el cual éste puede ejercer sus facultades directivas para obtener el rendimiento previsto"*[129]*;"tiempo de trabajo será aquel en que el trabajador debe permanecer al servicio del empresario como consecuencia del contrato"*[130].

Para la construcción de una definición sólida en materia de tiempo de trabajo debemos atender a ciertos caracteres que le han de serle inherentes[131]:

— Permanencia física del trabajador en el lugar determinado por el empleador. Puede no ser un centro de trabajo específico, lo que incluiría formas de trabajo a distancia o itinerantes.

— Puesta a disposición del trabajador a los mandatos del empleador.

— Desarrollo efectivo de las funciones propias del trabajador. Esto no implica que el trabajador esté materialmente ofreciendo resultados. Su tarea en determinado momento puede ser de no hacer, o permanecer en guardia, o estar a la espera de nuevas directrices por la parte empleadora.

A efectos de diferenciar el trabajo efectivo del de descanso hay que matizar que, en todos los supuestos en los cuales el trabajador no pueda gestionar su tiempo personal con total libertad, ya deberíamos considerarlo como tiempo de trabajo efectivo.

---

[127] Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal BringSVaerd, E.J., "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 58, 2005, pág. 57.

[128] Iglesias Cabero, M. "Cómputo de la jornada efectiva de trabajo", en AA.VV., De la Villa GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991, pág. 291.

[129] Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009, pág. 84.

[130] Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 38.

[131] Así se establecen doctrinalmente, aunque bien coinciden con la construcción jurisprudencial del TJUE que ya se ha visto. *Vid.* 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, Aranzadi, 2022, pág. 561; También coincide en los dos primeros criterios Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 38 y 39.

Ciertamente la definición de tiempo de trabajo, tal y como emana de la Directiva 2003/88/CE y la jurisprudencia contraponiendo el tiempo de trabajo al de descanso presenta en la actualidad ciertas insuficiencias. Empieza a generar mucha inseguridad jurídica frente a los modelos flexibilizadores que predominan en las políticas nacionales. También la evolución del mercado de trabajo, con la presencia de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información hacen más complejo el encuadramiento de periodos de trabajo o no trabajo. Un crecimiento de la disponibilidad del trabajador hace que se devalúen los límites temporales de la prestación de servicios[132]. Tampoco se adecua a las necesidades actuales de los trabajadores que, indudablemente demandan una mayor soberanía en la gestión de su tiempo para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar.

Por otro lado, dentro de la estructura binaria, lo que se considera tiempo de descanso, a menudo se configura como un espacio demasiado genérico, en el que se pueden dar situaciones en las que el trabajador tienen algún tipo de obligación contractual. La difusión de los límites entre el descanso y el trabajo implica que se pueda desnaturalizar el derecho al descanso[133].

Por todo ello, se podría justificar la presencia de un tercer tiempo, un tiempo de *stand-by* o de apoyo al trabajo, en el que se comprendieran aquellas situaciones conflictivas que en el mercado actual no encajan en el modelo binario. Me refiero a los tiempos de "*ex ante"* o "*ex post"* de la prestación laboral[134]. Esto es, aquellos periodos de desplazamiento al centro o lugar de trabajo, al acceso o salida, a los cambios de vestuario o al tiempo de guardia o disponibilidad entre otros. Siguiendo la jurisprudencia sobre este tiempo debería atender a unos criterios específicos para poder diferenciarlo claramente del tiempo de trabajo y del de descanso. Debido a su especificidad, sería justo que su regulación se tratara mediante la negociación colectiva. La autonomía colectiva es la que tiene la facultad de extender la consideración de tiempo de trabajo efectivo a las zonas grises. La autonomía colectiva, atendiendo a los criterios expuestos y desarrollados por la jurisprudencia europea (criterio espacial, criterio de autoridad y criterio profesional), deben evaluar en el caso concreto si se limita o no la libertad personal del trabajador. Sin embargo, se advierte que no cabría una interpretación restrictiva de este tiempo de *stand-by* o de apoyo al trabajo, porque chocaría con los límites de lo que se considera tiempo de trabajo. Además debe de entenderse comprendido junto a este para computar los límites máximos de la jornada y los descansos obligatorios semanales y diarios. De permitir una negociación restrictiva de esta cuestión podría cernirse la amenaza de precarizar aún más los límites temporales del trabajo, arrastrando fuera del tiempo de trabajo efectivo situaciones que la jurisprudencia sí las considera como tal. En definitiva, el objetivo de este tiempo de *stand-by* debe ser el de incluir aquellas zonas grises que por implicar obligaciones más laxas de la relación contractual, la jurisprudencia las está entendiendo como tiempo de descanso. Es una figura tiene como finalidad rescatar del tiempo de descanso todas aquellas situaciones en las que las personas trabajadoras tienen ciertas obligaciones contractuales latentes (como en guardias no presenciales con mucha libertad de movimiento y poca incidencia de llamada a puesta a disposición, tiempos de preparación del trabajo o de desplazamiento, entre otros).

En resumen, para definir de forma completa el tiempo de trabajo debemos de ofrecer tres conceptos:

[132] *Cfr.* Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 37.

[133] *Cfr.* San Martín Mazzucconi, C. "Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 203.

[134] 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, Aranzadi, 2022.

Primero. El tiempo de trabajo, entendido como la ordenación cronológica de los deberes que se han de realizar de forma efectiva, físicamente en el lugar designado para ello bajo la dirección y organización del empleador.

Es una ordenación cronológica porque se refiere al aspecto del tiempo de trabajo referente a la jornada de trabajo y a computar mediante unidades de medida temporales cuánto trabajo se va a realizar a lo largo de la vida laboral. Es distinto, por lo tanto, de la duración del contrato de trabajo.

Se realiza de forma efectiva para cumplir el criterio profesional, en el que para que se considere tiempo de trabajo el trabajador debe prestar las funciones que le sean encomendadas, aunque no impliquen producción material o acciones de hacer.

Esos deberes se ejecutarán de forma física, es decir, por el trabajador de manera intransferible, atendiendo a los rasgos del trabajo por cuenta ajena en el lugar que el empresario designe para ello. Cumpliendo así con el criterio espacial. No tiene por qué ser un centro de trabajo, sino que se incluye el trabajo *in itinere* o las nuevas modalidades de trabajo que puedan desarrollarse a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Será bajo la dirección y organización del empleador (criterio de autoridad), ya que para que sea tiempo de trabajo se deberá estar al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo.

Segundo. El tiempo de *stand-by* o de apoyo al trabajo. Constituye aquel periodo intermedio de desplazamiento, disponibilidad o preparación al trabajo. Debe atender a criterios particulares que se valorarán por la autonomía colectiva. Podrá tener una remuneración diferente al tiempo de trabajo efectivo, tal y como permite la jurisprudencia[135]. En todo caso deberá ser remunerado, ya que implica una limitación, por mínima que sea, de la total libertad de organización y esparcimiento del trabajador en su gestión del tiempo. Se configura como un complemento para expandir los límites de lo que se considera trabajo. De esta forma se podrá mejorar mediante negociación colectiva la inclusión de periodos intermedios que se podrán remunerar aunque sea de forma distinta al tiempo de trabajo efectivo y que antes se venían incluyendo en el tiempo de descanso. En todo momento este tiempo debe incluirse para computar los límites máximos de la jornada y del descanso diario y semanal.

Tercero. El tiempo de descanso. Constituye aquel tiempo que no puede considerarse ni de trabajo ni de *stand-by* o de apoyo. En él el trabajador no tendrá obligación contractual alguna debiendo garantizarse el reposo efectivo. Entre sus objetivos está asegurar el descanso psíquico y físico del trabajo, de forma que haya una desconexión real de cualquier tipo de relación con la prestación de servicios. Cuestión muy importante y ligada a los nuevos derechos de desconexión digital de los trabajos relacionados con las nuevas tecnologías. El tiempo de descanso debe estar gestionado libremente por el trabajador no sólo para estructurar su ocio y tiempo libre, sino para poder garantizar su desarrollo personal, cultural y social. Finalmente es el espacio a través del cual debe estructurarse la conciliación de la vida laboral y familiar.

Considero que esta estructura de la distribución del tiempo de trabajo supliría muchas de las deficiencias comentadas sobre el binomio descanso/trabajo. Podría adecuarse mejor a las nuevas formas de trabajo, sobre todo ser un instrumento frente a la peligrosidad de la conexión permanente en el trabajo y como garantía al derecho de la desconexión digital. Puede ayudar también a una mejor organización de la conciliación de la vida familiar y laboral al establecer unos límites más concretos de donde empiezan y donde acaban las horas concretas en las que el trabajador debe estar disponible

[135] Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019 de 19 de noviembre (núm. rec. 1249/2017).

para prestar sus servicios y, finalmente, se configuraría como una oportunidad para que la negociación colectiva mejore la delimitación de donde empieza y donde acaba el tiempo remunerado.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio nos ha ocupado el hecho jurídico del tiempo de trabajo. Específicamente su conceptualización. El objetivo, recordemos, ha sido ofrecer un análisis detenido y crítico sobre cómo se define el tiempo de trabajo. A modo de conclusiones vamos a sintetizar aquellas cuestiones que, a lo largo de esta exposición, han suscitado mayor crítica para, a continuación, ofrecer alternativas eficaces.

Primero. Valoración sobre el sistema de fuentes.

Con respecto al sistema de fuentes en materia de tiempo de trabajo, se ha repasado el marco internacional, constitucional y legal. En el internacional, es patente la leve incidencia de la normativa de la OIT en cuestión de tiempo de trabajo, aunque sí que persiste su vigencia en algunas cuestiones como en la regulación de las vacaciones. La Directiva 2003/88/CE, en su ámbito de aplicación, supone el principal instrumento de protección del tiempo de trabajo y, junto con los convenios de la OIT, se integra en nuestro ordenamiento de fuentes. La Carta Social Europea cada vez adquiere mayor relevancia y empieza a erigirse como un instrumento influyente en la regulación del tiempo de trabajo. Si bien su aplicación ha venido siendo limitada, parece que hay una tendencia hacia una mayor integridad.

En el marco constitucional, la jornada de trabajo se regula en el artículo 40.2 CE, de forma separada al derecho del trabajo (art. 35 CE) y al de libertad de empresa (art. 38 CE). De hecho, no se reconoce como derecho a nivel constitucional, sino que es un mandato a los poderes públicos. Esto implica que, en su desarrollo normativo posterior, su protección se haya visto infravalorada frente a la libertad de empresa que sí se reconoce como un derecho fundamental. En general, esto ha facilitado la óptica flexibilizadora de las sucesivas reformas del del Estatuto de los Trabajadores que han afectado al tiempo de trabajo. Debemos concluir que a nivel de sistema de fuentes constitucional esto genera una situación insuficiente en la defensa del tiempo de trabajo. La distribución horaria de la jornada es una de las condiciones laborales esenciales de las personas trabajadores, por lo que su protección constitucional debería estar ligada a la del derecho al trabajo, con similar protección como derecho fundamental. De esta forma se estaría a una protección constitucional más acorde con la lógica europea de garantizar la salud y el descanso en el trabajo. En efecto, en el cuadro europeo, la protección del tiempo de trabajo es uno de los principales pilares del sistema de garantías del mercado común.

Por otro lado, el equilibrio entre la ley y la autonomía colectiva también ha fluctuado a lo largo del tiempo. La tendencia en las últimas reformas ha sido la de introducir elementos de presión a los representantes de los trabajadores para establecer pactos en los que se favorece la dirección empresarial. A pesar de ello, la regulación convencional del tiempo de trabajo es prolija y su utilidad es innegable. Es el instrumento más eficaz para adaptar las necesidades organizativas en tiempo de trabajo al caso concreto de cada empresa o sector de actividad. Es un mecanismo de flexibilización de los límites legales de la jornada y el medio por el cual, con mayor o menor éxito, se aplica la conciliación de la vida laboral y profesional.

Recapitulando, el sistema de fuentes en materia de tiempo de trabajo es pluralista. Incardina heteronomía y autonomía colectiva y privada. El equilibrio entre las fuentes es desigual. La ley como norma mínima ya no sólo prevé la intervención de la negociación colectiva para mejorar

las condiciones de trabajo (y de tiempo de trabajo), sino que también potencia dicha negociación como elemento flexibilizador para facilitar la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades del empresario. Igualmente, en los últimos años se ha dado más importancia a la negociación individual frente a la colectiva, lo que también supone que la balance se decante para la parte empresarial en la negociación. En esta espiral de lógica económica se olvida el principal objetivo que tiene la ordenación del tiempo de trabajo y la limitación de jornada que es la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Sería deseable que el sistema de fuentes se reordene para blindar el equilibrio de intereses en la ordenación del tiempo de trabajo. Protegiendo un papel balanceado entre el poder de negociación de los empresarios y de los trabajadores. La flexibilidad debe existir, pues de ahí parte la especificidad para cada empresa o sector. Pero debe de hacerse teniendo en cuenta unas garantías mínimas y manteniendo la capacidad de defensa de estas por los trabajadores. En definitiva, se reclama un nuevo equilibrio entre heteronomía y autonomía colectiva que potencie los criterios de salud, conciliación y descanso en materia laboral. Para ello sería necesario, en primer lugar reconocer y estructurar correctamente las fuentes que afectan al Derecho del Trabajo en general y al tiempo de trabajo en particular, de forma que se fomentara la aplicación práctica de fuentes de escasa aplicabilidad como la Carta Social Europea. En segundo lugar, a nivel constitucional sería recomendable dotar a la organización del tiempo de trabajo el carácter fundamental que tiene el derecho a la libertad de empresa o al derecho al trabajo y, en tercer lugar, deben limitarse los ya comentados mecanismos que hacen prevalecer los intereses empresariales siguiendo una óptica económica. Esto implica una revisión de cada uno de los preceptos aludidos introducidos en las sucesivas reformas que han flexibilizado la gestión del tiempo de trabajo.

Segundo. Una reconstrucción terminológica del tiempo de trabajo. El tiempo de apoyo al trabajo o de stand-by

Como se ha dicho, la construcción de la definición del tiempo de trabajo debe empezar por la Directiva 2003/88/CE, que establece el binomio trabajo/descanso, de forma que o bien el tiempo es de trabajo o es de descanso, sin término medio. Esto genera múltiples zonas grises y situaciones de difícil clasificación que han obligado al TJUE a presentar unos criterios jurisprudenciales precisos. Si bien esta situación da origen a una inseguridad jurídica patente en materia de tiempo de trabajo, no parece adecuado culpar a la normativa europea. Ésta debe entenderse como una norma mínima, con las bases de la materia y que lógicamente no puede estar enfocada a intentar regular por completo todos los aspectos de la cuestión. Esta función debería cumplirse por la normativa interna y la negociación colectiva. Además, sí que debe valorarse como positiva la prioridad que da la Directiva 2003/88/CE y el TJUE a la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo. Una postura que ha sido motor de transformación de la jurisprudencia y la normativa nacional para obtener un concepto de tiempo de trabajo más garantista.

Los Convenios de la OIT no tienen mayor trascendencia en la definición del tiempo de trabajo en España. La norma interna y la europea presentan más garantías y se encuentran más actualizadas, a pesar de sus deficiencias, que la normativa de la OIT. Sin embargo, sí es cierto que debe reconocerse el valor de la ordenación del tiempo de trabajo que la OIT ofrece en el contexto internacional, siendo la norma de mínimos más universal en la actualidad y el referente en esta materia en otros ordenamientos de derecho comparado.

La conclusión que se extra del análisis conjunto de la normativa interna con la europea nos da, lo que podríamos entender como el concepto más desarrollado de tiempo de trabajo hasta la fecha. Se han distinguido los términos jornada diaria, jornada de trabajo, horario de trabajo y tiempo de trabajo efectivo. Jornada diaria debe entenderse como todo el periodo en el que se presta servicio incluyendo la jornada de trabajo y los descansos asociados a los mismos. Jornada de trabajo se corresponde al

tiempo en el cual la persona trabajadora efectivamente está prestando servicios. Horario de trabajo, por otro lado, debe distinguirse como el instrumento para definir el inicio y el final de la prestación del servicio en la jornada, así como los tiempos de descanso. Es un elemento redistributivo del tiempo de trabajo para saber en qué lapso de la jornada se trabaja y cual se descansa. Finalmente, el tiempo de trabajo efectivo es el término más complejo. A raíz del análisis conjunto de sus alusiones en el Estatuto de los Trabajadores se establecen dos criterios para saber cuándo estamos en tiempo de trabajo efectivo. Son el criterio temporal o cuantitativo, entendido como aquel que el trabajador pasa en el centro de trabajo, y el criterio material o cualitativo entendido como aquel en el que el trabajador está desarrollando la actividad efectivamente. Ahora bien, esta definición legal debe completarse con los matices jurisprudenciales del Tribunal Supremo que une la jurisprudencia europea a la singularidad del artículo 34 ET. A modo de ejemplo, la STS 784/2019, de 19 noviembre (núm. rec. 1249/2017) cristaliza los criterios que deben tomarse para entender tiempo de trabajo o no determinada situación. Todo con el fin de encuadrar esas zonas grises que mencionábamos en el tiempo de trabajo o tiempo de trabajo.

Finalmente, dado este variado abanico terminológico, se ofrece una propuesta conceptual a través del análisis doctrinal del término. En el escenario de una reforma legal del estatuto sería deseable una estructuración planificada de los distintos conceptos. Vemos que el principal problema es que muchos términos no tienen definición legal y han tenido que ser construidos por la jurisprudencia y la doctrina. Mejoraría la estructuración de toda la terminología si se recogiera un glosario a nivel normativo, de forma que se fijasen concretamente las distintas definiciones de jornada diaria, jornada de trabajo y horario de trabajo. Un glosario que pudiera servir de punto de partida se recoge en la Directiva 2003/88/CE.

Con respecto al tiempo de trabajo efectivo, es el término que más necesita una precisión terminológica. La compleja construcción que se hace de la noción del tiempo de trabajo a través de la Directiva 2003/88/CE, la jurisprudencia del TJUE, el Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo hace que prácticamente haya que estudiar caso por caso, para extraer unos criterios más o menos uniformes de lo que se entiende como tiempo de trabajo. Esto genera inseguridad jurídica en aquellas zonas grises que no sabremos si integrarlas en el descanso o en el trabajo. Una correcta definición del tiempo de trabajo efectivo, recogiendo los criterios jurisprudenciales que se han expuesto sería muy conveniente. Si no se delimita adecuadamente lo que se considera tiempo de trabajo, muchas situaciones intermedias en las que el trabajador no está totalmente liberado de las obligaciones contractuales, podrían quedar incluidas en este.

Por todo ello, se propone la construcción legal de un nuevo término: el tiempo de *stand-by* o de apoyo al trabajo, entendido como aquel que el trabajador emplea a modo de preparación para el trabajo o de salida del mismo, en el que podrían incluirse tiempos de desplazamiento, guardias no presenciales con muy poco control sobre el trabajador, o aquellos supuestos en los que, a pesar de mantenerse obligaciones contractuales, los tribunales están entendiendo que se está en tiempo de descanso. Esta figura, como así lo aprueba el Tribunal Supremo[136], podría tener una remuneración inferior al tiempo de trabajo efectivo, pues se entiende que no se está prestando servicio de forma activa.

El objetivo de esta triple estructura del tiempo (trabajo, descanso y *stand-by*) es delimitar de forma precisa cuándo empieza en la jornada la obligación contractual y cuándo no la hay y se tiene plena libertad. Esta es una cuestión cada vez más necesaria frente a los riesgos de la conexión permanente al trabajo. Se busca garantizar el derecho a la desconexión digital, el derecho a la conciliación familiar y laboral y potenciar la negociación colectiva para que se saquen del tiempo de

[136] Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019 de 19 de noviembre (núm. rec. 1249/2017)

descanso todas aquellas situaciones que realmente mantienen ligados a los trabajadores con el trabajo en su tiempo libre.

Las bondades de este sistema son numerosas. Estaríamos ante una tercera figura que relajaría las tensiones que surgen por los cambios económicos y empresariales de la evolución de la realidad empresarial. En los casos jurisprudenciales estudiados hemos comprobado como la mayor parte del tejido productivo comienza a adoptar formas de organización más complejas. La jornada laboral ya no se reduce a unos tiempos de trabajo presenciales en el centro de trabajo. La alta conectividad y la incidencia de los medios tecnológicos favorecen nuevas formas de gestión del tiempo de trabajo que necesitan de formas de regulación distintas que eviten abusos.

En una breve reflexión final sobre este artículo debemos reincidir en la necesidad de volver a poner en el centro de la regulación del tiempo de trabajo el derecho a la seguridad y la salud. Llevamos mucho tiempo observando transformaciones flexibilizadoras orientadas en posturas economicistas y que no han tenido impactos reales ni en la productividad ni en el empleo. Una ordenación del tiempo del trabajo moderna y eficiente debe pasar por garantizar el descanso efectivo, el ocio y la conciliación familiar y laboral. Esto se consigue poniendo en el centro a la persona trabajadora, haciéndola partícipe de las medidas flexibilizadoras, de forma que no se le relegue a un mero factor productivo. En el contexto de una economía tan volátil como la que nos trae la presente revolución tecnológica la persona trabajadora debe poder gestionar sus descansos con desconexión total, para luego ser más eficiente y afrontar el trabajo con mayor motivación. Es cuestión de compaginar obligaciones contractuales con la realización personal. En este sentido, esto beneficiará a la empresa, que tendrá herramientas para organizar el tiempo de trabajo de forma dinámica, atendiendo a sus necesidades productivas y organizativas, pero en consideración con los intereses de los trabajadores.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, M.: "La jornada de trabajo en las normas de la OIT" en AA.VV. Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.): *"La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes.* Granada, Comares, 2014.

Durkheim, E., *Escritos Selectos,* Introducción y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim" (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

Almendros González M.A.: "Tiempo de trabajo efectivo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020.

Aragón Gómez, C.: La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que al respecto ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STJUE 21-2-2018, asunto matzak, relativa a las guardias de localización, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2018.

Basterra Hernández, M.: "El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español". *Documentación Laboral*, núm. 116, (Vol. I), 2019.

Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Burgos Herrera, E. *et al., Jornada Laboral, Vacaciones, Permisos y Suspensión del Contrato de Trabajo,* Cizur Menor, Aranzadi 2005.

Escribano Gutiérrez, J. "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo" en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020.

Espuny Tomás, M.J.: "El tiempo del trabajo: la ordenación histórica de una conquista laboral" en *Anuario de historia del Derecho Español*, nº 67, 1997.

Fernández Márquez, O. "Flexiseguridad y tiempo de trabajo en la ordenación de la actividad asalariada en España" en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 135, 2018.

García Murcia, J. "Constitución y ley" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *El sistema de fuentes de la relación laboral,* Universidad de Oviedo, 2007.

García Ninet, J.I. "La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* nº 147, 2020.

García Ninet, J.I. y Vicente Palacio, A.: "La jornada" en AA.VV. García Ninet, J.I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores,* Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

García Romero, B.: "Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos. STJUE (Sala Décima) de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-107/19). *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes),* 2022.

García-Perrote Escartín, I. *Manual de Derecho del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 13º Ed.,2023.

González Martínez, J.A. "Jornadas especiales de trabajo: ampliaciones, reducciones y exclusiones" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Guindo Morales, S. y Gabriel Ortega Lozano, P. (Dirs. y Coords.) *El desafío tecnológico en el derecho del trabajo en la era de la cuarta revolución industrial,* Madrid, Atelier, 2023.

Igartua Miró, M. T.: "La flexibilización del tiempo de trabajo", Trabajo y Derecho, núm. 13, 2021.

Igartua Miró, M.T *Ordenación flexible del tiempo de trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Igartua Miró, M.T, "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", *Temas laborales*, nº 147/2019.

Iglesias Cabero, M. "Cómputo de la jornada efectiva de trabajo", en AA.VV., De la Villa Gil, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991.

Kahale Carrillo, D.T. "La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la OIT" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Maldonado Montoya, J.P. "El tiempo de trabajo a través de la historia: del génesis al cibertiempo" AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Martínez Yáñez, N.M.: "Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004.

Meléndez Morillo-Velarde, L. "La organización del tiempo de trabajo: de la jornada ordinaria a los mecanismos de distribución irregular" en AA.VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Menéndez Sebastián, P. y Ceinos Suárez, P. "Norma Internacional" en AA.VV., García Murcia, J. (Coord.) *El sistema de fuentes de la relación laboral,* Universidad de Oviedo, 2007.

Merino Senovilla, H., "Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. El papel de la regulación tradicional y los nuevos contenidos", *Revista de Derecho Social,* nº 2, 1998.

Molina Navarrete, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

Monereo Pérez J.L., y Ortega Lozano, P.G., "La vigencia y ultraactividad de convenios en el marco del modelo constitucional de negociación colectiva" en AA.VV. Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Rodríguez Escanciano, S. (Dir.), Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), Ortiz Castillo, F. (Coord.), *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo,* Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J.L., y López Insua, B.M.: "Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (artículo 2)", 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.

Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A.: "De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea" *La Ley Unión Europea*, número 98, 2021.

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, Aranzadi, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 21º edición, 2023.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C.: "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión y oficio: principios institucionales del mercado de trabajo (artículo 35.1 CE)", y "El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho del empleo (artículo 40 CE)", 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.

Monereo Pérez, J.L., 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.

Monereo Pérez, J.L.: "Condiciones de trabajo justa y equitativas (artículo 31)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (artículo 3)", 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.

Monereo Pérez, J.L.: "El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial", en *La Ley Unión Europea*, número 92, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo. Laborum*, núm. 4.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. Y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación" en *Documentación Laboral*. Nº 125, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024.

Monreal Bringsvaerd, E.: *La jornada de trabajo: Ley y Convenio colectivo*, Madrid, CES, 2005.

Nogueira Guastavino, M.: "El final de un principio y el comienzo de un derecho: las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión en materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019, núm. 142.

Normlex, Sistema de Información sobre la Normas Internacionales del trabajo asociado a la Organización Internacional del Trabajo. Recurso web: Listado de Convenios de la OIT en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000

Ortega Lozano, P.G.: "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes" en *Revista de derecho social,* núm. 92, 2020.

Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S.: "Status quaestionis sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, núm. 221, 2019.

Ortega Lozano, P.G., "Criterios para la consideración del 'tiempo de trabajo efectivo': los supuestos más recientes", en *Revista de derecho social*, núm. 92, 2020.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringsvaerd, E.J., "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 58, 2005.

Poquet Catalá, R.: Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria (STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak), *Temas Laborales*, núm. 146, 2019.

Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, C.L. *El registro de jornada,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Roqueta Buj, R.: "La jornada de trabajo y su determinación", en CCNCC (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), Goerlich Peset, J.M. (Coord.): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Colección Informes y Estudios*, núm. 86, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

Sáez Lara, C.: "Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.

Salcedo Beltrán, C., "Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la "indiferencia" y "resistencia" a la Carta Social Europea", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2019.

Salcedo Beltrán, M.C., "Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías", *Documentación laboral*, nº 125, 2022.

Salcedo Beltrán, M.C.: "Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia"*, Revista General de Derecho Europeo,* nº 56, 2022.

San Martín Mazzucconi, C. "Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica" en AA. VV. Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dirs. y Coords.) *La reordenación del tiempo de trabajo,* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

San Martín Mazzucconi, C.: "La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial", en AA.VV., Kahale Carrillo, D.T. (Dir.) *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar* , Navarra, Aranzadi, 2020.

Sanguineti Raymond, W. *et al.*: "Empresa, empresario, empleador" en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 5, 2017.

Trillo Párraga, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales,* Valladolid, Lex Nova, 2010.

Velasco Fernández, D.: "Cómputo de tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad. Comentario a la STS 18 abril de 2023" en AA.VV. *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2023.

Vila Tierno, F.: "Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales" en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La colaboración público-privada en las políticas de empleo en el País Vasco a la luz de la nueva Ley vasca de Empleo

Public-private collaboration in employment policies in the Basque Country after the new Basque Employment Law

Irene Martínez Martínez *Investigadora predoctoral*[1]
Universidad de Deusto
https://orcid.org/0009-0009-7415-3687

Cita Sugerida: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, I. «La colaboración público-privada en las políticas de empleo en el País Vasco a la luz de la nueva Ley vasca de Empleo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 163-189.

Resumen

El pasado 29 de diciembre de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco la Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo, que constituye la primera Ley vasca de Empleo y se configura como la primera norma autonómica de empleo aprobada tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Complementaria a esta, sigue y potencia su apuesta por la colaboración público-privada en las políticas de empleo con el objetivo de mejorar la «empleabilidad» de los ciudadanos y sus posibilidades de obtener y mantener un empleo digno. El presente trabajo analiza las principales medidas introducidas por la Ley vasca de Empleo, en relación con aquellos cambios promovidos por la Ley estatal de Empleo de 2023; con especial atención a su incidencia en la colaboración público-privada en materia de empleo.

Palabras clave

Ley de Empleo, empleabilidad, colaboración público-privada, servicio público de empleo, Lanbide, País Vasco, Euskadi

Abstract

On the 29th of December 2023, the autonomous region of the Basque Country issued Act 15/2023, its first Employment Act becoming in fact the first regional employment law enacted after the adoption of the Spanish Employment Act (Act 3/2023). Complementary to the latter, the Basque Employment Act incentivizes public-private partnership on employment policy in order to increase its workers' «employability» and, therefore, their ability to obtain and preserve a decent work. This paper analyzes main measures introduced by the Basque Employment Act, in relation with the changes triggered by 2023 Spanish Employment Act ; focusing mainly on its impact on public-private partnership on employment policy.

Keywords

Employment Law, employability, public-private partnership, public employment service, Lanbide, Basque Country, Euskadi

1. EMPLEABILIDAD Y EMPLEO DIGNO COMO OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

Las políticas de empleo, tanto en su vertiente activa -tendente a la mejora de la empleabilidad de los ciudadanos, conseguir el pleno empleo, reducir el desempleo y garantizar la eficacia del derecho a un empleo digno[2]-, como en su vertiente tuitiva o pasiva -dirigida a amparar a aquellos ciudadanos que se encuentren en situaciones merecedoras de protección-, lejos de ser meras declaraciones de

[1] Beneficiaria del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación del Gobierno Vasco (Orden de 20 de junio de 2023, del Consejero de Educación, por la que se establecen las bases de la convocatoria de las ayudas nuevas y renovaciones para el Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor correspondiente al curso 2023-2024).

[2] Sempere Navarro, A. V.: «Reivindicación de la Ley de Empleo», *Revista Aranzadi Doctrinal núm.8,* Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2023, p. 2.

Fecha Recepción: 07/09/2024 - Fecha Revisión: 10/09/2024 - Fecha Aceptación: 16/09/2024
Pags. 163-189

intenciones, deben constituir una verdadera hoja de ruta para la consecución de los objetivos en materia de empleo de un país. Estos objetivos se definirán con base en los desafíos a los que cada territorio se enfrenta, y tomando en consideración su propio contexto y estado de desarrollo.

En España, en concreto, los objetivos de las políticas de empleo son marcados por el legislador a través de las leyes de empleo que, a su vez, se plasman en planes y programas que la vertebran y que desarrollan las medidas concretas que se ponen en marcha para ejecutar dichas políticas[3][4].

En el contexto actual de nuestro país, la política de empleo bascula sobre el concepto de «empleabilidad», entendida como el «conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo»[5], y se dirige hacia su consecución y mejora. Es decir, no se conforma con facilitar el hecho de encontrar y conservar un trabajo cualquiera, sino que ha de promover el trabajo decente, en los términos de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, «OIT»), a través de la creación de puestos de trabajo con base en el respeto a las normas internacionales, la protección social y los derechos fundamentales de los trabajadores[6].

El legislador, ante la previsión constitucional del derecho «al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente» en su artículo 35, ha optado por configurar esta «empleabilidad» como un derecho de los demandantes de los servicios públicos de empleo y, en consecuencia, un deber para los servicios públicos de empleo de mantenerla y mejorarla[7].

En cualquier caso, la idea de «empleabilidad» no constituye un concepto sencillo de delimitar ni, por lo tanto, de perseguir como objetivo principal de la política de empleo actual. Es una noción que pone en relación atributos o factores internos y personales del trabajador con factores externos como son la oferta y la demanda de empleo[8] y, por ello, resulta indispensable que se aborde desde una política de empleo transversal y global.

2. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN ESPAÑA

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución Española (en adelante, «CE»), se impone a la Administración Pública el deber de atender los intereses generales de los ciudadanos con arreglo a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento a la ley y al Derecho. No obstante, nada se dice en relación con que esta función deba llevarse a cabo de forma directa o monopolística; por lo que la gestión de este servicio público a la

[3] Sempere Navarro, A. V. (2023), *op.cit*., p 11.

[4] Como veremos a continuación, en la actualidad, al amparo de la Ley de Empleo de 2023, estos documentos son 1.º) La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo. 2.º) El Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno. 3.º) El Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.

[5] Artículo 3.b de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, «BOE» núm. 51, de 01 de marzo de 2023.

[6] OIT: *Políticas nacionales de empleo: Una guía para las organizaciones de trabajadores*, 2015, Ginebra: OIT, p. 1.

[7] Sempere Navarro, A. V., 2023, *op.cit*., pp. 3-4.

[8] THE ADECCO GROUP INSTITUTE, UC3M: *Informe: nueva Ley de Empleo. Políticas activas y colaboración público-privada*, 2023, https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2023/11/I-informe-ley-empleo.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

colectividad puede ser directa, pero también indirecta o mixta[9], con la participación de otros agentes, públicos o privados.

De hecho, el artículo 40 CE insta a los poderes públicos «de manera especial» a realizar una política orientada al pleno empleo, pero sin imponer que deban ser los únicos agentes implicados en el desarrollo de dichas políticas o en su ejecución, lo que abre la puerta a la participación de otros entes en colaboración y coordinación con los servicios públicos.

Dentro de este marco constitucional, la colaboración público-privada en materia de empleo surge a partir de la cooperación entre el sector público y privado en el diseño y ejecución de las políticas de empleo[10] y se erige en la actualidad como un elemento estructural de los mercados de trabajo contemporáneos[11], cuyo desarrollo y evolución se encuentran fuertemente vinculados a las resoluciones de la OIT y al Derecho de la Unión Europea[12].

No obstante, esto no ha sido siempre así y no hace falta remontarnos tantos años atrás para ver una realidad completamente diferente. En el siglo XX las iniciativas privadas en materia de colocación e intermediación laboral fueron sustituidas por los servicios públicos de empleo conforme fue aumentando la regulación del mercado de trabajo. Ello no solo imposibilitó la existencia de colaboración público-privada, sino que supuso la expulsión de la iniciativa privada de esta rama de actividad, como se plasma en el articulado de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo[13], que configuró la actividad de colocación como nacional, pública y gratuita y prohibió la existencia de agencias privadas de colocación (art. 40).

Tras una etapa de exclusividad y monopolio jurídico de este servicio por parte del Servicio Público de Empleo, el modelo comienza a cambiar con la promulgación del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación[14]. Esta norma permitía, bajo determinadas condiciones, la existencia de agencias de colocación, previa autorización del Servicio Público de Empleo y en colaboración con este; eso sí, siempre y cuando no se realizara con fines lucrativos. Comienza así una fase de progresiva apertura y liberalización de este tipo de actividades y servicios, motivada por un cambio de paradigma incentivado por la OIT[15] en relación con los agentes privados[16] y del cual tomó el relevo la Unión Europea (en adelante, «UE») -en particular, a través de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE en materia de Derecho de la Competencia[17]-.

Ya en 2010, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo[18] se habilitó la posibilidad de que las agencias de colocación pudieran tener ánimo de lucro y actuar bien en colaboración con el Servicio Público de Empleo, bien de forma autónoma, lo que permitió incrementar la participación de entes privados profesionales que incidieron de manera

[9] Rodríguez Escanciano, S.: «Colaboración privada en el servicio público de colocación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm.10,* Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2013, p. 1.

[10] ASEMPLEO: *La Colaboración Público-Privada en el mercado de trabajo: experiencias compradas y posibilidades para España,* 2014, https://asempleo.com/servicio/informes/Informe_CPP.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

[11] Rodríguez-Piñero Royo, M.: «Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español», *Temas Laborales*, núm. 125/2014, 2014, pp. 53-87.

[12] A título de ejemplo el Convenio de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (núm. 181), 1997.

[13] «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

[14] «BOE» núm. 292, de 7 de diciembre de 1993.

[15] Convenio núm. 181 de la OIT.

[16] Rodríguez-Piñero Royo, M., 2014, *op.cit.*, pp. 53-87.

[17] A título de ejemplo la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 1991, Klaus Höfner & Fritz Elser vs. Macrotron GmbH, (C-41/90).

[18] «BOE» núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

competitiva en la intermediación laboral. Además, se abre la posibilidad de gestionar las políticas activas de empleo a través de la colaboración con entes públicos y privados, si bien preservando en todo momento la centralidad de los servicios públicos de empleo y promoviendo su fortalecimiento.

En este mismo año, el Real Decreto 10/2010[19] procede a regular la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro y a configurarlas como colaboradoras de los servicios públicos, previa autorización, cuando suscriban convenios de colaboración con esto y sometidas a su control e inspección.

Esta colaboración público-privada «en la intermediación laboral y el desarrollo de las políticas activas de empleo», fue revindicada igualmente por la reforma que el Real Decreto Ley 2011[20] efectuó sobre la Ley de Empleo de 2003 y por la Estrategia Española de Empleo 2012-2014[21]. Esta última, aportaba una útil definición de la colaboración público-privada entorno a tres conceptos: sinergias, corresponsabilidad y refuerzo de los servicios públicos de empleo. Es decir, se entiende la colaboración como una herramienta de apoyo a la modernización y el fortalecimiento de los servicios públicos, preservando así la centralidad de estos.

En cualquier caso, a pesar de las llamadas a la colaboración en la gestión de las políticas activas de empleo, se mantiene la consideración de la intermediación laboral como actividad de carácter público, esencial para la sociedad, lo que lleva a que la intervención de entes privados en esta materia se supedite a la exigencia de autorización administrativa previa, otorgada por los servicios públicos de empleo[22].

En el año 2012, con el fin de dotar de mayor dinamismo al mercado de trabajo fomentando su colaboración con el sector público,[23] la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[24], enfatizó el papel de las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, «ETT») como «agente dinamizador del mercado de trabajo» a través a de la reforma de su marco regulador y autorizándolas para operar como agencias de colocación.

Este fenómeno continuará su desarrollo legislativo y evolución en los años sucesivos a través de diversos documentos y resoluciones que han ido delimitando las características principales de la colaboración público-privada en materia de empleo y cuyo impulso definitivo lo supuso la adopción de la Estrategia Española de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 -que previó la colocación de determinados colectivos de trabajadores por parte de operadores privados- y del Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración con los servicios públicos de empleo en la inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas -aprobado en la reunión del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013-[25]. A través de este Acuerdo, se procedió a la selección de agencias de colocación privadas colaboradoras con el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, «SEPE») y

[19] Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, «BOE» núm. 147, de 17 de junio de 2010.

[20] Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. «BOE» núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

[21] Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. «BOE» núm. 279, de 19 de noviembre de 2011.

[22] Rodríguez Escanciano, S., 2013, *op.cit.*, p. 3.

[23] Arrieta Idiakez, F.J., «La reforma laboral de 2012descodificando reformas del anterior Gobierno, intentando implementar la extravagante flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* vol.60, núm. 1, 2012, pp: 57-79.

[24] «BOE» núm. 162, de 07 de julio de 2012.

[25] UGT: *La intermediación laboral. Trabajadores y trabajadoras nacionales de terceros países*, https://www.ugt.es/sites/default/files/node_gallery/Galer-a%20Publicaciones/intermediacionlaboral_ampliada.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

los servicios públicos de empleo autonómicos, listado que se actualizó el 31 de agosto de 2017. Estas agencias colaboradoras se comprometían a realizar actuaciones integrales en materia de orientación, formación, intermediación, ayuda en la búsqueda de empleo, captación de ofertas de trabajo y promoción de candidatos con el fin de garantizar la efectiva inserción laboral de los desempleados[26]. Este proceso aperturista en España se ha ido produciendo de manera simultánea y en paralelo a una progresiva descentralización territorial de los servicios públicos de empleo[27].

Desde entonces este fenómeno ha experimentado una notable evolución, especialmente en los últimos años con la promulgación de la Ley de Empleo de 2015[28] y, después, la actualmente vigente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante, «Ley estatal de Empleo-2023»)[29].

La diversidad y complejidad de los retos a los que se enfrentan las sociedades actuales llama a «una apertura de las instituciones públicas hacia el exterior»[30] y al incremento de las colaboraciones entre los sectores público y privado, generando así nuevas fórmulas o modalidades de prestación de servicios tradicionalmente prestados exclusivamente por la Administración. Las entidades del sector privado, a través de sus propios recursos, experiencias y competencias, se postulan en la actualidad como actores capaces de generar un valor añadido en la producción de resultados públicos[31] y pueden resultar «determinantes para dar respuesta a las necesidades sociales»[32].

Esta colaboración se ve especialmente propiciada por los cambios tecnológicos, que suponen un reto de gran complejidad y variabilidad que precisa de respuestas ágiles y eficaces; y a la vez facilitan la interconexión y ofrecen nuevas herramientas de colaboración. Las nuevas tecnologías, en el contexto actual de globalización, favorecen la creación de «espacios de cooperación en intercambio entre empresas y empresas-sociedad»[33].

Existen muchos otros factores que han redundado en un mayor aperturismo en lo que a la prestación de servicios tradicionalmente públicos se refiere. Por un lado, ante la prestación monopolística de un servicio por parte de una Administración pública, la introducción de competencia alienta un incremento en la eficiencia y eficacia[34]. Es por ello por lo que se considera que una más estrecha colaboración público-privada en la gestión de las políticas de empleo puede originar numerosas ventajas como un mayor acceso al talento, una mejor información del mercado de trabajo,

[26] Este acuerdo Marco fue suscrito por 14 Comunidades Autónomas entre las que no se encuentra el País Vasco. https://www.inclusion.gob.es/ca/w/aprobado-el-acuerdo-marco-de-intermediacion-laboral-con-las-agencias-de-colocacion (última consulta 30 de agosto de 2024)-.

[27] THE ADECCO GROUP INSTITUTE, UC3M: *Informe: nueva Ley de Empleo. Políticas activas y colaboración público-privada*, 2023, https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2023/11/I-informe-ley-empleo.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

[28] Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

[29] «BOE» núm. 51, de 01 de marzo de 2023.

[30] García Solana, M.J.: *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: Análisis del modelo del servicio público de empleo estatal y las agencias privadas de colocación (2010-2016)* (1ª edición ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 41.

[31] Bourgon, J.: Propósito público, autoridad gubernamental y poder colectivo, *Revista Del CLAD Reforma Y Democracia,* núm. 46*,* Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela, 2010, pp. 5–40., citado en García Solana, M.J., (2010), *op.cit.*, p. 42.

[32] García Solana, M.J., Pastor Albaladejo, G.: *La gestión compartida de servicios públicos. El caso del Proyecto de Vida Independiente*, 2012, citado en García Solana, M.J., (2010), *op.cit.*, p. 42.

[33] García Solana, M.J., (2010), *op.cit.*, p. 45.

[34] Pérez del Prado, D.: «La colaboración público-privada en la Ley de Empleo», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social,* 2023, pp. 153-180.

mejoras en términos de inclusión y, en definitiva, por lo tanto, un mejor funcionamiento del mercado de trabajo[35].

RODRÍGUEZ-PIÑERO[36] delinea las principales variables que han motivado la generalización de la colaboración con el sector privado. En primer lugar, es preciso destacar la progresiva liberación y descentralización del mercado de trabajo que, como hemos visto, ha ampliado el rango de actuación de los entes privados en la prestación de servicios para el empleo y ha contribuido a acercar dicha prestación de manera más focalizada en territorios concretos. Por otro lado, no se puede desconocer que estos procesos se ven acelerados como consecuencia de las limitaciones presupuestarias de las administraciones públicas, que deben mejorar la eficiencia y optimizar sus gastos. Esta lógica estaría detrás de propuestas de privatización que, sin embargo, en materia de políticas de empleo no se produce, abogándose por una complementariedad en lugar de por una sustitución por parte de las entidades privadas en la prestación de los servicios correspondientes. Por último, las fórmulas de colaboración se han visto también alentadas por las críticas a la ineficiencia de los servicios públicos de empleo. En términos generales, podríamos sintetizar diciendo que las tesis favorables a la colaboración público-privada consideran que esta fórmula es más eficiente en costes para las finanzas públicas, además de más eficaz en la consecución de los objetivos planteados.

Esta interrelación entre el sector público y el privado puede abordarse desde diversos enfoques, dando lugar a varias modalidades o fórmulas de colaboración público-privada con características y requisitos diferentes que también se han visto modificadas con el paso de los años.

En cualquier caso, lo cierto es que, especialmente gracias a las tecnologías de la información y la comunicación y a las redes sociales y otros tipos de plataformas, la mayor parte de las contrataciones -aunque también podríamos referirnos a otros elementos de la política de empleo como puede ser la formación o la capacitación- no tienen lugar como resultado del proceso de intermediación realizado a través de los canales oficiales, sino que se producen a través de una relación directa con las empresas, sin la intervención de intermediarios; o a través de intermediarios digitales privados que no tienen la consideración ni de agencia de colocación ni de ETT[37]. La empresa privada ha perdido la confianza en los servicios públicos de empleo que durante años no han sabido cómo atender a sus demandas a través de unos servicios de calidad que se ajustaran a sus pretensiones. Ello ha conducido a una progresiva separación entre el sector público y privado que, en definitiva, conduce a una incremental pérdida de control por parte del primero sobre los procesos de intermediación, colocación o incluso formación y, en consecuencia, sobre el adecuado cumplimiento de sus objetivos. Además, las colaboraciones que sí se han venido llevando a cabo, generalmente se han limitado a la concesión de subvenciones y otros incentivos a la contratación que no han dado los resultados esperados. Todo ello llama a un rediseño de los servicios a prestar por los servicios públicos de empleo, que verdaderamente aporten valor no solo a los usuarios-persona-desempleada, sino también a los usuarios-empleadores, parte indispensable para garantizar la consecución de los objetivos de las políticas de empleo, y a buscar nuevas fórmulas de colaboración con la iniciativa privada que permitan reforzar la centralidad de los servicios públicos de empleo en la materia, garantizando así que se cumplen dichos objetivos y que se respetan los derechos de los demandantes de empleo y de los trabajadores en general.

[35] Blasco de Luna, F. J., «Colaboración público-privada en materia de empleo», en ADECCO INSTITUTE: *Informe Ley de Empleo: políticas activas y colaboración público-privada*, Madrid, 2023, p. 29, https://www.adeccoinstitute.es/empleo-y-relaciones-laborales/nueva-ley-de-empleo/ (última consulta 30 de agosto de 2024); WORLD EMPLOYMENT CONFEDERATION, *Collaboration between Public and Private Employment Services*, World Employment Confederation, 2021, https://wecglobal.org/ (última consulta 30 de Agosto de 2024), citados en Pérez del Prado, D. (2023)., *op.cit.*, pp. 153-180.

[36] Rodríguez-Piñero Royo, M. (2014). «Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español», *Temas Laborales,* núm. 125, 2014, pp. 53–87.

[37] Rodríguez Escanciano, S., 2013, *op.cit.*, pp. 19-20.

3. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY ESTATAL DE EMPLEO DE 2023

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su Componente 23 denominado «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», se fija como objetivos en el ámbito del empleo reforzar el diálogo social y reformar el mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales, corrigiendo las debilidades estructurales existentes, para así «reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficacia y la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de las personas trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía»[38].

La promulgación Ley estatal de Empleo-2023, a la que, en este apartado en ocasiones nos referiremos simplemente como la Ley, es precisamente el resultado de la aplicación de este componente, y, más específicamente, de la Reforma 5 («Modernización de políticas activas de empleo»).

Así, con este afán modernizador es con el que el 1 de marzo de 2023 fue objeto de publicación en el BOE la Ley 3/2023 de Empleo, la cual, entre otros muchos aspectos, apuesta por reforzar la colaboración público-privada en materia de políticas de empleo.

Al igual que la Ley vasca de Empleo, que sigue la estela de esta, y que analizaremos a continuación, trata de garantizar el derecho a un trabajo digno y se fija como objetivo primordial mejorar la «empleabilidad» de los trabajadores, en los términos previamente definidos.

Si nos atenemos a la Exposición de Motivos de la Ley, esta pretende «potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo (…); la reforma de las Políticas Activas de Empleo; la revisión de la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo; (…)». Para ello, se estructuran seis títulos destinados a tratar las siguientes materias: política de empleo, servicios públicos y privados de empleo, políticas activas de empleo, cartera de servicios y servicios garantizados y compromisos de las personas y entidades demandantes de empleo, financiación y evaluación de la política de empleo.

La Ley define de forma detallada los objetivos de la política de empleo, así como los principios rectores de esta; los cuales habrán de guiar no solo la actuación de los servicios públicos de empleo sino también de las entidades que colaboren con estos en la prestación de los servicios concernidos, en tanto que se tratan, en todo caso, de servicios de carácter público, «con independencia de la entidad que la realice» (art. 8). Matiz importante que evidencia, como también pone de manifiesto PÉREZ DEL PRADO[39], que esta Ley supone un cambio de paradigma en lo que a la colaboración entre sector privado y público se refiere, pues implica pasar de delegar en entidades privadas aquellas tareas que el Estado no realiza de forma eficaz a «poner todos los recursos, públicos y privados, al servicio del Sistema Nacional de Empleo». En otras palabras, supone transitar de un modelo eminentemente sustitutivo a uno de colaboración e interdependencia entre los agentes privados y un Servicio Público de Empleo fuerte, capaz y garante de los derechos reconocidos por el ordenamiento en materia de políticas de empleo.

La Ley, en su título II, crea la Agencia Española de Empleo, a partir de la transformación del SEPE como organismo público encargado de «la ordenación, desarrollo y seguimiento de los

[38] Exposición de motivos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

[39] Pérez del Prado, D. (2023)., *op.cit.*, pp. 153-180.

programas y medidas de las políticas activas de empleo y de protección por desempleo, en el marco de lo establecido en esta ley» (art. 22). A continuación, atribuye las competencias que corresponden, por un lado, a esta Agencia Española de Empleo y, por otro, a los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, a quienes concierne «la gestión y desarrollo de las políticas activas de empleo, así como garantizar la prestación de los servicios de empleo, comunes y complementarios, previstos en esta ley» (art. 23).

A continuación, en su capítulo III del título II, se regula la colaboración de los servicios públicos de empleo tanto con entidades públicas como privadas, siempre en fórmula de coordinación o colaboración y teniendo en todo caso la consideración de servicio público, por lo que queda sujeta a los objetivos y principios rectores de la política de empleo definidos en la Ley. Esta colaboración entraña una obligación de transparencia y de información a los servicios públicos de empleo (art. 26) y podrá articularse a través de Acuerdos marco (art. 27), abogándose, por lo tanto, por el establecimiento de relaciones de colaboración con una mayor vocación de permanencia y estabilidad y en las que se garantice el control por parte de los servicios públicos.

El título III de la Ley se dedica a desarrollar las políticas activas de empleo, que define como «el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social»; para, a continuación, identificar como objetivos de esta elevar la empleabilidad, reducir la brecha de género, reducir la brecha entre oferta y demanda de empleo mediante mayor fluidez de información y eficiencia y eficacia de los servicios de empleo, especialmente en relación con los colectivos prioritarios, que se identifican en el capítulo V de este mismo título (art. 31).

La Ley estatal de Empleo-2023 supone una relevante ampliación de la cartera de servicios susceptibles de ser prestados a los usuarios de los servicios públicos de empleo. No obstante, esta ampliación de las actuaciones del Servicio Público de Empleo no resulta en detrimento, sino al contrario, de la colaboración con las entidades privadas, que se torna aún más necesaria si cabe ante la complejidad y heterogeneidad de los servicios a prestar.

Se prevé que estos servicios sean implementados por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias. No obstante, se contempla la posibilidad de que su gestión pueda llevarse a cabo a través de colaboración público-pública o público-privada. Esta colaboración se efectuará a través de «contratos-programa, la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa, especialmente mediante la suscripción de acuerdos marco, suscripción de convenios o cualquier otra forma jurídica ajustada a Derecho» (art. 32) incidiéndose, de nuevo, en el acuerdo marco como herramienta especialmente idónea para articular este tipo de relaciones.

Como parte de estos servicios, se da una relevancia especial a la formación en el trabajo (art. 33), consolidando así el derecho de los trabajadores a la formación a lo largo de la vida -sobre todo para aquellos con mayores dificultades o riesgos de inserción-; formación que se adapte a las transiciones digital y ecológica[40] y que promueva una mayor cohesión social y territorial.

[40] Rojo Torrecilla, E: *Política de empleo. Especial atención a la colaboración público-privada. Examen de la Ley 3/2003 de 28 de febrero y del Real Decreto 438/2024 de 24 de mayo*, 2024, Texto publicado en el blog del autor www.eduardorojotorrecilla.es

En lo relativo expresamente a la intermediación laboral (capítulo III título III), una de las prestaciones clave de los servicios públicos de empleo conforme a esta Ley, se considera primordial reforzar el papel de estos últimos. La Ley, a este respecto, entiende la intermediación de una forma amplia, que deja de limitarse a poner en relación oferta y demanda de empleo, para abarcar un abanico más amplio de funciones que permitan «proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y a las empresas unos recursos humanos que respondan efectivamente a sus necesidades»[41].

Para ello, esta colaboración público-privada se torna especialmente relevante a la luz de los datos existentes. Como destaca GUERRERO VIZUETE[42], la estadística nos muestra que la gran mayoría de los desempleados acceden a las ofertas de trabajo a través de cauces informales y no, por lo tanto, a través de las oficinas públicas de empleo. En consecuencia, parece claro que, además de una necesaria modernización de los servicios públicos de empleo que permita mejorar sus deficiencias, la necesidad de una respuesta más inmediata que permita abordar adecuadamente los desafíos a los que se enfrenta nuestro mercado de trabajo exige que dicho proceso se acompañe de la existencia de fórmulas de colaboración con el sector privado que permitan incrementar la eficiencia en la prestación de servicios destinados a la mejora de la empleabilidad de los ciudadanos.

Así, la propia norma considera como agentes de la intermediación a los servicios públicos de empleo, pero también a las agencias de colocación y a «aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con las personas trabajadoras en el exterior» (art. 41); y aboga por priorizar un fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo para facilitar la intermediación, si bien habilita la colaboración con entes privados mediante instrumentos de coordinación o convenios de colaboración con agencias de colocación (art. 42).

La norma impone una serie de obligaciones y requisitos específicos a estas agencias de colocación que sean parte en una de estas colaboraciones que, además, serán sometidas a seguimiento y evaluación por parte de los servicios de empleo del territorio correspondiente, para garantizar que la actividad de intermediación se desarrolla de forma alineada con los objetivos y principios de la política de empleo.

Como ya se anticipaba, el título IV de la norma trae consigo una importante ampliación y mejora de los servicios garantizados, compromisos y cartera de servicios de las políticas activas de empleo que han de ser asegurados por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, bien directamente o a través de su colaboración con otros agentes públicos, privados y con los interlocutores sociales (art. 55). Destaca entre estos servicios dirigidos a las personas usuarias la elaboración de un perfil individualizado de usuario para evaluar su empleabilidad y diseñar un itinerario personalizado adecuado a dicho perfil, así como una tutorización o asesoramiento personalizado para su revisión y actualización con el fin de facilitar así la mejora de la empleabilidad. (art. 56). Adicionalmente, como decíamos, se ofrecerá formación, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, intermediación laboral eficiente, orientación, acceso a trabajados en cualquier territorio del Estado y búsqueda de protección social. El perfil e itinerario diseñados, juntos con las actividades desarrolladas en cumplimiento de este, conformarán un expediente laboral personalizado único para cada usuario. Es decir, se potencia un mayor acompañamiento al desempleado a través de un tratamiento y asesoramiento individualizado y personalizado que permita unos mejores resultados en términos de empleabilidad.

[41] Guerrero Vizuete, E. «El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum,* núm. 10, 2023, pp. 147-162.

[42] Guerrero Vizuete, E., 2023, *op.cit.*, pp. 150-151.

También se prevé la prestación de otros servicios dirigidos específicamente a las personas, empresas y otras entidades empleadoras en aras de fomentar una mayor y mejor relación con estas que beneficie finalmente tanto a las empleadoras como, eventualmente, a los potenciales empleados que lo sean gracias a la labor de los servicios públicos de empleo. Entre estos servicios destaca la gestión de ofertas de empleo, la información y el asesoramiento sobre contratación, la identificación de necesidades de las empresas, la información y apoyo sobre procesos de comunicación de contrataciones y trámites legales complementarios, el apoyo en los procesos de recolocación y la información y el asesoramiento sobre la difusión de ofertas de la Red EURES[43].

Estos servicios que conforman la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo se desarrollan en el Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, en el cual también se recoge expresamente la necesidad de impulsar la colaboración tanto público-pública como público-privada y la posibilidad de que los servicios garantizados y complementarios de la cartera puedan ser prestados a través de esta fórmula; y se aboga, en todo caso, por la cooperación entre agentes públicos y privados y con interlocutores sociales y otras entidades colaboradoras[44].

La demanda de estos servicios por parte de los usuarios lleva aparejada la asunción de ciertos compromisos u obligaciones que, en el caso de las personas, empresas y demás entidades empleadoras implican «colaborar activamente con los servicios públicos de empleo en la planificación de las actividades formativas; comunicar los puestos vacantes con los que cuenten, en los términos que reglamentariamente se establezcan; y colaborar con la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras» (art. 59). Estas entidades asumen otras obligaciones con base en esta Ley como son la de aportar información sobre sus actividades (art. 26) y, en el caso concreto de las agencias de colocación, las impuestas por el artículo 42.7 para propiciar el seguimiento y evaluación de sus actividades de intermediación por parte de los servicios de empleo del territorio correspondiente.

El título V se destina a la financiación de la política de empleo y el VI a su evaluación.

De acuerdo con la Ley de Empleo de 2023 son tres los documentos en los que se traduce la de ejecución de la política de empleo. Así, al amparo de los artículos 12, 13 y 14 de esta Ley deberá adoptarse una Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, un Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y un Sistema de Información de los Servicios de Empleo, que trae importantes novedades con respecto a la Ley estatal de Empleo-2015, anteriormente vigente.

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024[45], al igual que la Ley, toma como punto de partida el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que, como adelantábamos aboga, entre otras cosas, por aumentar la eficiencia de las políticas de empleo, para lo cual apuesta por la «Modernización de políticas activas de empleo», siendo la aprobación de la Estrategia una expresión de dicha acción. Como consecuencia de la aprobación de la Ley estatal de Empleo-2023, se incluye un séptimo eje en esta estrategia que tiene como fin la «Mejora del marco institucional», mejora dentro de la cual tiene un papel fundamental la colaboración entre los agentes

[43] «EURES (EURopean Employment Services), es una red de cooperación para el empleo y para la libre circulación de trabajadores, uno de los principios fundamentales de la Unión Europea (UE), como queda indicado en los artículos correspondientes del Tratado que crea la Comunidad europea. El objetivo de la Red EURES es prestar servicios a los trabajadores, a los empresarios, y a cualquier ciudadano que desee beneficiarse del principio de la libre circulación de personas, proporcionando información y asesoramiento sobre ofertas y demandas de empleo, situación y evolución del mercado de trabajo y sobre condiciones de vida y trabajo de cada país», https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/empleo-europa/que-es-eures.html (última consulta 30 de agosto de 2024).

[44] Rojo Torrecilla, E., 2024, *op.cit.*, pp. 21-27.

[45] Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, «BOE» núm. 292, de 7 de diciembre de 2021.

involucrados en la gestión de políticas de empleo y la cual está prevista igualmente como eje sexto del Plan.

En concreto, en lo relativo a la colaboración público-privada, la Estrategia aboga por esta fórmula colaborativa para la consecución de varios de los objetivos que promueve. En particular, podemos observar que plantea como Objetivo Específico 2, integrante del Objetivo Estratégico 1 («Enfoque centrado en las personas y en las empresas»), que se preste un servicio personalizado para los empleadores «impulsando un nuevo modelo de relación, reforzando la colaboración y la comunicación entre los servicios públicos de empleo y las empresas». Para ello, se propone elaborar una cartera de servicios específicos dirigidos a las empresas y desarrollar un sistema de información y un portal de empresas.

Como parte del mismo Objetivo Estratégico 1, también se contempla, como Objetivo Específico 3, la incorporación de nuevos modelos de cooperación público-pública, pública-iniciativa social y pública-privada en los servicios ofrecidos por los sistemas públicos de empleo, buscando la explotación de sinergias en distintos ámbitos territoriales.

También resulta de relevancia la colaboración en relación con el Objetivo Estratégico 2 («Coherencia con la transformación productiva»). En concreto, el Objetivo Específico 2 aboga por «Aprovechar el potencial del empleo hacia la consecución de un crecimiento sostenible y para la transición ecológica y digital, así como en sectores no tradicionales como las industrias creativas, culturales, de cuidados y de innovación; con especial atención a la actividad económica y el emprendimiento en territorios en situación de despoblación o transición productiva». Para la consecución de este objetivo, se plantea como medida específica la colaboración con agentes económicos y sociales para la elaboración de planes territoriales y/o locales y sectoriales de transformación productiva. Igualmente, se aboga por la colaboración del Observatorio de Ocupaciones del SEPE con «otras administraciones y organismos públicos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, así como con otros agentes sociales representativos de los diferentes sectores laborales y ámbitos territoriales» para el estudio del mercado de trabajo y la detección de necesidades del mercado de trabajo.

Igualmente se prevé como Objetivo Específico 4 del Objetivo Estratégico 4 («Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo») el fortalecimiento del Sistema Nacional de Empleo, entre otras, a través del intercambio de conocimiento con otros organismos y entidades colaboradoras para dar soporte a la gestión de las políticas activas de empleo.

Por último, para la consecución del Objetivo Estratégico 5 («Gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo») se plantea, como Objetivo Específico 3, la mejora en la coordinación operativa de los niveles administrativos intervinientes en las políticas activas de empleo y de la imagen de los servicios públicos de empleo. Para ello, una de las medidas propuestas consiste en crear un mapa de agentes y entidades estratégicos y colaboradores de los servicios públicos para facilitar así la coordinación temporal de la ejecución las políticas activas de empleo, garantizando así la disponibilidad de recursos, programas y servicios.

Por su parte, el Plan Anual para el Empleo Digno de 2024[46] también contiene numerosas alusiones a la colaboración público-privada entre sus objetivos principales. Así, para la consecución del Objetivo Estratégico 1 («Enfoque centrado en las personas y en las empresas») se apuesta por la prestación de un servicio personalizado a los empleadores a través de un modelo que refuerce la

[46] Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaria de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024, «BOE» núm. 173, de 18 de julio de 2024.

colaboración y comunicación entre el Servicio Público de Empleo y las empresas (Objetivo Específico 2).

Contempla igualmente como Objetivo Específico 4 para la Consecución del Objetivo Estratégico 4 («Mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo») el fortalecimiento del Sistema Nacional de Empleo, entre otras medidas, a través del intercambio de conocimiento en su seno y con organismos y entidades colaboradoras. Además, se prevé expresamente como objetivo «planificar, actualizar y asegurar el acceso a la Formación en el trabajo» con base en las demandas del sistema productivo.

Es con estos objetivos en mente con los que se delinean los servicios y programas concretos a desarrollar por los servicios públicos de empleo conforme al Plan de 2024 en base a los seis ejes definidos por la Ley de Empleo de 2023: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo.

La coordinación entre los distintos agentes de la política de empleo se culmina con el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo. Este instrumento de coordinación tiene por finalidad integrar la información relativa a la gestión de las políticas de empleo -y las prestaciones de desempleo- realizadas tanto por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, como por las entidades colaboradoras, así como las ofertas y demandas de empleo registradas en las agencias de colocación colaboradoras «que participen en la implementación de políticas de empleo, en coordinación o colaboración con los servicios públicos». Es decir, constituye una «red de información común» en beneficio de las personas y empresas usuarias (art. 14).

Este instrumento resulta imprescindible para la buena gestión de las políticas de empleo, cuyo potencial depende en gran medida del grado de participación del sector privado[47], que genere mayor volumen y variedad de información.

4. LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI EN MATERIA DE EMPLEO

En la Ley estatal de Empleo-2023 vemos una clara apuesta por la descentralización territorial, dotando de gran relevancia a los servicios públicos de empleo autonómicos en coordinación, por supuesto, con el Servicio Público de Empleo (ahora Agencia Española de Empleo). No obstante, procede ahora analizar qué competencias pueden tener las Comunidades Autónomas, en este caso concreto, Euskadi, en materia de empleo.

La Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (en adelante, «EAPV») recoge en su título preliminar, más concretamente en su artículo 9, que los poderes públicos vascos «impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo» y «adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica», entre otras atribuciones.

Este mandato es consecuencia del previamente establecido por la Constitución, en sus artículos 35 y 40, por el cual los poderes públicos deben garantizar el pleno empleo y promover la formación y readaptación de los trabajadores y la garantía de seguridad, higiene y condiciones de trabajo dignas.

[47] Pérez del Prado, D. (2023)., *op.cit.*, pp. 153-180.

La distribución competencial en materia de empleo entre el Estado y las Comunidades Autónomas -en este caso la de Euskadi- no ha sido una cuestión pacífica. El artículo 149 de nuestra Constitución, que delimita los asuntos de competencia exclusiva del Estado, establece entre su enumeración la «Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas» (artículo 149.1.7ª). De hecho, es extensa la jurisprudencia constitucional emitida en relación con este artículo y, asimismo, en concreta relación con el séptimo ítem de ese apartado primero del precepto relativo específicamente a la legislación laboral[48].

En términos generales y sin ánimo de extenderme en este ámbito, conforme a la interpretación constitucional la competencia exclusiva del Estado en esta materia excluiría cualquier intervención legislativa de las Comunidades Autónomas, lo que exige dirimir adecuadamente entre la competencia legislativa y la de ejecución.

No obstante, los artículos 10.25 y 12.2 del EAPV reconocen, por un lado, la competencia exclusiva de las autoridades de la Comunidad Autónoma en materia de «promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía» así como la ejecución de la legislación laboral «promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía».

En definitiva, y como se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo (en adelante, «Ley vasca de Empleo»)[49], a la que nos referiremos de forma extensa a continuación, se entiende que la política de empleo y de fomento de este pueden considerarse una suerte de materia compartida entre Estado y Comunidad Autónoma conforme a un esquema de bases-desarrollo, pudiendo además la Comunidad Autónoma ejercer competencias legislativas en materias conexas con la laboral. La competencia estatal exclusiva en materia de legislación laboral se entiende limitada a la regulación de la relación laboral en sí misma. De este modo, quedan abiertas a acción legislativa de la comunidad autónoma las políticas activas de empleo, la creación y el fomento del empleo, vinculadas ambas al desarrollo económico y planificación de la actividad económica en el País Vasco.

La complejidad de los desafíos a los que, como país, nos enfrentamos en materia de empleo y la diversidad existente entre los territorios que lo componen apelan al desarrollo de políticas de empleo adaptadas al tejido productivo de cada uno de ellos. De este modo, el País Vasco es la primera, aunque no debería ser la última, de las Comunidades Autónomas españolas que, con la debida atención y respeto al marco general predispuesto por la Ley estatal de empleo-2023, desarrolla su propia normativa de empleo en atención a sus particularidades y a las «necesidades estratégicas derivadas del contexto socioeconómico»[50] y que, además, «reconoce a las diputaciones forales y a los municipios un elenco competencial nada desdeñable»[51] que contribuye a esa adecuada adaptación.

[48] Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (prontuario), https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Jurisprudencia%20en%20materia%20competencial.pdf (última consulta 27 de agosto de 2024).

[49] Boletín Oficial del País Vasco de 29 de diciembre de 2023

[50] INGENUS: *La cooperación público-privada en las políticas activas de empleo*, 2024, p. 16, https://www.ingeus.es/estudio-la-cooperacion-publico-privada-en-las-politicas-activas-de-empleo/ (última consulta 12 de septiembre de 2024).

[51] Exposición de motivos de la Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo.

5. LA LEY VASCA DE EMPLEO

La Ley 15/2023 se publicó el 29 de diciembre de 2023 convirtiéndose en la primera norma aprobada por una Comunidad Autónoma tras la promulgación de la Ley estatal de Empleo-2023. Se postula no como contraria sino, como no podía ser de otro modo, como complementaria a esta, habida cuenta del ámbito competencial atribuido a ambas Administraciones delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[52], como se ha detallado con anterioridad. Además, constituye la primera Ley vasca de Empleo y, en consecuencia, la primera expresión del ejercicio de competencias en esta materia desde que estas fueron asumidas en el año 2010[53].

La Ley vasca de Empleo -a la que, en este apartado, nos referiremos en ocasiones simplemente como la Ley- toma en consideración no solo los artículos constitucionales 35 y 40, esenciales en esta materia y a los que ya nos hemos referido con anterioridad, sino también normas internacionales como el Convenio 122 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pilar Europeo de Derechos Sociales o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[54]. Se erige, al igual que la estatal, como herramienta para la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8, por lo que tiene como elemento central el reconocimiento del «trabajo digno» o «trabajo decente», concepto acuñado por la OIT y que se define como «el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social». Tal y como se refleja en la propia Exposición de Motivos de la Ley vasca de Empleo, este reconocimiento supone la necesidad de «contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que conlleve un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para toda la familia, mejores expectativas de desarrollo personal e integración en la sociedad, libertad para expresar las opiniones, organización y participación en las decisiones que afecten a sus vidas, e igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres». La garantía de la eficacia del empleo digno, por lo tanto, se configura como el objetivo primordial de las políticas públicas de empleo al amparo de esta nueva Ley (artículo 3).

Con ese fin, la Ley apuesta por la modernización de las políticas de empleo, el reconocimiento de nuevos derechos a los ciudadanos -que se concretan en un amplio catálogo de servicios-, la creación de la Red Vasca de Empleo y la transformación del servicio vasco de empleo -Lanbide-, la actualización del modelo de gobernanza y una mayor colaboración con el sector público y privado[55].

Como pone de manifiesto ROJO TORRECILLA[56], la transversalidad de la política de empleo supone la actuación en cuatro niveles «(1) en la definición de las competencias; (2) en la gobernanza y en el reconocimiento de la importancia del diálogo social; (3) en el diseño de las políticas, integrando la intersectorialidad; y (4) en la participación de todos los agentes intervinientes en materia de empleo».

Para ello, la Ley se estructura en seis títulos, noventa y nueve artículos, siete disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

---

[52] Nos remitimos a la nota al pie anterior.

[53] *Intervención aprobación Ley Vasca de Empleo de la Vicelehendakari y Consejera de Trabajo y Empleo, Idoia Mendía Cueva*, Vitoria-Gasteiz: Eusko Legebiltzarra, 21 de diciembre de 2023.

[54] Rojo Torrecilla, E.: *Una visión compartida (gobierno autonómico, diputaciones forales y municipios) de las políticas de empleo en el País Vasco, y complementariedad entre la normativa estatal y autonómica. Notas y apuntes sobre la Ley 15/2023 de 21 de diciembre*, 2024b, p. 5, Texto publicado en el blog del autor www.eduardorojotorrecilla.es

[55] Gavilán, B.: Una mirada a la nueva Ley Vasca de Empleo, EDE Fundazioa, 2024, https://edefundazioa.org/miradas/una-mirada-a-la-nueva-ley-vasca-de-empleo/ (última consulta 30 de agosto de 2024).

[56] Rojo Torrecilla, E., 2024b, *op.cit.* p. 6.

De conformidad con la Disposición Final Tercera y Quinta de la Ley, la entrada en vigor de esta tuvo lugar el 29 de junio de 2024, pudiéndose producir su desarrollo reglamentario en el plazo de seis meses desde dicha entrada en vigor, lo cual a la fecha de finalización de este artículo no ha tenido lugar. No obstante, los capítulos I y II del título IV, adquirieron vigencia al día siguiente de la publicación en el BOPV.

5.1. Objetivos y principios rectores de la política de empleo

El título I de la norma se destina a establecer las disposiciones generales y, por lo tanto, parte de una clara definición de sus objetivos.

La Ley pretende abordar la «definición de los derechos y obligaciones de las personas para la mejora de su empleabilidad, de los principios de actuación de los poderes públicos en materia de políticas de empleo, la creación de la Red Vasca de Empleo, la ordenación y gestión de su cartera de servicios y de los programas complementarios para la mejora de la empleabilidad y de la ocupabilidad, en orden a impulsar el pleno empleo de calidad», así como la definición del sistema de gobernanza, planificación, participación y financiación de las políticas de empleo, además de la regulación de Lanbide (art. 1).

Define la Ley, en términos similares a la estatal, las políticas públicas de empleo como «el conjunto de directrices, decisiones, planes, programas y acciones adoptado por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Euskadi en orden a hacer efectivos el derecho a un trabajo digno, a procurar e impulsar la creación y promoción de empleo de calidad y de autoempleo, la inserción laboral de las personas y a mejorar su ocupabilidad, cualificación profesional y empleabilidad, promoviendo la adecuación de las competencias de la población activa a las necesidades de las empresas, así como el funcionamiento óptimo del mercado de trabajo» (art. 3). Muestra de nuevo, por tanto, la centralidad del concepto de «empleabilidad».

Como nota distintiva de esta Ley, se recoge expresamente la dimensión local de las políticas de empleo y se aboga por su consideración en el diseño y la gestión de estas (art. 4).

Los principios que han de guiar estas políticas son, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, la accesibilidad universal, el apoyo activo al trabajo digno, la inclusión, la proximidad, la eficacia y la eficiencia en la formulación y ejecución de programas, la cooperación y coordinación, la investigación e innovación, el diálogo social, la participación de las personas y entidades usuarias y la transparencia y publicidad activas. Además, resultarán de plena aplicación los principios rectores dispuestos por la Ley estatal de Empleo-2023.

El título I identifica además aquellos colectivos a los que considera merecedores de una atención prioritaria, los cuales podrán actualizarse a través de la Estrategia Vasca de Empleo, e incorpora expresamente la perspectiva de género en las políticas públicas de empleo y la atención a las personas jóvenes y a las mayores de cincuenta y cinco años, a las que se prestará singular atención (art. 6 y 7).

Se identifica como agentes de las políticas de empleo a «las administraciones vascas, las entidades de su sector público, las organizaciones sindicales y empresariales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las empresas, las entidades de formación, los centros integrados de formación profesional, las universidades, las agencias de colocación, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo y las organizaciones del tercer sector social de Euskadi que participen en la

implementación y desarrollo de las políticas públicas de empleo» (art. 8); y se enfatiza la importancia de evaluar el impacto que tengan estas (art. 9).

5.2. El derecho subjetivo a la mejora de la empleabilidad

Es el título II de la Ley el encargado del reconocimiento a la ciudadanía de una serie de derechos prestacionales encaminados a incrementar su empleabilidad, destacando especialmente el reconocimiento del derecho a la asistencia «personalizada, continuada y adecuada» expresamente como derecho subjetivo, lo cual exige, como contrapartida, la imposición de una serie de obligaciones o, mejor dicho, la asunción de compromisos.

Más concretamente, en su artículo 10, la Ley reconoce cuatro derechos a los demandantes de empleo, que exigen la asignación por parte de Lanbide de un profesional de referencia: asistencia personalizada, continuada y adecuada, diagnóstico de empleabilidad, elaboración de plan integrado y personalizado de empleo y formación para el trabajo; que son objeto de regulación en los artículos sucesivos y que resultan complementarios a los reconocidos por la Ley estatal de Empleo-2023.

Con el objetivo de garantizar la eficacia de estos derechos, la Ley diseña una cartera de servicios de los cuales pueden ser usuarios las personas físicas, desempleadas y ocupadas, así como las personas, empresas o entidades empleadoras que lo soliciten. Estos usuarios tendrán reconocidos una serie de derechos -y correlativas obligaciones- que, de acuerdo con la que fuese Vicelehendakari en el momento en el que se promulgó la Ley, Idoia Mendía, constituyen una «carta de derechos completa, definida, inspirada en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que amplía a la ciudadanía la capacidad de exigir a los poderes públicos, y que está acompañada también por un elenco de obligaciones en correspondencia»[57].

Lo verdaderamente relevante es que estos derechos, lejos de ser meras declaraciones, se configuran como derechos subjetivos -con titulares, condiciones, obligaciones y consecuencias de incumplimiento-; por lo que los titulares de estos pueden exigir su efectividad, previéndose incluso un procedimiento administrativo -a precisar reglamentariamente- para formular reclamaciones al respecto.

5.3. Los servicios de la Red Vasca de Empleo

El reconocimiento de los derechos anteriores se traduce en la previsión de un catálogo de servicios tendentes a su efectividad.

La Ley es consciente de que, debido al carácter transversal de las políticas públicas de empleo, resulta necesario abogar por «la participación de todos los agentes intervinientes en materia de empleo», la «interinstitucionalidad», y la coordinación, lo cual motiva la creación de la Red Vasca de Empleo como herramienta para fomentar precisamente la colaboración, la coordinación y la cooperación entre los diferentes agentes implicados en la materia; y que garantiza especialización y proximidad a los usuarios de los servicios correspondientes. Su creación y regulación se dispone en el título III de la Ley.

[57] *Intervención aprobación Ley Vasca de Empleo de la Vicelehendakari y Consejera de Trabajo y Empleo, Idoia Mendía Cueva*, Vitoria-Gasteiz: Eusko Legebiltzarra, 21 de diciembre de 2023. https://bideoak2.euskadi.eus/2023/12/20/news_90551/231221_Intervenci%C3%B3n_Vicelehendakari_Ley_Empleo.docx (última consulta 30 de agosto de 2024).

En concreto, esta Red, que carece de personalidad jurídica propia diferente de la de sus miembros, se postula como instrumento de cooperación y colaboración entre Lanbide, diputaciones forales, municipios, entes locales y entes para la gestión de la cartera de servicios de la Ley y sus programas complementarios.

Cada una de las entidades que se integren en la Red Vasca de Empleo conforme al procedimiento determinado reglamentariamente, tendrá asignados uno o varios servicios a prestar, durante un periodo mínimo preestablecido y asumirá una serie de obligaciones para garantizar la prestación ininterrumpida de estos; obligaciones que resultarán igualmente aplicables a las entidades colaboradoras que gestionen alguno de los servicios a los que se refiere la Ley (art. 21.2). Además, estas entidades promoverán la creación de una ventanilla única para la prestación de los servicios de la cartera de la Red, lo que pretende facilitar el acceso a estos por parte de los usuarios.

El capítulo II de este título, concreta la cartera de servicios de la Red, así como los derechos y obligaciones de los usuarios. Esta cartera deben comprender al menos la orientación para el empleo, la formación para el trabajo, la intermediación y colocación, el asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, el asesoramiento a personas, empresas y entidades empleadores y la información avanzada sobre el mercado de trabajo (art. 25) y «responderá a las características y evolución del mercado, a las necesidades de la población activa y de las empresas, a las prioridades identificadas en la planificación estratégica de las políticas públicas de empleo y a los recursos disponibles».

Para la prestación de estos servicios se crean una serie de herramientas como son el instrumento común para la atención y el seguimiento, la historia laboral única (que veíamos presente también en la Ley estatal de Empleo-2023), el instrumento de información y gestión de ofertas de empleo, de formación y de servicios (integrado con el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, previsto por la Ley estatal de Empleo-2023), la herramienta de perfilado, y el Observatorio Vasco de Empleo y de Formación.

Si bien Lanbide es la responsable de garantizar la prestación de la integridad de servicios que componen la cartera, como veremos, la gestión de estos puede ser directa o indirecta y a través de entidades públicas o privadas. En cualquier caso, la gestión de determinados servicios de la cartera de la Red Vasca de Empleo sí se atribuye exclusivamente a Lanbide (art. 48), mientras que otros pueden ser gestionados por las diputaciones forales (art. 49) y las entidades locales (art. 50).

Al igual que de acuerdo con la Ley estatal de Empleo-2023, pueden ser usuarios de la cartera de servicios no solo las personas desempleadas, sino también las ocupadas y las personas, empresas o entidades empleadoras que lo soliciten, que verán reconocidos una serie de derechos y obligaciones.

La configuración de esta cartera de servicios y la prestación de estos se rige por los principios informadores de gratuidad, atención integral y profesional, atención personalizada, flexible, temprana, continua y adaptada, universalidad, transparencia, calidad y evaluación, trazabilidad de las actividades y gestión por competencias profesionales (art. 47).

Además de la cartera de servicios de la Red Vasca y los reconocidos por la Ley de empleo, se prevé que Lanbide implemente «programas complementarios para la mejora de la empleabilidad y de la ocupabilidad dirigidos a promover la inclusión laboral de las personas desempleadas, la promoción profesional de las personas ocupadas y la actualización continua de conocimientos y de competencias; a valorar las competencias profesionales de la población activa, y a aumentar las tasas de empleo» (art. 51).

5.4. Competencias, gobernanza y financiación

Además de ofrecer una nueva regulación para el Servicio Público Vasco de Empleo, la Ley determina y atribuye las diferentes competencias en materia de empleo y establece un modelo de gobernanza que muestra «la intersectorialidad e interinstitucionalidad de las políticas públicas de empleo, y de la planificación, participación y financiación de las políticas públicas de empleo»[58]. Resulta relevante, por lo tanto, el replanteamiento del modelo de gobernanza, conforme al cual, si bien se mantiene la responsabilidad última del Gobierno Vasco, se incorpora la dimensión local y las experiencias de otras instituciones, fomentándose la coordinación a través del Consejo Vasco de Políticas Públicas de Empleo y la Mesa de Diálogo Social.

La Ley realiza en el título IV una distribución pormenorizada de competencias entre Gobierno Vasco, diputaciones forales y entidades locales o municipios, y una atribución de la gobernanza de las políticas públicas de empleo, que serán planificadas a través de la Estrategia Vasca de Empleo, de elaboración sexenal, así como de planes trienales de empleo y planes de empleo y desarrollo local (DA 4ª). Esta estrategia deberá ser aprobada por el Gobierno Vasco y su elaboración corresponde al Consejo Vasco de Políticas Públicas de Empleo tras el preceptivo proceso de concertación con la Mesa de Diálogo Social.

La Estrategia Vasca de Empleo dispondrá las directrices conforme a las cuales deben desarrollarse las políticas públicas de empleo encaminadas a hacer efectivos el derecho a un trabajo digno (art. 76) y estará en concordancia con las «directrices de las políticas públicas de empleo y de la política económica establecidas por el Gobierno Vasco, así como a las directrices estratégicas europeas y estatales de empleo» (art. 77).

La Estrategia contendrá un diagnóstico de la situación del empleo y su calidad en Euskadi, así como las prioridades y objetivos estratégicos perseguidos por las políticas de empleo, su evolución y la planificación de las medidas concretas para su implementación. Deberá plantear y definir programas y objetivos concretos tanto en relación con los colectivos de atención prioritaria como en relación con la seguridad y la salud en el trabajo, así como relativos a los retos que se identifiquen en el diagnóstico previo. Además, analizará la dotación de la Red Vasca de Empleo y su funcionamiento y resultados, así como la financiación de la estrategia, e identificará acciones y programas estratégicos de investigación e innovación.

Esta Estrategia sexenal, se traducirá en planes trienales de empleo, de carácter operativo, y en planes de empleo y desarrollo local, en determinados municipios, y en acciones de estímulo de la actividad económica y la generación de empleo, en aquellos municipios y entes locales que no estén obligados a formular los anteriores.

Del mismo modo, la Ley aboga por incentivar la participación a través del Foro Vasco de Empleo en el cual intervienen «el Gobierno Vasco, las diputaciones forales y los municipios, Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, las organizaciones sindicales y las organizaciones patronales de carácter intersectorial más representativas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Confederación de Cooperativas de Euskadi, los trabajadores y las trabajadoras autónomas, las sociedades laborales de Euskadi, las organizaciones del tercer sector social de Euskadi que intervengan en el ámbito del empleo, las universidades del sistema universitario vasco, las agencias de colocación, los clústeres, los centros integrados de formación profesional y las entidades de formación» (art. 83).

[58] "Euskadi define sus políticas públicas de empleo, crea la Red Vasca de Empleo y mejora el marco de prestación de los servicios de empleo", *Diario LA LEY*, núm. 10420, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 8 de enero de 2024, LA LEY.

Por último, en relación con la financiación, los recursos a disposición de la política pública de empleo se realizarán con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, los presupuestos generales de los territorios históricos, los presupuestos municipales o de las entidades locales de ámbito supramunicipal y cualquier otra aportación económica amparada en el ordenamiento jurídico que vaya destinada a tal fin (art. 85). Asimismo, se aboga por la colaboración a través de mecanismos estables de colaboración financiera con municipios y entidades de ámbito supramunicipal para la gestión de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo.

5.5. Investigación, innovación y evaluación

El título V trata sobre la investigación, innovación y evaluación de las políticas públicas desempleo y de la cartera de servicios de la Red Vasca de Empleo.

5.6. La transformación del Servicio Vasco de Empleo

Por último, pero no menos importante y que, de hecho, ha constituido uno de los principales temas de fricción durante la tramitación de la norma, el título VI se destina a la modernización y reforma integral de Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo.

El Servicio Público de Empleo Vasco se denomina Lanbide y fue creado por la Ley 3/2011, de 13 de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo[59] [60] como un organismo autónomo administrativo cuya misión era «contribuir al pleno desarrollo del derecho al empleo, estable y de calidad, y favorecer la configuración de un mercado de trabajo que contribuya de forma eficiente a garantizar la empleabilidad de las personas trabajadoras, y a cubrir las necesidades de personal adaptado a los requerimientos de las empresas, así como a favorecer la cohesión social y territorial, a través de la gestión de las políticas de empleo y de ejecución de la legislación laboral que le sean encomendadas», así como la modernización de la atención a las personas usuarias (art. 2 Ley 3/2011).

Si en la Ley estatal de Empleo-2023 se transforma el SEPE en la Agencia Española de Empleo, una de las principales novedades introducidas por la Ley vasca de Empleo es precisamente la transformación de la naturaleza de Lanbide, que pasa de tener la consideración de organismo autónomo de carácter administrativo a configurarse como un ente público de derecho privado con efecto 1 de enero de 2025 (DA 5ª). Lanbide, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, queda sometido al derecho administrativo en lo que al ejercicio de sus potestades públicas, funcionamiento interno y en la formación de la voluntad de sus órganos, régimen de patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de sus servicios se refiere; si bien, pasa a regirse por el derecho privado en sus relaciones con terceros y en el desarrollo de sus actividades (art. 90).

Las razones que, de acuerdo con las manifestaciones de la entonces Vicelehendakari, respaldan esta controvertida transformación son precisamente las relacionadas con la mejora de su funcionamiento, sin que ello obste a la consideración como público del servicio. Se espera además que esta transformación «dotará (a la entidad) de mayor flexibilidad, dinamismo y especialización profesional a la prestación de servicios de empleo»[61].

Su finalidad, continuista en relación con la prevista en la anterior Ley de 2011, consiste en la contribución al «pleno desarrollo del derecho al trabajo digno» así como a configurar un mercado

[59] «BOE» núm. 272, de 11 de noviembre de 2011.
[60] La promulgación de la Ley Vasca de Empleo supone una derogación de la previa Ley 3/2011.
[61] Exposición de motivos de la Ley 15/2023, de 21 de diciembre, de Empleo.

laboral que garantice la empleabilidad de las personas y la cobertura de las necesidades de personal de las empresas, así como la cohesión social y territorial, mientras promueve la modernización de su atención a las personas y empresas a través de la tecnología y la comunicación.

Con el objetivo de garantizar que las nuevas atribuciones de Lanbide no queden vacías de contenido, la Disposición Adicional Primera de la Ley tiende a asegurar la suficiencia de su financiación, disponiendo la pertinencia de efectuar una dotación anual en los presupuestos de la Comunidad Autónoma a estos efectos.

6. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY VASCA DE EMPLEO

Tras haber realizado una sucinta revisión del contenido de la Ley vasca de Empleo, en relación con la estatal de 2023 a la que complementa, podemos centrarnos en analizar cómo la primera aborda la colaboración público-privada y qué rasgos distintivos encontramos en relación con su aproximación desde la Ley estatal de Empleo-2023.

En febrero de 2023 se publicó el Libro Blanco de empleo en Euskadi -elaborado por el Gobierno Vasco y la Fundación Iseak[62]- una radiografía profunda de la situación actual del territorio en esta materia, que plasma los retos y oportunidades que se plantean y elabora una serie de valoraciones y propuestas concretas al respecto. Esta publicación previa y próxima a la nueva Ley vasca de Empleo, sirve de base a la posterior adopción de la norma y, por lo tanto, sus reflexiones deben ser tenidas en cuenta en un análisis de esta.

Destacamos en lo que interesa al presente artículo que el Libro blanco apuesta por incremento sustancial de la interrelación y colaboración entre Lanbide y tanto los centros formativos como las empresas, especialmente en lo que se refiere a la formación para las transiciones digital y ecológica. Aboga este informe por una colaboración público-privada «ágil y permeable» en la que las acciones formativas se diseñen atendiendo preferentemente a las necesidades de las empresas, a nivel sectorial, de manera que estas informen periódicamente acerca de estas para mejorar la eficacia en la capacitación de las personas desempleadas.

Esta colaboración se ha plasmado en diversos preceptos a lo largo de la Ley vasca de Empleo, así como de manera más específica en el capítulo V del título III de la Ley.

6.1. Agentes y ámbitos de colaboración en la nueva Ley vasca de Empleo

La Ley dispone un amplio abanico de actores que pueden incidir en las políticas de empleo. La Exposición de Motivos pone de manifiesto que los análisis efectuados con carácter previo a la redacción de la Ley indican que «la coordinación y complementariedad de los agentes constituye, junto con la mejora de la conexión con la empresa, el gran reto de la gobernanza».

Así, el artículo 8 de la Ley prevé que, además de las administraciones vascas y las entidades de su sector público, tendrán la consideración de agentes de las políticas públicas de empleo también las «organizaciones sindicales y empresariales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las empresas, las entidades de formación, los centros integrados de formación profesional, las universidades, las agencias de colocación, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo y las organizaciones del tercer sector social de Euskadi que participen en la implementación y desarrollo de las políticas públicas de empleo».

[62] GOBIERNO VASCO, FUNDACIÓN ISEAK: *Libro blanco del empleo en Euskadi, Bilbao*, Elenvés Editoras, 2023.

La Ley es consciente de la necesaria colaboración con la empresa privada y, como tal, la considera como agente de las políticas de empleo. No obstante, es igualmente consciente del riesgo que supone la existencia de una multiplicidad de actores principalmente en materia de coordinación.

El artículo 23 de la norma, en relación con la colaboración para el desarrollo de las políticas públicas de empleo, dispone la gestión coordinada y complementaria de los servicios que resulten comunes o concurrentes entre Lanbide, diputaciones forales, municipios, entes locales y entidades integrantes de su sector público, sin incluir a otro tipo de entidades como sí hace, de forma más amplia, el previamente citado artículo 8.

No obstante, en el apartado segundo de dicho artículo, contempla expresamente la posibilidad de concertar «contratos programa» para ejecutar políticas de empleo con otras entidades, además de las del apartado anterior. En concreto, se alude a «universidades públicas y cámaras de comercio, industria, servicios y, en su caso, navegación, en los términos previstos en el artículo 32.5 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, o en la norma que la sustituya, sin perjuicio de cualesquiera otros instrumentos de colaboración previstos en el ordenamiento jurídico».

Si nos centramos en los servicios de la Red Vasca de Empleo, vemos que la colaboración con la empresa privada es esencial. En primer lugar, los servicios deben ajustarse a las «características y evolución del mercado, a las necesidades de la población activa y de las empresas, a las prioridades identificadas en la planificación estratégica de las políticas públicas de empleo y a los recursos disponibles» (art. 25), por lo que una relación de colaboración con las empresas empleadoras es imprescindible para poder tener una información lo más realista posible de estos extremos.

Se prevé además la posibilidad de intervención de entidades privadas en la prestación de los servicios de la cartera de la Red Vasca de Empleo. No obstante, esta intervención se limita a aquellos supuestos en los que se encuentre justificada con base en los principios de necesidad y de mayor eficiencia en la prestación, «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en relación con las agencias de colocación», y estarán sometidas en su actuación a todo lo dispuesto previamente en relación con la Red Vasca de Empleo (art. 56).

Como hemos mencionado con anterioridad, además de los servicios de la Red Vasca de Empleo, la Ley prevé igualmente que Lanbide promueva programas complementarios a los establecidos por la Ley estatal de Empleo-2023 «para la mejora de la empleabilidad y de la ocupabilidad dirigidos a promover la inclusión laboral de las personas desempleadas, la promoción profesional de las personas ocupadas y la actualización continua de conocimientos y de competencias; a valorar las competencias profesionales de la población activa, y a aumentar las tasas de empleo» que, además, se aplicarán de forma preferente a los colectivos de atención prioritaria. En la ejecución de estos programas se llama expresamente a la colaboración entre entidades de la Red Vasca de Empleo y con las entidades colaboradoras (art. 51).

Es importante recalcar que, aunque la prestación de un servicio se realice por una entidad privada, la responsabilidad última es de Lanbide, que debe garantizar la prestación de la totalidad de la cartera de servicios (art. 29).

La colaboración en la prestación de servicios de la Red Vasca de Empleo y de servicios complementarios a estos se complementa también con la buscada en relación con programas y acciones en materia de «investigación, diseño e innovación aplicada y su puesta en práctica experimental en el ámbito de la orientación; prospección; intermediación laboral; asesoramiento a personas, empresas y entidades empleadoras; emprendimiento y en otras áreas de acción relevantes para el empleo (…)

análisis e investigación de buenas prácticas y el diseño de nuevos instrumentos de diagnóstico, autodiagnóstico e información y de modelos de formación para el trabajo, emprendimiento u orientación y su aplicación experimental» (art. 87). En concreto, la norma aboga por promover la participación de personas y empresas usuarias, así como de entidades del tercer sector de Euskadi mediante fórmulas de colaboración.

La empresa privada, además, incluso cuando no se encuentre en el marco de una colaboración explícita con la Red Vasca de Empleo, podrá tener incidencia igualmente en la política de empleo de manera indirecta si en algún momento resulta usuaria de alguno de sus servicios. Ello es así porque en su faceta de entidades usuarias de los servicios de la Red Vasca de Empleo, la Ley impone la obligación a las entidades privadas de colaborar activamente para facilitar la prestación de servicios, así como en la mejora de la empleabilidad y culpabilidad de los trabajadores. Además, se les obliga a comunicar las ofertas de trabajo que generen (art. 39.2).

6.2. Fórmulas de colaboración previstas por la nueva Ley vasca de Empleo

El capítulo V de la Ley detalla los tipos de colaboración que Lanbide puede establecer con entidades privadas, disponiendo un listado abierto que, además de tres fórmulas previstas expresamente, habilita «cualquier otro medio previsto en el ordenamiento».

En primer lugar, como no podía ser de otra forma, la Ley contempla que la colaboración de Lanbide con entidades privadas se produzca al amparo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

No obstante, se introduce una fórmula de colaboración novedosa que queda al margen de esta regulación: los acuerdos abiertos.

Esta fórmula permite la participación simultánea y al mismo nivel de varias entidades. En esta modalidad de colaboración las entidades prestan el servicio «en las condiciones preestablecidas, sin que la Administración lleve a cabo una selección entre aquellos, porque todos resultan igualmente válidos y, por ende, a todos se permite la adhesión al acuerdo»[63]. Estos acuerdos se regirán conforme a prescripciones técnicas y unas bases reguladoras guiadas por los principios de «igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad, calidad, continuidad, accesibilidad y disponibilidad del servicio», y podrán prever una serie de criterios que determinen la aptitud de las entidades colaboradoras. En el supuesto de que se susciten dudas o lagunas en la interpretación y/o ejecución de estos acuerdos, resultarán de aplicación los principios previstos por la Ley de Contratos del Sector Público (art. 57).

Como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos, el TJUE ya se ha pronunciado excluyendo la consideración de contrato público en aquellos supuestos en los que no existe una verdadera selección de unos operadores frente a otros[64], lo cual concurre en este caso.

De este modo, esta nueva fórmula ofrece una herramienta más flexible y ágil para adaptarse a la situación actual. No obstante, debe ir acompañada de una definición exhaustiva de las condiciones y bases para garantizar la calidad de los servicios y la protección de los derechos de los usuarios.

[63] "Euskadi define sus políticas públicas de empleo, crea la Red Vasca de Empleo y mejora el marco de prestación de los servicios de empleo", *Diario LA LEY*, núm. 10420, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 8 de Enero de 2024, LA LEY.

[64] Sentencia TJUE, de 2 de junio de 2016.

También se contemplan los acuerdos de gestión concertada. Este instrumento podrá ser utilizado por las entidades de la Red Vasca de Empleo en el marco de la gestión de contratos públicos de servicios y en lo relativo exclusivamente a los servicios de orientación para el empleo, formación para el trabajo e intermediación y colocación y a los programas complementarios a los que nos hemos referido con anterioridad. Únicamente podrán suscribirse con «entidades privadas de iniciativa social cuyo objeto social prevea actividades en el ámbito del empleo, singularmente cuando aquellos servicios y programas tengan como destinatarias a personas pertenecientes a colectivos de atención prioritaria» (art. 58).

En consecuencia, la utilización de acuerdo de gestión concertada se circunscribe a entidades privadas de iniciativa social, explicitando la Ley que por tal se entenderán las «fundaciones, asociaciones, cooperativas de iniciativa social y cualesquiera otras entidades, formalmente constituidas y dotadas de personalidad jurídica propia, que tengan las características a que se refiere el artículo 3 de la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi, a salvo de la referida a la sede en la Comunidad Autónoma de Euskadi o a la implantación en esta comunidad en el momento de presentar las ofertas». Esta fórmula de colaboración, además de ajustase a las normas de la normativa de contratación del sector público aplicables, ya que se encuentra prevista en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública[65], se rige por los principios de «subsidiariedad, solidaridad, igualdad, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria» y resultará incompatible con la percepción de subvenciones que pudieran concederse por los servicios objeto del acuerdo.

En relación con los servicios de intermediación, se habilita la posibilidad de suscribir convenios de colaboración con agencias de colocación, conceder subvenciones o establecer cualquiera otra fórmula, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto por la ley de contratos del sector público, cuando proceda.

En lo relativo expresamente a los servicios de formación para el trabajo, habrá de atenderse también a la legislación específica de la formación profesional así como a la legislación estatal del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; mientras que en relación con la intermediación, se prevé la suscripción de convenios de colaboración con agencias de colocación así como la concesión de subvenciones o «establecer cualquier otra fórmula de colaboración, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la ley de contratos del sector público, cuando el negocio de que se trate se incluya en su ámbito de aplicación».

Igualmente, resulta relevante poner de manifiesto que la colaboración con el sector privado también se ve impulsado por la Ley vasca al reconocer por primera vez el derecho de las empresas cooperativas a participar en el Consejo de Administración de Lanbide[66].

Subsisten, además, como no podía ser de otro modo, otras fórmulas típicas de colaboración como la subvencional.

6.3. Inspección y control

La existencia de múltiples actores implicados en la prestación de los servicios que componen la cartera de la Red Vasca de Empleo exige, para garantizar su calidad, que se dispongan medios

[65] DOUE de 28 de marzo de 2014. L 94/65.

[66] EnpresaBIDEA erredakzioa: *Kooperatibak Lanbideko kontseiluan sartuko dira, Confebaskekin akordioa lortu ostean*, 2024, https://www.enpresabidea.eus/ekonomia/kooperatibak-lanbideko-kontseiluan-sartuko-dira-confebaskekin-akordioa-lortu-ostean_2201914_102.html# (última consulta 30 de agosto de 2024).

suficientes de inspección y control. Esta tarea se encomienda expresamente al Gobierno Vasco, que deberá velar por que se cumplan los requisitos y obligaciones estipulados en la Ley.

En caso de detección de deficiencias de suficiente entidad conforme a los requisitos del artículo 64.2, podrá acordarse la sustitución en la prestación de servicios de la entidad que lo viniera haciendo por Lanbide a costa de la entidad responsable.

Para habilitar al Gobierno Vasco el ejercicio de su actividad inspectora, se exige a las entidades colaboradoras que faciliten, si son requeridas para ello, las informaciones, antecedentes y datos que se precisen.

7. VALORACIONES FINALES

Tradicionalmente, la colaboración público-privada se ha considerado como una herramienta para la prestación de servicios que los servicios públicos de empleo no alcanzaban a realizar de manera eficiente. Es decir, era una fórmula más parecida a una subcontratación, delegación o externalización en la prestación de determinados servicios y, en consecuencia, de naturaleza sustitutiva.

El cambio de paradigma hacia una colaboración complementaria, sin embargo, ofrece una posibilidad de aprovechar las ventajas que ofrece la participación de la iniciativa privada en las políticas de empleo sin difuminar el carácter público de los servicios ni la responsabilidad última de su garantía.

Lo cierto es que la eficiencia y eficacia de los mercados de trabajo se incrementa cuando aumenta la colaboración público-privada[67] y que los nuevos retos y desafíos a los que se enfrentan nuestras sociedades y que tienen una especial incidencia en el mundo del empleo, como son la transición digital y la ecológica, exigen respuestas rápidas, eficientes y eficaces por parte de nuestra política de empleo.

No obstante, el modo en el que se implemente dicha colaboración también influye en esa eficiencia y eficacia perseguidas. De este modo, tradicionalmente, la colaboración se ha venido articulando principalmente por la vía de las subvenciones, que no ha arrojado los resultados esperados. Sin embargo, tanto la norma estatal de 2023 como la vasca tienden hacia la idea de potenciar los «ecosistemas de empleo»[68], en los que interactúan y se interrelacionan las administraciones públicas y otras entidades tanto públicas como privadas en pos de unos objetivos comunes, y se fomenta su interdependencia, favoreciendo el intercambio de información y experiencias, la puesta en común de recursos y experiencias y la generación de sinergias. Un ejemplo claro de la apuesta por la creación de «ecosistemas» es precisamente la Red Vasca de Empleo, que pone en funcionamiento un espacio colaborativo entre una pluralidad de agentes públicos y privados.

No obstante, es claro, y así lo entienden ambas leyes, que esta progresiva colaboración no puede desembocar en una falta de responsabilización por parte de los servicios públicos de empleo. Estos deben liderar y coordinar la acción conjunta y ser garantes últimos de los derechos reconocidos. Para ello, su modernización y fortalecimiento es esencial.

[67] THE ADECCO GROUP INSTITUTE, UC3M: *Informe: nueva Ley de Empleo. Políticas activas y colaboración público-privada*, 2023, https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2023/11/I-informe-ley-empleo.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

[68] INGEUS: La cooperación público-privada en las políticas activas de empleo, 2024, https://www.ingeus.es/estudio-la-cooperacion-publico-privada-en-las-politicas-activas-de-empleo/ (última consulta 30 de agosto de 2024).

Del mismo modo, resulta crucial que estos sean capaces de evaluar los resultados de la colaboración no solo con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios sino también con arreglo a los objetivos y principios inspiradores de la política de empleo. Es por ello por lo que resulta positivo el establecimiento de mecanismos de transparencia, evaluación y control, que velen por la calidad y la mejora continua y que se articulen prioritariamente por medio de acuerdos de naturaleza contractual, en lugar de subvencional, con mayor vocación de estabilidad. Apuesta que, igualmente, se plasma en ambas leyes.

La necesidad de que los servicios prestados por la Red Vasca de Empleo respondan a las características y evolución del mercado, a las necesidades de la población activa y de las empresas, a las prioridades identificadas en la planificación estratégica de las políticas públicas de empleo y a los recursos disponibles, también es una llamada clara a la colaboración, que permite obtener la información precisa para actualizar la cartera de servicios y que estos se adecúen a las necesidades del tejido productivo.

Además, ello posibilita canalizar la información y centralizarla en los instrumentos públicos a los que hacíamos alusión previamente -instrumento común para la atención y el seguimiento, historia laboral única, el instrumento de información y gestión de ofertas de empleo, de formación y de servicios y la herramienta de perfilado-, lo cual permite que se garantice el respeto de los principios rectores y, especialmente la igualdad y no discriminación.

Por otro lado, la progresiva relevancia otorgada a la formación dentro de la política de empleo constituye una gran oportunidad para la colaboración público-privada, que no debe desaprovecharse, pues ofrece ventajas para ambas partes. De hecho, en el ámbito de Euskadi, es en este sector en uno en los que las fórmulas de colaboración han alcanzado los resultados más provechosos, a través de programas pioneros como la formación con compromiso de contratación -programas de formación diseñados *ad hoc* para la/s empresa/s de acuerdo a sus necesidades específicas y/o en colaboración con los centros de formación, para la posterior incorporación de la persona desempleada a la empresa en cuestión[69]-, y los programas de formación profesional dual[70] [71]. En el ámbito estatal, en este ámbito, destacan iniciativas como la colaboración entre el SEPE, Fundae y varias compañías públicas y privadas en la creación del espacio «Digitalízate», que pone a disposición del usuario recursos formativos gratuitos cedidos por grandes empresas[72] y, en consecuencia, ajustados a las necesidades de estas últimas, mejorando así la empleabilidad de las personas que hagan uso de ellos.

Debe valorarse positivamente, a la espera del desarrollo reglamentario, esta apuesta tan clara que la Ley vasca (así como la estatal) supone para la colaboración público-privada, estableciendo claramente su consideración como entidades colaboradoras y sometiéndolas a los objetivos y principios de la política de empleo e imponiendo obligaciones de transparencia e información. Apuesta que, además, se ve reforzada por la transformación de Lanbide, que permite insuflarle una mayor flexibilidad y especialización, y por la introducción de fórmulas más ágiles y flexibles de colaboración

[69] A título de ejemplo, la Resolución de 14 de diciembre de 2023, del Director General de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo, por la que se procede a la publicación de la convocatoria, para el año 2024, de subvenciones destinadas a la formación con compromiso de contratación, y formación y contratación de mujeres y hombres desempleadas/os en ámbitos masculinizados y feminizados (Morrokotudak) (BOPV de 22 de diciembre de 2023).

[70] Participación de la Catedrática Sara de la Rica, directora de la Fundación Iseak en el Encuentro «¿Qué funciona en las políticas activas de empleo? Explorando avances en la colaboración público-privada» organizado por EsadeEcPol e Ingenus el 25 de abril de 2024.

[71] A título de ejemplo, la oferta de empleo y formación de operario/a de logística y almacén desarrollada por Lanbide, la Diputación Foral de Álava y Empresas Alavesas, https://www.lanbide.euskadi.eus/empleo-y-formacion-operarioa-de-logistica-y-almacen/weblan00-content/es/ (última consulta 12 de septiembre de 2024).

[72] Digitalízate, https://experienciafundae.es/digitalizate/1 (última consulta 12 de septiembre de 2024).

que habilitan la constitución de relaciones colaborativas que permiten una más rápida adaptación y respuesta a los retos existentes y que pueden favorecer relaciones estables de colaboración mejorando así la eficiencia en la prestación de los servicios correspondientes.

No obstante, si bien parece que desde la Administración se ha dado el primer paso para ganarse la confianza de los actores privados, lanzándoles una invitación a colaborar en aras de objetivos comunes, habrá que estar pendiente de ver cómo responden estos; lo cual dependerá, esencialmente, del valor que esa colaboración suponga para ellos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Arrieta Idiakez, F.J., «La reforma laboral de 2012descodificando reformas del anterior Gobierno, intentando implementar la extravagante flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* vol.60, núm. 1, 2012.

Bourgon, J.: «Propósito público, autoridad gubernamental y poder colectivo», *Revista Del CLAD Reforma Y Democracia*, núm. 46*,* Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela, 2010.

García Solana, M.J.: *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: Análisis del modelo del servicio público de empleo estatal y las agencias privadas de colocación (2010-2016)* (1ª edición ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Guerrero Vizuete, E. «El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral», *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo. Laborum,* núm. 10*,* 2023.

Pérez del Prado, D.: «La colaboración público-privada en la Ley de Empleo», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista De Estudios Sobre Ciencias Del Trabajo Y Protección Social,* (mon), 2023.

Rodríguez Escanciano, S.: «Colaboración privada en el servicio público de colocación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.10, 2013*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Rodríguez-Piñero Royo, M.: «Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español», *Temas Laborales*, núm. 125, 2014.

Rojo Torrecilla, E.: *Política de empleo. Especial atención a la colaboración público-privada. Examen de la Ley 3/2003 de 28 de febrero y del Real Decreto 438/2024 de 24 de mayo*, 2024, Texto publicado en el blog del autor www.eduardorojotorrecilla.es

Rojo Torrecilla, E.: *Una visión compartida (gobierno autonómico, diputaciones forales y municipios) de las políticas de empleo en el País Vasco, y complementariedad entre la normativa estatal y autonómica. Notas y apuntes sobre la Ley 15/2023 de 21 de diciembre*, 2024, Texto publicado en el blog del autor www.eduardorojotorrecilla.es

Sempere Navarro, A. V.: «Reivindicación de la Ley de Empleo», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8*,* 2023, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U.

9. OTROS FONDOS DOCUMENTALES

ASEMPLEO: *La Colaboración Público-Privada en el mercado de trabajo: experiencias compradas y posibilidades para España,* 2014 https://asempleo.com/servicio/informes/Informe_CPP.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

EnpresaBIDEA erredakzioa: *Kooperatibak Lanbideko kontseiluan sartuko dira,*

Confebaskekin akordioa lortu ostean, 2024, https://www.enpresabidea.eus/ekonomia/kooperatibak-lanbideko-kontseiluan-sartuko-dira-confebaskekin-akordioa-lortu-ostean_2201914_102.html# (última consulta 30 de agosto de 2024).

Gavilán, B.: Una mirada a la nueva Ley vasca de Empleo, EDE Fundazioa, 2024, https://edefundazioa.org/miradas/una-mirada-a-la-nueva-ley-vasca-de-empleo/ (última consulta 30 de agosto de 2024).

GOBIERNO VASCO, FUNDACIÓN ISEAK: *Libro blanco del empleo en Euskadi, Bilbao*, Elenvés Editoras, 2023.

INGEUS: La cooperación público-privada en las políticas activas de empleo, 2024, https://www.ingeus.es/estudio-la-cooperacion-publico-privada-en-las-politicas-activas-de-empleo/ (última consulta 12 de septiembre de 2024).

Intervención aprobación Ley Vasca de Empleo de la Vicelehendakari y Consejera de Trabajo y Empleo, Idoia Mendía Cueva, Vitoria-Gasteiz: Eusko Legebiltzarra, 21 de diciembre de 2023.

Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (prontuario), https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Jurisprudencia%20en%20materia%20competencial.pdf (última consulta 27 de agosto de 2024).

THE ADECCO GROUP INSTITUTE, UC3M: *Informe: nueva Ley de Empleo. Políticas activas y colaboración público-privada*, 2023, https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2023/11/I-informe-ley-empleo.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

OIT: *Políticas nacionales de empleo: Una guía para las organizaciones de trabajadores*, 2015, Ginebra: OIT.

UGT: *La intermediación laboral. Trabajadores y trabajadoras nacionales de terceros países*, https://www.ugt.es/sites/default/files/node_gallery/Galer-a%20Publicaciones/intermediacionlaboral_ampliada.pdf (última consulta 30 de agosto de 2024).

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Primacía del convenio colectivo sectorial sobre los pactos individuales. Comentarios a la STS (Social, Casación de 20 de Marzo de 2024) Recurso de Casación 98/2022

Primacy of the sectoral collective agreement over individual agreements. Comments on the STS (Social, Cassation of 20 March 2024) Appeal 98/2022

Arturo Acebal Martín *Abogado REICAZ*
https://orcid.org/0009-0008-3530-3382

Cita Sugerida: ACEBAL MARTÍN, A. «Primacía del convenio colectivo sectorial sobre los pactos individuales. Comentarios a la STS (Social, Casación de 20 de Marzo de 2024) Recurso de Casación 98/2022». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 193-197.

Resumen

La sentencia desestima el Recurso de Casación formulado por la empresa demandada contra la sentencia del TSJ Asturias, que estimó la demanda de Conflicto Colectivo y declaró el derecho de los trabajadores afectados a que el trabajo en domingos y festivos de apertura autorizada se ajuste a lo previsto en el art. 5 del Convenio Colectivo del sector del comercio en general del Principado de Asturias, estipulando que carece de validez y resulta inadmisible que los trabajadores hubiesen realizado una disposición absoluta y para siempre de sus derechos.

Palabras clave

Fuentes del Derecho, Primacía del Convenio Colectivo Sectorial, Disposición de los derechos laborales por los trabajadores

Abstract

The judgment dismissed the appeal brought by the defendant company against the judgment of the Supreme Court of Asturias, which upheld the collective dispute and declared the right of the workers concerned to work on Sundays and authorised public holidays in accordance with the provisions of Article 5 of the Collective Agreement for the general commerce sector of the Principality of Asturias, stipulating that it was invalid and inadmissible that the workers had made an absolute and permanent disposal of their rights.

Keywords

Sources of law, Primacy of the Sectoral Collective Agreement, Disposition of labour rights by workers

1. ANTECEDENTES

El Sindicato Unión General de Trabajadores de Asturias, planteó demanda de Conflicto Colectivo, solicitando que se declare la obligación empresarial de que cada vez que se decida la apertura de los centros de trabajo ubicados en el principado de Asturias en domingos y festivos, será preceptivo para la prestación de servicios en tales fechas, el consentimiento individual de los trabajadores.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dicta sentencia estimatoria de la demanda, de 31 de Enero de 2022, (Rec. 33/2021), (ECLI:ES:TSJAS:2022:218).

La empresa demandada, disconforme con la sentencia del Tribunal, formula Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, el cual es desestimado por el Alto Tribunal, previo Informe del Ministerio Fiscal favorable a tal desestimación.

Fecha Recepción: 17/6/2024 - Fecha Revisión: 20/7/2024 - Fecha Aceptación: 3/9/2024
Págs. 193-115

2. CUESTIÓN PLANTEADA

El art. 5 del Convenio Colectivo del sector del Comercio en General del Principado de Asturias (B.O.P.A., de 25 de Enero de 2021), estipula lo siguiente:

«No obstante, y habida cuenta de que se establecerá en la Comunidad Autónoma, la posibilidad de apertura en domingos y festivos, la empresa que decida abrir su establecimiento, se pondrá de acuerdo con sus trabajadores para dicha apertura compensando ese exceso de jornada, bien con el descanso de día y medio dentro del mes siguiente, o a la compensación económica de 12,66 euros por hora, a elección del trabajador».

La postura del Sindicato demandante es defender la interpretación literal del precepto, como pura consecuencia de la aplicación de la norma convencional, en tanto que la postura de la empresa demandada, es la de defender la inaplicabilidad de dicha norma convencional, en base a la existencia de contratos con los trabajadores en los que figuraba como jornada de trabajo «de lunes a domingo», así como la instauración de un complemento salarial denominado «plus domingo fijo».

En conclusión, lo debatido es si los acuerdos previos son compatibles con el posterior convenio colectivo.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo, al desestimar el Recurso de Casación, obviamente, adopta la tesis de la parte demandante, convalidada por la sentencia de instancia, basándose para ello, en dos ámbitos argumentales:

1) La interpretación de los convenios colectivos.

2) La irrenunciabilidad de derechos.

En relación con el primer apartado, recopilando la doctrina jurisprudencial en la materia, véase, [STS de 5 de Febrero de 2020 (Rec. 570/2020) (ECLI:ES:TS:2020:570)] ; [STS de 13 de Octubre de 2020 (Rec. 132/2019) (ECLI:ES:TS:2020:3376)]; [STS de 14 de Diciembre de 2020 (Rec. 80/2019) (ECLI:ES:TS:2020:4407)]; [STS de 21 de Diciembre de 2022 (Rec. 76/2019) (ECLI:ES:TS:2020:4475)] señala que «no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos -naturaleza atribuible al convenio colectivo- es «el sentido propio de sus palabras» (art. 3.1.CC) el «sentido literal de sus cláusulas« (art. 1281 CC) que constituyen «la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes», de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación.

Sentado lo anterior, pasa a argumentar, de forma extensa y sistemáticamente adecuada, el por qué considera que la no aplicabilidad del precepto convencional (art. 5 del Convenio de referencia), implicaría una renuncia de derechos por parte de los trabajadores de la demandada.

El art.3 del Estatuto de los Trabajadores aborda las «Fuentes de la relación laboral» y su apartado 1 prescribe que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

En el caso que se analiza, resulta patente, la concurrencia de dos de las antecitadas fuentes de la relación laboral (convenio colectivo y contrato de trabajo), produciéndose una colisión entre ambas, que debe de ser resuelta en el sentido de la aplicación de la más favorable para el trabajador, como acertadamente lleva a efecto la sentencia analizada. El art. 3-5 ET establece que «los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» que incorpora en el Estatuto (no por primera vez dado que existen precedentes en normas anteriores) el clásico principio laboral de la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, con el que se pretende asegurar el efectivo disfrute de los derechos que al trabajador le reconocen las disposiciones legales y convencionales vigentes en cada momento mediante la declaración de nulidad de aquellos actos del trabajador que impliquen abdicaciones de éstos.

Es por ello, por lo que el Tribunal, asumiendo íntegramente las consideraciones jurídicas de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, da respuesta a la litis, en el sentido de la prevalencia del convenio colectivo, frente a los pactos individuales suscritos entre empresa y trabajadores, por cuanto la aplicación de éstos supondría una renuncia de derechos convencionales.

No se trata de que el Tribunal sentenciador no reconozca como fuente reguladora de las relaciones labores, la voluntad de las partes, sino que acoge en este supuesto la indisponibilidad del derecho convencional otorgando la primacía a tal fuente de derecho.

Siendo aplicable a las partes en litigio el Convenio Colectivo del Sector del Comercio en general del Principado de Asturias -al que se someten voluntariamente desde enero de 2021, la claridad de la redacción de su art. 5 del Convenio choca con la realidad de lo fijado en los contratos de los trabajadores en cuanto a la determinación de la jornada ordinaria para la prestación de servicios.

El desenlace de esta confrontación cae del lado de la regulación convencional, dado que prevé derechos de contenido necesario, como es el descanso semanal y los festivos laborales, esencial para conseguir el reposo de los trabajadores a que se refiere y persigue la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el art. 37 ET y así se destaca en la STS de 22 de junio de 2022, (Rec. 73/2020), ECLI:ES:TS:2022:2806.

Desde luego, carece de validez y resulta inadmisible que los trabajadores hubiesen realizado una disposición absoluta y para siempre de sus derechos, cuando la eficacia de una norma convencional -posterior al contorno determinado por la voluntad de las partes- cambie tal configuración, como ocurre en este caso. El propio sistema de prelación de las fuentes de derechos y obligaciones que dibuja el art. 3.1 ET, donde tiene prioridad los convenios colectivos sobre los pactos individuales, así lo exige.

4. CONCLUSIONES

En nuestro criterio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2024, es plenamente acorde con el vigente ordenamiento jurídico y con la uniforme doctrina judicial.

Para analizar el papel de la autonomía individual y el de la autonomía colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y, más en particular, el establecimiento individual de condiciones laborales, cabe tener en cuenta la supremacía del convenio colectivo como fuente normativa del ordenamiento jurídico laboral frente al contrato de trabajo como fuente de obligaciones laborales, pues el art. 37.1 CE atribuye carácter normativo y eficacia *erga omnes* a los convenios que cumplan los requisitos previstos legalmente. Ahora bien, esto no significa despojar de actuación a la autonomía individual de las partes de un contrato de trabajo, pues el art. 3.1 c) ET la incluye entre las fuentes de las relaciones laborales, si bien dentro de la jerarquía de normas. Así, la autonomía individual concretada en el contrato de trabajo aparece supeditada a los dictados de las normas estatales y colectivas, cuyas previsiones no puede contradecir ni tampoco empeorar, aunque sí mejorar.

Tanto la fijación inicial de las condiciones de trabajo en el contrato individual como su modificación por la vía de los pactos novatorios, no pueden, por una parte, ser peyorativos para el trabajador ni subvertir el carácter inderogable de las disposiciones convencionales.

— La posición del TC es claramente a favor de la protección de la autonomía colectiva en detrimento de la individual, en aras de salvaguardar la fuerza vinculante del convenio colectivo y el derecho a la negociación colectiva, de forma tal que la autonomía individual, o mejor dicho, la decisión unilateral de la empresa no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio «cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo el convenio». [STC de 26 de Septiembre de 2005, (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2005) (ECLI:ES:TC:2005:238)].

La libertad individual negocial manifestada a través del contrato de trabajo está garantizada legalmente después, ello sí, del convenio colectivo, y en tanto que la contratación no sea menos favorable o contraria al ordenamiento legal y convencional, no pudiendo pues, operar frente a la ley y al convenio colectivo, puesto que se debe tener presente el principio de mayor favorabilidad en el cumplimiento de la función reguladora de las condiciones de trabajo que la autonomía individual cumple. Es decir, en tanto que esas condiciones contratadas no sean contrarias a la ley o a la norma convenida y superen «in melius» las convenidas colectivamente, se considera a la autonomía individual como instrumento válido para el establecimiento de condiciones diferentes.

Es por ello, por lo que la decisión judicial contenida en la sentencia citada, la consideramos, amén de su fundada argumentación, plenamente ajustada a Derecho, tanto en lo concerniente a establecer la voluntariedad del trabajo en domingos y festivos en la empresa demandada, como a la aplicación, en caso de acontecer, de los parámetros cuantitativos y cualitativos del Convenio de Comercio en general.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ojeda Avilés, A.: "Autonomía colectiva y Autonomía individual", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm.2, 1991.

Durán López, F.: Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm.2, 1991.

Valdés Dal-Re, F .: "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva", *Revista de Política Social*, nº 137, 1983.

Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Cruz Villalón, J.: "Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales", *NET21*, nº 8, 2022.

García Murcia, J.: "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *El Sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson/Aranzadi, 2013.

Escribano Gutiérrez, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, CES, 2000.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El recurso a la neutralidad religiosa o cómo justificar la discriminación laboral de las minorías

Religious Neutrality and Labour Discrimination against Minorities

Andrea Garrido Raya
Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Universidad de Granada
Departamento de Derecho Constitucional
Doctoranda en el Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada y en la Universidad de Maastricht, Países Bajos
https://orcid.org/0000-0003-4442-4342

Cita Sugerida: GARRIDO RAYA, A. «El recurso a la neutralidad religiosa o como justificar la discriminación laboral de las minorías». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 199-212.

Resumen

En la UE, el principio de no discriminación está regulado, *inter alia*, en la Directiva 2000/78. Esta norma, al prohibir la discriminación laboral por causas inherentes a los valores en los que se fundamenta la Unión, presupone que el acceso al empleo en condiciones de igualdad es un requisito fundamental para el desarrollo social y personal de los individuos, y, por ende, para el incremento del nivel de vida. Sus elevados estándares de protección no han conseguido evitar, sin embargo, que el TJUE haya construido una saga jurisprudencial que legitima la asimilación, o incluso la exclusión, de aquellos trabajadores minoritarios que rechazan amoldarse a los deseos intolerantes de la sociedad mayoritaria. Este artículo pretende reflexionar y evidenciar hasta qué punto la UE está comprometida con su objetivo de alcanzar un mercado inclusivo e igualitario.

Palabras clave

Discriminación laboral; Neutralidad religiosa; minorías; Igualdad

Abstract

In the EU, the principle of non-discrimination is regulated, *inter alia,* in Directive 2000/78. In prohibiting discrimination in employment on grounds inherent to the values on which the Union is founded, Directive 2000/78 presupposes that equal access to employment is a paramount requirement for social and personal development of individuals, and thus for an increase in the standards of living. Its high standards of protection have not, however, managed to prevent the CJEU from construing a jurisprudential saga that legitimises the assimilation, or even the exclusion, of minority workers who refuse to conform to the intolerant wishes of the majority society. This article aims to reflect on and show to what extent the EU is committed to its objective of realising an inclusive market in which equality prevails.

Keywords

Discrimination in the workplace; Religious Neutrality; minorities; Equality

"Cuando un empresario firma un contrato de trabajo con un trabajador, no compra el alma de esta persona"

Eleanor V.E. Sharpston[1]

1. UN BREVE REPASO EN TORNO A LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

Las Comunidades Europeas emergen en el contexto supranacional con la puesta en marcha de un proceso de integración motivado, en esencia, por fines de carácter económico. El mismo título del

[1] Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON presentadas en el asunto *Bougnaoui*, C-188/15, punto 73. Cita extraída de Relaño Pastor, E.: "Religious Discrimination in the Workplace. Achbita and Bougnaoui", en Belavusau, U., & Henrard, K., (ed.): *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender,* Oxford, Bloomsbury Publishing, 2018, pp. 183-202.

Fecha Recepción: 6/8/2024 - Fecha Revisión: 14/9/2024 - Fecha Aceptación: 17/9/2024
Págs. 199-212

Tratado de Roma; Tratado Constitutivo de la Comunidad *Económica* Europea (TCE), es revelador del objetivo prioritario de los Estados fundadores[2]. Afirmar, en base a esto último, que la Unión Europea (UE) no es más que el resultado *in fieri* de un proceso de integración de carácter sectorial es, sin embargo, tan simplista como erróneo. La Unión aspira, desde sus orígenes, a mucho más que a la realización de un mercado común. Sus mismos Tratados constitutivos son prueba de ello. No en vano, el Artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA) ya complementaba el objetivo de alcanzar la expansión económica con el desarrollo del empleo y nivel de vida. De la misma forma, el Preámbulo del TCE recogía, de forma expresa, el compromiso de los Estados fundadores por garantizar la paz y la libertad en el continente a través de la puesta en común de recursos, llegando a invitar al resto de los pueblos de Europa a que participen en la consecución de dicho ideal. Ya en 1957 se podía apreciar, pues, un cierto anhelo por constituir, de cara al futuro, una Comunidad de Estados cuyos fines y competencias habrían de transcender lo meramente sectorial o económico.

El vigente Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) es la cláusula de Derecho originario que mejor evidencia el tránsito de la Unión de una Comunidad de derecho (económico) a una auténtica Unión de Valores:

"La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

La redacción del precepto, de clara retórica constitucionalista, invita a pensar que los valores que éste anuncia han formado parte, desde siempre, del proceso de integración[3]. Y lo cierto es que lo han hecho, pero solo de forma implícita. Por lo menos en lo que respecta al Derecho originario. Hasta los procesos de reforma de Maastricht y Ámsterdam, los Tratados fundacionales mantuvieron silencio en cuanto a los principios (hoy valores) en los que se fundamenta la Unión. Tan solo uno de ellos escapó a este "silencio constitucional": el principio de la igualdad, o, mejor dicho, el principio de no discriminación. Sin embargo, lo cierto es que la inclusión de este último en el Derecho de la Unión respondía, en esencia, a fines puramente económicos, no políticos o constitucionales. Tanto el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, como el principio de igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras, recogidos, respectivamente, en los artículos 12 y 119 TCE[4], promovían, fundamentalmente, el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito económico, en clara sintonía con el *Leitmotiv* de los Tratados fundacionales: la realización de un mercado común. Lejos de emular al derecho fundamental a la igualdad de trato recogido en las constituciones de los Estados fundadores[5], la prohibición de la discriminación por género del artículo 119 TCE tenía como fin esencial eliminar el *dumping social*[6], esto es, evitar que los países que no reconocían, en sus

[2] Bell, M.: *Anti-Discrimination Law and the European Union,* Oxford University Press, 2002, p. 6.

[3] Repárese en la redacción del artículo en inglés o francés: "The Union is *founded* on the values of …", "La Union est *foundée* sur les valeurs de …" Énfasis añadido. Sobre esta idea véase, también, a Bonelli, M., "A union of values: safeguarding democracy, the rule of law and human rights in the EU member states", *Tesis doctoral, Universidad de Maastricht*, 2019, p. 34.

[4] Hoy artículos 18 y 157 TFUE, respectivamente.

[5] Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn: "(1). Todas las personas son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico".

[6] Guerra Martins, A. M.: "Equality and Non-Discrimination as an Integral Part of the EU Constitutional Identity", en Giegerich, T. (ed.) *The European Union as a Protector and Promoter of Equality,* Springer, 2020, pp. 25-44, p. 39.

respectivos ordenamientos internos, el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, tuvieran una ventaja competitiva frente aquellos Estados que sí habían reconocido dicho principio, y, por ende, no podían beneficiarse de mano de obra femenina (más) barata. En cuanto a la prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad, ésta obliga a los Estados a tratar a los ciudadanos europeos procedentes de otro Estado miembro como si éstos fueran sus propios nacionales, en aras de fomentar la plena libertad de movimiento, circulación, establecimiento y provisión de servicios. Ambos preceptos no eran más, pues, que un medio instrumental en busca de la consecución de un objetivo de carácter económico, no constitucional. Cerca de cuarenta años necesitó la Unión para reconocer en los Tratados su deber de luchar contra la discriminación por una serie de motivos que no estuviesen confinados a lo económico, como el origen étnico, la orientación sexual, o la religión o convicciones (Artículo 13 TCE-Ámsterdam, hoy Artículo 19 TFUE).

El proceso de reforma de los Tratados llevado a cabo en Ámsterdam supuso la extensión del principio comunitario de no discriminación económica a la prohibición general de la discriminación, y, con ello, al reconocimiento (implícito) del derecho fundamental a la igualdad de trato[7]. El Artículo 13 TCE-Ámsterdam dispone:

"Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"[8].

Este artículo implicó otorgar al Consejo competencia para combatir, por iniciativa propia, la discriminación originada por cualquiera de los cinco nuevos motivos enunciados. Y así lo hizo aquel. El Artículo 13 TCE-Ámsterdam fue rápidamente utilizado por la Unión como fundamento para aprobar, primero, la Directiva 2000/43, dedicada, en exclusiva, a la discriminación por origen étnico[9], y, después, la Directiva 2000/78, relativa al resto de causas mencionadas por el Artículo 13 TCE-Ámsterdam[10], a excepción del sexo o género[11] (*i.e.,* religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

---

[7] El reconocimiento explícito del derecho fundamental a la igualdad de trato tendrá lugar con la proclamación, en Niza, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE, 2000), que adquiere el rango jurídico de los Tratados con la aprobación del Tratado de Lisboa, en 2007. Entre su articulado destaca el Capítulo III, dedicado, en su totalidad, a la "Igualdad". En concreto, dicho capítulo reconoce, en los Artículos 20 y 21, el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación. Estos preceptos, de carácter genérico, se ven complementados, a su vez, por el Artículo 22, que reconoce el deber de la Unión por respetar la diversidad cultural, religiosa y lingüística, o el Artículo 26, que alude, en cambio, al deber de fomentar la integración de las personas discapacitadas. Asimismo, los Artículos 23, 24 y 25 se refieren, de forma más específica, a la igualdad de género y a los derechos del menor y de las personas mayores.

[8] La redacción del hoy vigente Artículo 19.1 TFUE es muy similar: "Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual."

[9] Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj

[10] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj

[11] La regulación autónoma del principio de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho derivado encuentra fundamento en el rol especial que éste ha desempeñado en el proceso de integración. Algo similar sucede, también, con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (Artículo 18 TFUE).

Las Directivas 2000/43 y 2000/78 demuestran un firme compromiso por parte de la Unión por promover y alcanzar una auténtica Unión de la Igualdad. No obstante, lo cierto es que el desarrollo del principio de no discriminación en el derecho derivado dista mucho de adecuarse a los estándares de garantía que informan los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. El hecho de contar con dos normas distintas para combatir la discriminación originada por las causas que trajo consigo, de una sola vez, el artículo 13 TCE-Ámsterdam es ya de por sí problemático. No en vano, ello ha dado lugar a un régimen jurídico que otorga una protección desigual a cada una de las causas de discriminación recogidas, hoy, por el Artículo 19 TFUE, cuando todas ellas son, en principio, igual de reprobables, tanto legal como moralmente. En este sentido, el distinto ámbito de aplicación material de las Directivas 2000/43 y 2000/78 quizá sea el problema más evidente.

Mientras que la prohibición comunitaria de la discriminación por causa relacionada con la orientación sexual o la religión o convicciones queda limitada al ámbito laboral (artículo 3.1 Directiva 2000/78), la Directiva 2000/43 extiende su ámbito de aplicación, además, al régimen de protección social, incluyendo seguridad social y asistencia sanitaria, educación y acceso a bienes y servicios disponibles para el público; como la vivienda (artículo 3.1 Directiva 2000/43). Ello ha llevado a afirmar que las normas comunitarias en aplicación del principio de la igualdad proyectan una "jerarquía de (des)igualdades"[12] que, además de contradecir al principio que vienen a desarrollar, ha conducido al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) a producir un corpus jurisprudencial que, en lugar de combatir y condenar la discriminación fundamentada en prejuicios y estigmas sociales, parece, más bien, promover esta última. Así se podría decir que sucede, por ejemplo, en el caso *Léger*, que responde a la normativa francesa que prohibía donar sangre a los hombres que hubiesen mantenido relaciones sexuales con otro hombre[13]. En su sentencia el TJUE, a pesar de hacer mención a la prohibición de la discriminación por orientación sexual del Artículo 21 CDFUE, admite la proporcionalidad de la restricción al apreciar el carácter legítimo del objetivo perseguido por aquella: la protección de la salud pública. No obstante, la extensión del ámbito material de la Directiva 2000/78 a la asistencia sanitaria quizá hubiese permitido al Tribunal sugerir la realización de otra serie de medidas no tan restrictivas o (indirectamente) discriminatorias en aras de alcanzar un objetivo que es, sin duda, legítimo.

En cualquier caso, si hay una causa de las recogidas en la Directiva 2000/78 cuya protección se está viendo cada vez más devaluada es la referida a la discriminación religiosa en el ámbito laboral. Los casos *Achbita*[14] y *Bougnaoui*[15] suponen el punto de partida de una desafortunada saga jurisprudencial que legitima la asimilación de la minoría musulmana, en general, y de las trabajadoras que pertenecen a esta última, en particular.

2. PAÑUELOS ISLÁMICOS Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA: LA PRIMACÍA DE LA NEUTRALIDAD SOBRE EL PLURALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Todo comienza el 14 de marzo de 2017, fecha en la que el TJUE dictamina el carácter legítimo de las políticas de empresa basadas en prohibir a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, en aras de desarrollar una

[12] Howard, E.: "The Case for a Considered Hierarchy of Discirmination Grounds in EU law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* Vol. 13, nº4, 2006, pp. 445-470. Véase, también, a Waddington, L., & Bell, M.: "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review,* Vol. 38, nº3, 2001, pp. 587-611.

[13] STJUE, de 29 de abril de 2015, *Léger,* as. C-528/13. Para un análisis sobre esta sentencia puede consultarse a Belavusau, U.: "Towards EU Sexual Risk Regulation: Restrictions on Blood donations as Infringement of Active Citizenship", *European Journal of Risk Regulation,* Vol. 7, No. 4, 2016, pp. 801-809, p. 808.

[14] STJUE 14 de marzo de 2017, *Achbita*, as. C-157/15.

[15] STJUE 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui,* as. C-188/15.

política de neutralidad en el marco de las relaciones laborales[16]. En *Achbita* el tribunal remitente plantea si dicho régimen de neutralidad, que ha dado lugar al despido de una trabajadora que se negó a despojarse de su velo (islámico) en su trabajo, discrimina de forma directa a los trabajadores en base a su religión o convicciones.

Antes de entrar de lleno en la respuesta del Tribunal, es conveniente diferenciar entre los conceptos de discriminación directa e indirecta según se desprende del Derecho de la Unión. La discriminación directa tiene lugar cuando una persona ha sido o podría ser víctima de un trato menos favorable que otra en situación análoga *en base a* alguna de las causas recogidas en la Directiva 2000/78, como su religión o convicciones. La discriminación indirecta, en cambio, ocurre cuando una práctica o normativa, *aparentemente neutra*, puede ocasionar, aún de forma no intencionada, una desventaja particular a cierto grupo de personas con religión o convicciones determinadas respecto a otras personas. La distinción entre ambos tipos de discriminación es relevante, pues el margen, en cada caso, para justificar la medida discriminatoria (en este caso, el deber de no manifestar nuestra religión o convicciones en el trabajo, o, en el peor de los casos, el despido por no cumplir con el mismo), es distinto, y, con ello, el nivel de escrutinio a aplicar por los tribunales. Así, la discriminación directa puede quedar justificada cuando concurre, de forma excepcional, una lista exhaustiva de motivos citados expresamente por la Directiva 2000/78. Estos son: la defensa del orden público (artículo 2), requisitos profesionales esenciales y determinantes (artículo 4.1), requisitos profesionales de organizaciones cuya ética se base en la religión o convicciones (artículo 4.2) y, por último, cuando concurra la necesidad de ejecutar medidas de diferenciación positiva (artículo 7). La legitimidad de la discriminación indirecta, en cambio, está condicionada a un juicio de legitimidad no exhaustivo, y, por tanto, no tan riguroso. De esta forma, el juez puede apreciar la validez de una acción indirectamente discriminatoria en los casos en los que ésta responda a un objetivo legítimo y el grado de discriminación o diferenciación sea proporcional a la importancia de aquel. El TJUE suele encomendar la realización de este último juicio al juez nacional, que ha de utilizar, en cualquier caso, las pautas interpretativas otorgadas por aquel.

En base a este esquema, el TJUE comienza afirmando en *Achbita* que la política de neutralidad aplicada por la empresa no discrimina de forma directa entre los trabajadores, pues ésta se aplica de forma indiscriminada a todos los empleados, indistintamente del contenido o tipo de convicción, religiosa o no, que éstos pretendan manifestar. En otras palabras, como la política empresarial perjudica a todos los empleados por igual, sin importar que éstos lleven bien un símbolo religioso, como un *hiyab* o una *kipá*, o bien filosófico, como una pulsera que revele la afiliación a un partido político, no es posible apreciar que aquella les afecte con razón a su religión o convicciones. No obstante, el mismo TJUE no descarta la posibilidad de que la política empresarial pueda afectar, en particular y de forma desproporcionada, a aquellas personas que profesan una fe o tienen determinadas convicciones. Es decir, el TJUE no niega la posibilidad de que las políticas de neutralidad puedan resultas discriminatorias, aunque sea de forma indirecta. La decisión definitiva, como se ha mencionado antes, habrá de tomarla el juez nacional a la luz de las pautas otorgadas por el TJUE. En relación con esto último, el Tribunal dispone que el régimen de neutralidad empresarial constituye un objetivo legítimo amparado por el derecho a la libertad de empresa *ex. art. 16 CDFUE.* La restricción ejecutada, en consecuencia, por la empresa, será proporcional y adecuada "cuando dicho régimen se persiga de forma congruente y sistemática", *i.e.,* de forma general e indiferenciada, y se materialice, únicamente, en relación con los empleados en contacto con los clientes. Cualquier despido efectuado en nombre

[16] Porras Ramírez, J. Mª.: "Las minorías en la Unión Europea: La tensión entre la demanda de reconocimiento y la preservación de la identidad nacional", *Revista Integración Regional & Derechos Humanos,* Vol. 11, Nº2, 2023, pp. 67-112, p. 82. O, también; Porras Ramírez, J. Mª.: "La Libertad religiosa como Derecho Fundamental en perspectiva estatal, internacional y europea", en Porras Ramirez, J. Mª. (coord.), *Derecho de la libertad religiosa,* Tecnos, 2023, pp. 19-82.

de la neutralidad empresarial sin haber ofrecido antes, como alternativa al trabajador(a), un puesto de trabajo oculto de cara al público podría ser considerado como discriminación indirecta. Siempre y cuando, eso sí, dicha alternativa no suponga una "carga adicional" para la empresa[17]. De apreciar el tribunal nacional la concurrencia de estos últimos requisitos de proporcionalidad, la medida, pese a ser discriminatoria y restringir los derechos fundamentales de los empleados, estará justificada, y, por ende, podrá ser mantenida por la compañía[18].

La doctrina sentada en *Achbita,* claramente a favor de los intereses del empresario, será mantenida, a grandes rasgos, en casos ulteriores y concernientes, también, a la presencia de simbología ideológica y religiosa en el trabajo.

En *Bougnaoui*, sentencia dictada el mismo día que *Achbita*, el TJUE establece que la negativa de un cliente a ser atendido por un(a) trabajador(a) en posesión de un pañuelo islámico no puede ser considerada, *per se,* como un requisito profesional capaz de legitimar o justificar el despido de una trabajadora que se niega, pese a las insistencias de aquel, a despojarse de su prenda religiosa[19]. Ello lo afirma el Tribunal a la par que señala, no obstante, que si el despido se fundó en el incumplimiento de una política de neutralidad establecida por la empresa el caso habría de resolverse, entonces, conforme a los mismos criterios establecidos en *Achbita* (*i.e.,* discriminación indirecta).

El TJUE mantiene una actitud similar con relación a los asuntos acumulados *WABE* y *MH Müller*[20], si bien con ciertas matizaciones. En este caso el Tribunal puntualiza que las políticas de neutralidad serán consideradas legítimas, y por ende no indirectamente discriminatorias, cuando el empresario acredite la necesidad e interés real en su aplicación, en tanto que su no ejecución supondría para aquel una pérdida de rentabilidad desmesurada o excesiva. La decisión de imponer sobre el empresario unos requisitos probatorios algo más estrictos dio pie a que la sentencia *WABE* y *MH Müller* fuera, en su momento, alabada por algunos autores. No en vano, el TJUE dictó tal resolución tras considerar, además, que la política de neutralidad aplicada en este caso por la empresa sí que discriminaba directamente a los trabajadores, pues la misma afectaba, en exclusiva, a los trabajadores que pretendiesen exhibir sus creencias a través de signos llamativos y de gran tamaño (*e.g.,* un *hiyab*), mas no, en cambio, a aquellos que también desearan hacerlo pero utilizando, por el contrario, simbología más prudente o discreta, como una gargantilla o anillo en forma de cruz.

Sin querer desmerecer los avances alcanzados en relación con *Achbita,* la decisión tomada en *WABE* y *MH Müller* no debería, empero, promover un optimismo exagerado. En primer lugar, porque la decisión de restringir el margen de deferencia del empresario en el diseño y aplicación de regímenes de neutralidad es más aparente que real, además de inconsistente con la resolución adoptada en *Bougnaoui*. En este último asunto el TJUE niega la posibilidad de concebir las preferencias (irrelevantes e intolerantes) de los clientes como criterio legítimo para discriminar directamente a los empleados, mientras que en *WABE* y *MH Müller* éste deniega, al mismo tiempo, el carácter indirectamente discriminatorio de las políticas de neutralidad si su no ejecución supone para la compañía un perjuicio económico real y desorbitante, lo cual ha de ser demostrado por esta última. El problema reside, no obstante, en que las políticas de neutralidad se fundamentan, precisamente, en

[17] STJUE, 14 de marzo de 2017, *Achbita*, *op.cit.,* par. 40-43.

[18] Las políticas de neutralidad restringen, concretamente, el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, recogido por el artículo 10 CDFUE y cuyo contenido esencial no solo incluye el derecho a profesar la fe libremente escogida (*forum internum*), sino también el derecho a practicar y manifestar esta última (*forum externum*). *Ibid.,* par. 26.

[19] Recuérdese que el requisito profesional determinante es uno de los pocos criterios que recoge la Directiva 2000/78 para justificar una acción o norma que discrimine de forma directa; artículo 4.1.

[20] STJUE de 15 de julio de 2021, *IX contra WABE eV y MH Müller Handels GmbH contra MJ,* as. ac. C-804/18 y C-341/19.

el incremento de ventas que prevén las empresas experimentar al proyectar una imagen corporativa "blanca", y, por tanto, proclive a atraer cualquier tipo de cliente, sea cual sea la ideología o fe que éste profese. Luego, por mucho que las peticiones del cliente no puedan ser consideradas como requisito profesional determinante (*Bougnaoui*), el perjuicio económico que soportaría el empresario en caso de no obedecer a las mismas podría quedar fácilmente acreditado, y con ello justificar la necesidad de ejecutar una política (discriminatoria) de neutralidad. Y, en segundo lugar, porque el Tribunal opta por no revisar, ni en *Bougnaoui,* ni en *WABE* y *MH Müller,* la doctrina sentada en *Achbita.* Es decir, al seguir sin apreciar el carácter directamente discriminatorio de las políticas de neutralidad, el TJUE se mantiene en su decisión de admitir su carácter legítimo siempre y cuando éstas discrimen a todos los trabajadores por igual y la necesidad real de su ejecución quede acreditada. Lo que, como se ha resaltado, no es muy difícil de conseguir si tenemos en cuenta que las políticas de neutralidad pretenden, justamente, extender la red clientelar de la empresa, y, con ello, su tasa de facturación.

En definitiva, pese a los (pequeños) avances apreciables en *WABE* y *MH Müller,* lo cierto es que la doctrina sentada por el TJUE en los primeros casos concernientes a la presencia de simbología religiosa en el puesto de trabajo es preocupante. En ellos el Tribunal no solo sucumbe ante la lógica mercantilista y aséptica que motivan las políticas de neutralidad, sino que además reniega de la diversidad cultural al promover un mercado excluyente e intolerante, en clara contradicción con los valores del pluralismo e igualdad que caracterizan a la sociedad en la que se proyecta la Unión (Artículo 2 TUE). No en vano, no está de más aquí recordar que el principio de la igualdad no solo implica otorgar un trato igual a aquellos que se encuentran en una situación similar, sino también, y, sobre todo, otorgar un trato diferente a aquellos que parten de una situación desigual y/o desfavorecida. En especial cuando la situación de desigualdad responde a la posesión y deseo de preservar unos rasgos identitarios distintos a los que mantiene o profesa la mayoría. Esta dimensión sustantiva del principio de igualdad, que reconoce y abraza la diferencia pretende, en esencia, construir una sociedad inclusiva, en la que los individuos participen los unos con los otros en un marco de convivencia diverso y tolerante. La igualdad busca, por tanto, alcanzar un mayor nivel de integración social y económica a través del reconocimiento y participación de todos los individuos, incluidos los minoritarios. Es este el valor de la igualdad que acoge el artículo 2 TUE, y, por ende, también las Directivas que vienen a concretar su aplicación en el ámbito laboral. Así lo dispone, por ejemplo, la Directiva 2000/78 en su considerando número 9:

"El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal."

La prohibición de la discriminación laboral por motivos religiosos viene, pues, a fomentar la integración e inclusión social de las minorías religiosas, ya que el desempeño de un puesto de trabajo permite a sus miembros interaccionar con el resto de los ciudadanos, evitando así su exclusión[21]. Cuando el TJUE niega, sin más, el carácter directamente discriminatorio de las políticas de neutralidad parece olvidar la dimensión inclusiva del principio de la igualdad. Las políticas de neutralidad sitúan a los trabajadores en la (deplorable) encrucijada de tener que "elegir"; o bien mantener su puesto de trabajo y renegar, con ello, de su identidad cultural (al dejar de llevar el pañuelo islámico), o bien ejercitar su derecho a manifestar sus creencias pese a que ello conduzca a su despido, y, por tanto, a su marginalización social. En lugar de mandar a los Estados a corregir o flexibilizar sus políticas de neutralidad, en nombre de los valores de la igualdad y pluralismo, el Tribunal parece "culpar" a los trabajadores pertenecientes a minorías por no "amoldarse" a las directrices dictadas por el empresario en base a los criterios de la mayoría (*i.e.,* los clientes), viéndose aquellos(as) obligados(as) a "arreglar",

[21] Vickers, L.: "Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace", *European Labour Law Journal,* Vol. 8, nº3, 2017, pp. 232-257, pp. 254-256.

por sí mismas, la situación controversial, aunque ello implique renegar de su fe o identidad. Salvando las distancias, es como si el TJUE confirmara el despido de una empleada por no haber ésta evitado antes quedarse embarazada[22].

En relación con esto último, se ha llegado a afirmar que el "deber", sugerido por el TJUE, de mantener un diálogo con el(la) empleado(a) que se niega a despojarse de la prenda que exhibe sus creencias para ofrecerle, como alternativa a su despido, otro cargo en la empresa oculto de cara al público, podría ser considerado como una forma de acomodar las necesidades especiales de las minorías religiosas. Sin embargo, más allá de que tal actuación habría de realizarse, en su caso, cuando ello no implique una "carga adicional" para el empresario, lo cierto es que dicha alternativa no es digna de ser considerada como una auténtica política de acomodación de la diferencia, siempre y cuando ésta se considere como un medio con el que conseguir la integración e inclusión, y no la asimilación o degradación, de las personas minoritarias mediante las cuales aquella se manifiesta.

Pese a todo lo argumentado, el TJUE no solo ha vuelto a confirmar, recientemente, su perversa doctrina relativa a las políticas de neutralidad, sino que, además, la ha extendido al sector público, a la par que sigue sin pronunciarse sobre los posibles casos de discriminación múltiple originados por aquellas. Con la actitud mostrada en los recientes casos *S.C.R.L.*[23] y *OP contra Commune d'Ans*[24] el TJUE devalúa, aún más si cabe, la tutela de las minorías religiosas en el ámbito laboral.

3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y NEUTRALIDAD ESTATAL: EL TJUE ABRE LA VÍA PARA JUSTIFICAR LA EXCLUSIÓN DE LAS TRABAJADORAS MUSULMANAS TAMBIÉN EN EL SECTOR PÚBLICO

Las cuestiones traídas a colación por el tribunal remitente en *S.C.R.L.,* junto con las conclusiones aportadas por la Abogada General MEDINA son de suma importancia. En este caso el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas no solo cuestiona la insistencia del TJUE en no calificar las políticas de neutralidad como actos directamente discriminatorios, sino que propugna, además, una proyección extensiva del principio de la igualdad en el ámbito laboral al promover la distinción de las creencias religiosas y no religiosas como dos motivos de discriminación diferentes y autónomos, para apreciar y combatir así, de forma más eficaz, los acciones proclives a originar casos de discriminación múltiple, es decir; situaciones en las que una persona es discriminada por más de un motivo, como la religión y el género.

El tribunal remitente parte de que el Derecho nacional belga otorga una protección independiente y autónoma a las convicciones religiosas, a las convicciones filosóficas y a las convicciones políticas, lo que permite reducir, considerablemente, los estándares de comparabilidad, y apreciar, con más claridad, el impacto desigual de las políticas de neutralidad sobre los miembros pertenecientes a una misma categoría de trabajadores; como la conformada, solo, por los trabajadores que desean o sienten la necesidad de manifestar su fe. Compárese, por ejemplo, el caso de una trabajadora que profesa el islam con el de otra trabajadora católica que, en cambio, tenderá a manifestar su religión no tanto a través de su indumentaria sino, más bien, de su comportamiento hacia los demás[25]. El tipo de comparación realizada, y el ámbito de referencia utilizado constituyen, pues, dos elementos esenciales a la hora de determinar el nivel de igualdad deseable en la sociedad[26]. En este sentido, el tribunal belga

[22] *Ibid.,* p. 252.
[23] STJUE de 13 de octubre de 2022, *S.C.R.L.,* as. C-344/20.
[24] STJUE de 28 de noviembre de 2023, *OP contra Commune d'Ans,* as. C-148/22.
[25] WEILER, J.H.H.: "¡Je suis Achbita!", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* nº73, 2018, pp. 4-15, p. 7.
[26] Conclusiones de la Abogada General MEDINA presentadas en el asunto *S.C.R.L.*, C-344/20, punto 34.

sugiere hasta seis estándares de comparabilidad, a partir de los cuales no es difícil deducir (salvo para el TJUE) el carácter directamente discriminatorio de las políticas de neutralidad. Entre ellos destaca, en particular, el que se refiere a las distintas consecuencias sufridas por una trabajadora que lleva un velo musulmán y un trabajador que profesa la misma religión pero la manifiesta, en cambio, a través de la barba:

"¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78] en el sentido de que una norma recogida en el reglamento laboral de una empresa, que exige a los trabajadores "no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean", constituye una discriminación directa cuando la aplicación concreta de esta norma interna ponga de manifiesto:

[…]

f) […] que la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador con las mismas convicciones que opta por manifestarlas a través de la barba (manifestación esta que no está expresamente prohibida por la norma interna, a diferencia de las manifestaciones a través de la vestimenta)?»"[27]

En otras palabras, el tribunal belga brinda al TJUE una extensa lista de argumentos para modificar, en general, su postura sobre las políticas de neutralidad, y para combatir, en particular, la existencia de la discriminación múltiple en el mercado comunitario. La Abogada General, al distinguir en sus conclusiones entre el juicio de comparabilidad *intergrupo* e *intragrupo* parece asumir la línea planteada por el tribunal remitente[28]. Al sugerir al TJUE, en este caso, la aplicación de la segunda técnica comparativa la Abogada MEDINA propugna, en efecto, una visión sustantiva y plural del principio de la igualdad:

"La comparación intragrupo requiere apreciar la existencia de discriminación *dentro de un grupo constituido por personas que comparten la misma característica protegida*. Según el Tribunal de Justicia, su finalidad es evitar mermar la protección que confiere la Directiva 2000/78, centrándose en detectar las cargas relativas que soportan determinadas personas que pertenecen a un grupo que comparte la misma característica protegida (como la religión), en lugar de buscar similitudes y diferencias entre dos grupos que no están vinculados por esa característica común (y que pertenecen, por tanto, a categorías distintas; *e.g.,* los que manifiestan su ideología política y los que revelan sus creencias religiosas). Desde esa perspectiva, la comparación intragrupo amplía el alcance de la Directiva 2000/78 incrementando la sensibilidad frente a desventajas menos visibles y extiende asimismo la protección de la igualdad a las personas menos favorecidas dentro de un grupo particular."[29]

La comparación *intragrupo* pone el foco, pues, en los sujetos más vulnerables, al permitir su reconocimiento y acomodación mediante la calificación, como discriminación directa, de una serie de casos que, según la comparación *intergrupo,* que es la técnica habitualmente seguida en los casos relativos a la Directiva 2000/78[30], serían considerados, en el mejor de los casos, como discriminación indirecta, dando lugar, al final, a la asimilación de aquellos[31]. Recuérdese que los tests

[27] STJUE de 13 de octubre de 2022, *S.C.R.L., op.cit.,* pár. 23. Énfasis añadido.
[28] Conclusiones de la Abogada General MEDINA presentadas en el asunto *S.C.R.L.*, C-344/20, puntos 35-39.
[29] *Ibid.,* punto 39. Énfasis y paréntesis añadido.
[30] *Ibid.,* punto 37.
[31] Dube, N.: "Not just another Islamic headscarf case: LF v SCRL and the CJEU's missed opportunity to inch closer to acknowledging intersectionality", en *European Law Blog,* 2023. Disponible en: https://europeanlawblog.

de proporcionalidad a los que queda sometida la discriminación indirecta no son tan estrictos como los aplicados en relación con la discriminación directa.

La respuesta dada por el TJUE, no obstante, vuelve a dejar mucho que desear. Este último, en lugar de permitir al tribunal remitente aplicar la religión y las convicciones como dos motivos de discriminación autónomos, en aras de reducir el juicio de comparabilidad y otorgar, así, un régimen de protección mayor frente a las políticas laborales de discriminación, el Tribunal afirma, con decisión, que los Estados no cuentan con un margen de apreciación tan extenso como para subdividir en diversas categorías una de las causas recogidas en el Artículo 1 de la Directiva 2000/78; en este caso "la religión o convicciones". No en vano, ello generaría una cantidad ingente de subgrupos de trabajadores *so pena de* desvirtuar la aplicación uniforme del marco general para la igualdad de trato que establece dicha norma[32]. En cualquier caso, la concepción unitaria de la causa discriminatoria "religión o convicciones" no tiene por qué confinar el juicio de comparabilidad a la técnica de interpretación *intragrupo*[33].

Por si esto fuera poco, aún más decepcionante es la postura mantenida por los jueces de Luxemburgo ante la referencia, implícita, al concepto de discriminación múltiple[34]. Al puntualizar que "*la trabajadora* que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe *un trato menos favorable* que *otro trabajador con las mismas convicciones* que opta por manifestarlas a través de la barba", el tribunal belga sugiere que las consecuencias derivadas de las políticas de neutralidad son sufridas, en particular (*de facto* únicamente), por aquellos(as) trabajadores(as) que portan una prenda que cubre su rostro (pañuelo) en base a sus convicciones (religiosas y musulmanas), los(as) cuales, además, aunque no siempre, es probable que tengan un origen étnico minoritario, lo que evidencia, más si cabe, su especial situación de vulnerabilidad[35]. El TJUE, no obstante, guarda silencio. Lo que resulta sorprendente si tenemos en cuenta que el principio de no discriminación comunitario, esencial para el proceso de integración, se construye, en parte, como vía para alcanzar la igualdad entre trabajadores y trabajadoras. Recuérdese el primigenio principio de igualdad salarial acogido por el artículo 119 TCE (hoy artículo 157 TFUE).

Esta reiterada actitud evasiva[36], junto con la desafortunada postura mostrada, además, en el anterior caso *Parris*[37], en el que el Tribunal se pronuncia sobre el concepto de discriminación múltiple pero para negar, en cambio, su concurrencia, y, con ello, la discriminación laboral del sujeto afectado, nos lleva a concluir con que la aspiración fundacional por alcanzar un mercado único, inclusivo e igualitario dista, todavía, de realizarse. Así lo confirma, de hecho, el último de los casos llevado ante el TJUE en relación con la presencia de pañuelos islámicos en el puesto de trabajo; *OP contra Commune d'Ans*.

---

eu/2023/01/19/not-just-another-islamic-headscarf-case-lf-v-scrl-and-the-cjeus-missed-opportunity-to-inch-closer-to-acknowledging-intersectionality/

[32] STJUE de 13 de octubre de 2022, *S.C.R.L., op.cit.,* pars. 54 y 55.

[33] *Ibid.,* par. 59: "[…] la existencia de un único criterio que englobe la religión y las convicciones no se opone a las comparaciones entre los trabajadores que tienen convicciones religiosas y los que tienen otras convicciones ni tampoco a las comparaciones entre trabajadores que tienen convicciones religiosas diferentes".

[34] Dube, N.: "Not just another Islamic headscarf case: LF v SCRL and the CJEU's missed opportunity to inch closer to acknowledging intersectionality", *op.cit.*

[35] En *IX contra WABE eV y MH Müller Handels GmbH contra MJ* una de las partes litigantes aduce, expresamente, que este tipo de prohibiciones perjudica, de forma especial, a las mujeres inmigrantes (par. 30),

[36] Presente, también, en *Achbita, Bougnaoui* y *IX contra WABE eV y MH Müller Handels GmbH contra MJ*.

[37] STJUE, de 24 de noviembre de 2016, *Parris,* as. C-443/15. En este asunto se planteaba la posibilidad de que la restricción sufrida en el pago de un plan de pensiones se debiera a una discriminación múltiple por edad y orientación sexual.

OP contra Commune d'Ans tiene una relevancia especial porque, al contrario de sus predecesores, este caso concierne, por primera vez, la ejecución de políticas de neutralidad en el sector público, concretamente por parte del Ayuntamiento de Ans, Bélgica, lo que lleva a que los argumentos o cuestiones invocadas por el tribunal remitente sean sustancialmente distintas a las presentadas en los supuestos enmarcados en el sector privado. Así, por ejemplo, en *OP contra Commune d'Ans* no se hace referencia a la libertad de empresa o a la rentabilidad del empleador como elementos a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad. El principio de neutralidad del servicio público, con fundamento en la tradición constitucional del Estado, es, en cambio, el argumento de justificación elegido[38]. En *OP contra Commune d'Ans* la neutralidad no opera como principio que inspira la política de marketing del empleador, sino el (controvertido) sistema de relaciones entre el Estado y la Iglesia, en el que el TJUE ha de intervenir con cautela dadas las limitaciones competenciales de la Unión (artículos 4.2 TUE y 17 TFUE), a la par que se ve obligado a promocionar un marco de protección general del principio de igualdad en el ámbito laboral[39].

En este contexto, tras confirmar, otra vez, que las políticas de neutralidad, si son aplicadas de forma indiscriminada, no constituyen discriminación directa, el TJUE dispone que el objetivo de alcanzar un entorno administrativo totalmente neutro constituye una finalidad legítima susceptible de justificar una medida discriminatoria (indirecta). Ello lo reconoce siendo consciente, al mismo tiempo, del lugar tan singular que ocupa la religión en la identidad constitucional de los Estados, y, en consecuencia, recuerda que estos disponen de un margen de apreciación amplio a la hora de regular las relaciones Iglesia-Sector Público. Así, el principio de neutralidad puede aludir, como sucede en el caso de autos, a una neutralidad exclusiva, que conlleva prohibir cualquier indumentaria que exhiba convicciones filosóficas y/o religiosas, no solo en relación con los trabajadores en contacto visual con los ciudadanos, sino también, incluso, con aquellos que conservan puestos ocultos de cara al público. Asimismo, los Estados también pueden concebir la neutralidad en el sector público como una política que establezca el mismo tipo de prohibición, pero limitada a los empleados que interaccionan con los usuarios, o, por el contrario, en una autorización general e indiferenciada para el uso de simbología incluso durante la interacción con aquellos[40]. Siguiendo esta línea, el Tribunal admite, pues, el carácter proporcional y necesario de la medida, en este caso; una política de neutralidad exclusiva, siempre y cuando ésta afecte, de forma indiscriminada, a todos los trabajadores, también, y en particular, a aquellos en posesión de símbolos pequeños o muy discretos[41]. Esto último, en cualquier caso, tendrá que comprobarlo el tribunal remitente tras ponderar los intereses en juego: por un lado, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 10 CDFUE) y la prohibición de discriminación por religión *ex.art.21 CDFUE,* y, por otro, el principio de neutralidad en el lugar de trabajo.

Finalmente, conviene destacar que el tribunal remitente también pregunta, expresamente, si este tipo de medidas afectan, de forma desproporcionada y encubierta, a las mujeres[42]. Es decir, si las políticas de neutralidad discriminan de forma indirecta y múltiple a las trabajadoras musulmanas. Como venía sucediendo en los casos anteriores, el Tribunal se escuda en que el principio de no discriminación indirecta por razón de sexo viene recogido en la Directiva 2006/54, la cual no ha sido invocada por los jueces nacionales, que se refieren, solo, a la Directiva 2000/78, y, por ende, a la lista (exhaustiva) de motivos que contempla su Artículo 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual), lo que lleva al TJUE a sentenciar la inadmisibilidad de la cuestión. Con tal

[38] En este caso, artículos 10 y 11 de la Constitución belga, relativos al principio de igualdad y no discriminación.

[39] Dube, N.: "OP v. Commune d'Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2024, pp. 1-12, p. 7.

[40] STJUE de 28 de noviembre de 2023, *OP contra Commune d'Ans*, *op.cit.,* par. 32-36, en especial par. 33.

[41] *Ibid.,* par. 39.

[42] *Ibid.,* par. 20.

afirmación el Tribunal parece pasar por alto[43], empero, que la propia Directiva 2000/78 promueve, en su considerando número 3, la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres, al igual que reconoce que éstas tienden a ser víctimas de discriminaciones múltiples:

"En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples"[44].

El hecho de concebir a la discriminación como un fenómeno aislado cuyas causas no se relacionan entre sí implica proyectar una visión de la discriminación que no solo no es realista en cuanto a su contenido y consecuencias, sino que, además, y lo que es más importante, no hace justicia a la significación de los valores en los que se fundamenta la Unión, como la igualdad, el pluralismo o la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías (Artículo 2 TUE). Es por ello por lo que el enfoque seguido por el TJUE a la hora de abordar el concepto de la discriminación múltiple, basado en eludir o incluso rechazar una visión holística y sinérgica del significado de la discriminación resulta sorprendente, y, cuanto menos, digno de ser cuestionado.

De igual forma, secundar, sin demasiado escrutinio, el argumento nacional de que la neutralidad exclusiva del sector público es una finalidad legítima *per se* es, también, una decisión controvertida. Si bien el principio de neutralidad impone al Estado el deber de mantener una actitud imparcial ante el fenómeno religioso, y, por ende, tratar a las diferentes Iglesias conforme a un marco de igualdad y no discriminación, acorde al contexto nacional, aquél también urge al Estado a reflejar la comunidad de individuos a la que éste sirve, lo que habría de realizar a través de la acomodación[45], que no asimilación, de sus minorías religiosas (*i.e.,* neutralidad exclusiva). Si bien es cierto, por una parte, que la Unión no debe imponer a los Estados el contenido del principio de neutralidad estatal que impera en sus respectivos ordenamientos, también es cierto, por otra parte, que cuando este último afecta, de forma desproporcionada, a sujetos vulnerables como las minorías religiosas y/o a las mujeres, una revisión de su doctrina, a partir de la cual éste viniera a reconocer el carácter directamente discriminatorio de las políticas de neutralidad, y/o la discriminación múltiple que estas generan por causas como la religión y el género, no haría más que fomentar la realización de un mercado plural y tolerante, y, con ello, el incremento del empleo y nivel de vida de todos sus participantes.

4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: ¿HACIA UNA DEVALUACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA UE?

La Directiva 2000/78, encargada de establecer un marco general del principio de la igualdad de trato en el sector laboral aspira, según exponen sus considerandos número 9 u 11[46], a proteger a los grupos minoritarios y promover su participación en el mercado laboral, en aras de incrementar la cohesión económica y social. Sin embargo, la saga jurisprudencial concerniente a la presencia de simbología filosófica y/o religiosa en el trabajo habilita a los empleadores a asimilar o excluir

[43] Dube, N.: "OP v. Commune d'Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide", *op.cit.,* pp. 8-9.

[44] No en vano, recuérdese que todos los casos concernientes a políticas de neutralidad han sido planteados, en el contexto nacional, por trabajadoras musulmanas.

[45] Vickers, L.: "Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace", *op.cit.,* p.253.

[46] "La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas."

a aquellos(as) trabajadores(as) pertenecientes a minorías que se niegan a esconder o renegar de su identidad cultural (su religión musulmana). Si la Unión Europea busca, de verdad, construir un mercado inclusivo e igualitario, la doctrina sentada por el TJUE es problemática por diversos motivos.

En primer lugar, porque como demuestra toda la saga jurisprudencial construida, hasta la fecha (julio de 2024), por el TJUE en la materia, este último ha optado, como norma general, por considerar las políticas de neutralidad empresarial como actos, en su caso, de discriminación indirecta. Ello implica reconocer un amplio margen para apreciar su legitimidad, lo que tiende a provocar una alarmante devaluación del régimen de protección que otorga la UE a sus empleados.

Y, en segundo lugar, porque el TJUE proyecta, de esta forma, una dimensión del principio de la igualdad demasiado formal, que despoja a este último de su contenido más esencial. Al considerar que las políticas de neutralidad no discriminan de forma directa porque sus consecuencias negativas afectan a todos los trabajadores por igual, el Tribunal no hace justicia ni a los objetivos en los que se basa el Derecho antidiscriminatorio de la UE, ni a los valores en los que se inspira a esta última. No en vano, si esta "igualdad a la baja" es admitida en relación con la religión o convicciones, ¿quién dice que dicha tendencia, regresiva en la protección de los derechos de los empleados, no pudiese extenderse, en el futuro, al resto de motivos incluidos en la Directiva 2000/78?[47] No en vano, repárese en que la Directiva 2000/78 recoge causas discriminatorias tan "controvertidas" como la orientación sexual.

Dado el enfoque elusivo del Tribunal a la hora de afrontar la cuestión de la discriminación múltiple, incluso cuando ésta se origina en relación con las causas discriminatorias más protegidas por el Derecho de la Unión, como la etnia y/o el género[48], la pregunta no resulta, para nada, descabellada.

5. BIBLIOGRAFÍA

Belavusau, U.: "Towards EU Sexual Risk Regulation: Restrictions on Blood donations as Infringement of Active Citizenship", *European Journal of Risk Regulation,* Vol. 7, No. 4, 2016, pp. 801-809.

Bell, M.: *Anti-Discrimination Law and the European Union,* Oxford University Press, 2002.

Bonelli, M., "A union of values: safeguarding democracy, the rule of law and human rights in the EU member states", *Tesis doctoral, Universidad de Maastricht*, 2019.

Dube, N.: "Not just another Islamic headscarf case: LF v SCRL and the CJEU's missed opportunity to inch closer to acknowledging intersectionality", en *European Law Blog,* 2023. Disponible en: https://europeanlawblog.eu/2023/01/19/not-just-another-islamic-headscarf-case-lf-v-scrl-and-the-cjeus-missed-opportunity-to-inch-closer-to-acknowledging-intersectionality/

Dube, N.: "OP v. Commune d'Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2024, pp. 1-12.

Guerra Martins, A. M.: "Equality and Non-Discrimination as an Integral Part of the EU Constitutional Identity", en Giegerich, T. (ed.) *The European Union as a Protector and Promoter of Equality,* Springer, 2020, pp. 25-44.

Howard, E.: "The Case for a Considered Hierarchy of Discirmination Grounds in EU law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* Vol. 13, nº4, 2006, pp. 445-470.

Howard, E.: "OP v Commune d'Ans: Another Step in the Wrong Direction for Headscarf-Wearing Women", *Industrial Law Journal,* Vol. 53, nº2, 2024, pp. 305-320.

Porras Ramírez, J. Mª.: "Las minorías en la Unión Europea: La tensión entre la demanda de reconocimiento y la preservación de la identidad nacional", *Revista Integración Regional & Derechos Humanos,* Vol. 11, Nº2, 2023, pp. 67-112.

[47] Howard, E.: "OP v Commune d'Ans: Another Step in the Wrong Direction for Headscarf-Wearing Women", *Industrial Law Journal,* Vol. 53, nº2, 2024, pp. 305-320, p.315.

[48] Howard, E.: "The Case for a Considered Hierarchy of Discirmination Grounds in EU law", *op.cit.*

Porras Ramírez, J. Mª.: "La Libertad religiosa como Derecho Fundamental en perspectiva estatal, internacional y europea", en Porras Ramírez, J. Mª. (coord.) *Derecho de la libertad religiosa,* Tecnos, 2023, pp. 19-82.

Relaño Pastor, E.: "Religious Discrimination in the Workplace. Achbita and Bougnaoui", en a Belavusau, U., & Henrard, K., (ed.): *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender,* Oxford, Bloomsbury Publishing, 2018, pp. 183-202.

Vickers, L.: "Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace", *European Labour Law Journal,* Vol. 8, nº3, 2017, pp. 232-257.

Waddington, L., & Bell, M.: "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *Common Market Law Review,* Vol. 38, nº3, 2001, pp. 587-611.

Weiler, J.H.H.: "¡Je suis Achbita!", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* nº73, 2018, pp. 4-15.

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

ERTE por fuerza mayor derivado de un "ciberataque". Análisis de la STS 3452/2024[1]

Temporary Employment Regulation File due to force majeure resulting from a"cyberattack". Analysis of the Supreme Court Ruling 3452/2024

Tamara Prieto Pérez *Investigadora Contratada Predoctoral*
Universidad de León
https://orcid.org/0009-0000-5927-1436

Cita Sugerida: PRIETO PÉREZ, T. «ERTE por fuerza mayor derivado de un "ciberataque". Análisis de la STS 3452/2024». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 213-230.

Resumen

El objetivo de este estudio jurídico es examinar, a la luz de la jurisprudencia sentada por la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de junio de 2024, las circunstancias bajo las cuales un incidente de ciberseguridad que afecte a una entidad corporativa puede ser considerado como un evento constitutivo de fuerza mayor, justificando así la implementación de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE).

El análisis se propone deconstruir la noción tradicional de fuerza mayor, expandiendo su alcance más allá de los fenómenos de origen natural, tales como desastres geológicos o eventos meteorológicos extremos. En el contexto de una sociedad caracterizada por un alto grado de desarrollo tecnológico, como es el caso de la actual, se argumenta que ciertos eventos "antropogénicos" pueden cumplir con los criterios jurídicos establecidos para la calificación como fuerza mayor.

Palabras clave

Ciberataque, ERTE, fuerza mayor, imposibilidad de la prestación

Abstract

The aim of this legal study is to examine, in light of the jurisprudence established by the Supreme Court's judgment of June 11, 2024, the circumstances under which a cybersecurity incident affecting a corporate entity can be considered an event constituting force majeure, thus justifying the implementation of a Temporary Employment Regulation File (ERTE).

The analysis proposes to deconstruct the traditional notion of force majeure, expanding its scope beyond natural phenomena, such as geological disasters or extreme weather events. In the context of a society characterized by a high degree of technological development, as is the case with the current one, it is argued that certain "anthropogenic" events may meet the legal criteria established for qualification as force majeure.

Keywords

Cyberattack, Temporary Employment Regulation File, Force, Majeure, impossibility of performance

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Las incidencias cibernéticas que implican la sustracción o el cifrado no autorizado de datos se han convertido en una amenaza constante en el panorama empresarial actual, constituyendo un obstáculo significativo para el desarrollo normal de las operaciones corporativas. Europol define los ciberataques como "delitos que o pueden perpetrarse mediante el uso de ordenadores, redes informáticas y otras tecnologías de la información y comunicación (TIC)"[2]. Además de esta definición general,

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación (TED 2021-1295526B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Nº. Proyecto: UXX12022/00217

[2] Europol accesible en OCTA 2018 https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ iocta2018.pdf

Fecha Recepción:09/09/2024 - Fecha Revisión: 10/09/2024 - Fecha Aceptación: 17/09/2024
Págs. 213-230

existen conceptualizaciones más específicas, como la presentada en el informe "Ciberamenazas y tendencias" del Centro Criptógico Nacional - Computer Emergency Response Team (CCN-CERT), que se centra en las posibles consecuencias de estos ataques: "una operación cibernética, ya sea ofensiva o defensiva, con potencial para causar pérdidas de vidas humanas, lesiones, daños materiales o destrucción de bienes".

Sin necesidad de profundizar en análisis técnicos detallados o revisar exhaustivamente la información actual sobre estos incidentes, es evidente que los ciberataques han alcanzado una prevalencia significativa en nuestra sociedad, extendiéndose más allá del impacto en el ámbito empresarial y afectando igualmente a las administraciones públicas y a los ciudadanos. Además, es innegable la gravedad y las consecuencias de estos ataques, que incluyen efectos económicos adversos, la interrupción de operaciones, el secuestro de datos y su tráfico ilícito, entre otros. En este sentido, los ciberataques pueden considerarse uno de los costos asociados a la digitalización integral de los hábitos y estilos de vida en el siglo XXI. Este fenómeno, caracterizado por su complejidad, innovación constante y creciente sofisticación, presenta una diversidad considerable de formas y efectos.

Recientemente, se ha publicado la resolución de un recurso de casación que podría establecer un precedente jurisprudencial en cuanto a las implicaciones legales de un incidente cibernético de gran magnitud en el ámbito empresarial. La sentencia 908/2024 emitida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece que un incidente de seguridad informática puede ser considerado como un caso de fuerza mayor, justificando así la implementación de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE).

Es pertinente recordar que un ERTE por fuerza mayor es un procedimiento administrativo-laboral que permite a una entidad empresarial suspender temporalmente los contratos laborales de su plantilla ante circunstancias excepcionales que impidan el mantenimiento de sus actividades regulares[3].

Para contextualizar adecuadamente el caso en cuestión, es necesario examinar los antecedentes. El 4 de junio de 2021, la empresa Ilunion Contact Center, con cinco centros de trabajo situados en diferentes provincias, una entidad especializada en servicios de Contact Center y Telemarketing, cuya actividad principal pasaba por proporcionar soporte al cliente y manejar grandes volúmenes de comunicaciones telefónicas para diversas compañías, detectó la presencia de un virus *ransomware*[4] de la familia "Ryuk" en su infraestructura tecnológica, cifrando la información en los sistemas de la empresa y bloqueando el acceso a datos esenciales, lo cual precipitó la necesidad de implementar medidas de suspensión y reducción de jornada laboral, afectando a un total de 1.192 personas empleadas.

Este incidente comprometió de manera crítica sus operaciones, obligando al aislamiento y desconexión de su infraestructura de red. Este malware estaba afectando al funcionamiento normal de su sistema operativo en uno de los servidores centralizados, ubicado en un centro de datos crítico para sus operaciones, comprometiendo el funcionamiento de uno de sus servicios de base de datos,

[3] *Cfr*. Lahera Forteza, J.: «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en AAVV: *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid,* 2012, pág. 181-183, Sola Monells, X.: "La suspensión por causas empresariales tras la reforma laboral de 2012: problemática aplicativa y valoración crítica" en AAVV: *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, 2016, págs. 288, 289 y 312.

[4] El ransomware es un código dañino para secuestrar datos, una forma de explotación en la cual el atacante cifra los datos de la víctima y exige un pago por la clave de descifrado.

una parte esencial de su plataforma, ya que almacena y gestiona toda la información de las llamadas y las incidencias registradas[5].

El impacto del *ransomware* fue significativo, ya que interrumpió no solo las operaciones diarias de la empresa, sino también su capacidad para ofrecer un servicio continuo y eficiente a sus clientes.

Para contener la propagación del virus, fue imperativo realizar un apagado completo del Centro de Procesamiento de Datos (CPD) y cortar todas las comunicaciones. Este CPD es crítico, ya que alberga los servidores que manejan y procesan toda la información digital necesaria para la prestación de servicios, incluyendo los procesos administrativos internos y las infraestructuras de comunicación vinculadas. La interrupción implicó la desconexión de todas las redes internas, el cese de operaciones de los sistemas por donde fluye y se procesa información esencial, y la suspensión de los enlaces de comunicación con todas las sucursales donde se llevaban a cabo los servicios de centro de atención telefónica y gestión documental. Estas acciones fueron necesarias para aislar el virus y proteger la integridad de los datos y sistemas operativos involucrados.

Se estimó que el restablecimiento completo de las actividades requeriría un período de 14 semanas. Se constata que Ilunion había previsto la posibilidad de un incidente de ciberseguridad y había implementado medidas de protección acordes con los estándares de la industria. No obstante, estas medidas resultaron insuficientes para prevenir el ataque, lo que condujo a la suspensión de la mayoría de los servicios y a la consecuente paralización de las actividades laborales.

Ante esta situación, la mencionada empresa presentó ante la Dirección de Trabajo una solicitud para declarar fuerza mayor con el fin de activar un ERTE que afectaría a 1.192 personas trabajadoras. sin embargo, la Administración del Estado impugnó el ERTE, argumentando que un incidente de ciberseguridad es previsible dada la naturaleza digital de las operaciones de la entidad. Ante esta decisión, la empresa optó por iniciar un procedimiento judicial para revisar y resolver la situación, buscando amparo legal para proceder con las medidas de ajuste necesarias en respuesta al impacto del ciberataque en sus operaciones y recursos humanos.

Con la sentencia de 11 de junio de 2024[6], el Tribunal Supremo ha confirmado la decisión adoptada por la Audiencia Nacional en sentencia de 14 de marzo de 2022, en el proceso de impugnación de actos administrativos de naturaleza laboral seguido bajo el número 13/2022, a instancia de la empresa Ilunion Contact Center S.A.U, en la que estima la demanda considerando la existencia de silencio administrativo positivo en relación a la solicitud de declaración de fuerza mayor formulada por esta tras sufrir un ciberataque.

El Tribunal Supremo ha dictaminado que un ataque cibernético no puede ser excluido de la categoría de fuerza mayor meramente por su previsibilidad. El factor determinante radica en la inevitabilidad del suceso, a pesar de la implementación de medidas de seguridad pertinentes, argumentando la imposibilidad material de que estas personas trabajadoras desempeñaran sus funciones habituales; así el Tribunal Supremo ha ratificado el recurso presentado ante la Audiencia Nacional, estableciendo que, si bien un ataque cibernético puede ser considerado previsible, también puede clasificarse como "inevitable" cuando supera las medidas de control y prevención razonablemente implementadas por la entidad afectada.

[5] El CCN-CERT ha desarrollado el documento de Buenas prácticas 21 sobre gestión de incidentes de ransomware. Disponible en: https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-de-buenaspracticas-bp.html Fecha de consulta: 10 de agosto de 2024.

[6] STS 3452/2024 – ECLI:ES:TS:2024:3452

2. POSICIONES DE LAS PARTES

En la sentencia bajo análisis, la empresa fundamenta su argumentación en los resultados del informe emitido por la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil, relativo a la existencia y efectos del virus sufrido, sosteniendo que dicho ataque constituye una causa que impidió el normal desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores, motivo por el cual se solicitó la suspensión de sus contratos. En consecuencia, la empresa considera probada la relación de causalidad entre el virus, el ataque sufrido, y las consecuencias derivadas. De la sentencia se desprende, además, que está pendiente una reclamación patrimonial contra el Estado debido a la denegación del reconocimiento de la fuerza mayor y los daños ocasionados como resultado de ello: los trabajadores no vieron suspendidos sus contratos, se les abonaron los salarios correspondientes y se efectuaron los pagos a la Seguridad Social. Asimismo, se argumenta que el silencio administrativo debería haber tenido efectos favorables en la solicitud de suspensión de los contratos laborales.

Por su parte, la Abogacía del Estado se opone, argumentando que la resolución impugnada fue dictada dentro del plazo legal y que, en todo caso, el silencio administrativo debe interpretarse de manera negativa. En cuanto al fondo del asunto, sostiene que no concurre la causa de fuerza mayor al tratarse de una empresa del sector de las telecomunicaciones, a la cual se le exige un grado especial de diligencia, y que la aparición del virus no determinó el cese de la actividad. El sindicato CGT se opuso a la demanda por las mismas razones, argumentando que el funcionamiento ordinario de la empresa no se vio afectado, que la ocurrencia de un ataque informático era previsible y que la empresa no actuó con la diligencia debida, ya que no contaba con copias de seguridad externas al entorno de red, lo que habría permitido mitigar las consecuencias del ataque.

3. EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La cuestión nuclear a dirimir en este procedimiento radica en establecer si la solicitud de autorización de ERTE por causa de fuerza mayor presentada por la empresa recurrente se consideró aprobada automáticamente mediante silencio administrativo positivo, dado que la resolución de la Administración demandada fue emitida extemporáneamente, es decir, fuera del plazo legalmente establecido de 5 días. En el supuesto de que no se considere que la Resolución fue aprobada por silencio administrativo positivo y, en consecuencia, se dictamine desfavorable, es preciso evaluar la existencia de una causa justificada de fuerza mayor.

En lo que respecta a los plazos administrativos, la sentencia determina que no procede considerar que la Administración dictó su resolución extemporáneamente, descartando así la estimación por silencio positivo de la solicitud de ERE por fuerza mayor. La ampliación de plazos, regulada en el artículo 32 de la Ley 39/2025 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, presenta un régimen jurídico diferenciado en función de si deriva o no de un incidente técnico. En el caso de incidencias técnicas, el artículo 32.4 establece requisitos específicos de publicación en la sede electrónica, tanto de la incidencia como de la ampliación concreta del plazo no vencido, manteniéndose la ampliación hasta la resolución del problema técnico. La exhaustividad en el proceso de notificación refleja el compromiso de la organización con la transparencia y la gestión proactiva de las relaciones con los clientes en situaciones de contingencia, así como su adherencia a las mejores prácticas en materia de gestión de incidentes de seguridad de la información.

Tras un análisis exhaustivo de los hechos y evidencias presentados, se corrobora la ocurrencia de un evento exógeno a la entidad, de naturaleza inevitable, que efectivamente obstaculizó el desarrollo normal de las actividades laborales.

En consecuencia, se procede a la estimación parcial del recurso interpuesto, determinando la inexistencia de silencio administrativo positivo en el presente caso.

En lo que respecta al fondo del asunto, se ratifica la resolución inicial que reconoció la concurrencia de circunstancias constitutivas de fuerza mayor. Esta determinación se fundamenta en la evaluación pormenorizada de los elementos fácticos y jurídicos pertinentes, considerando la naturaleza y el impacto del incidente en cuestión sobre las operaciones de la entidad y su capacidad para mantener la continuidad en la prestación de servicios.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional emitió un fallo favorable a Ilunion, fundamentado en la documentación aportada por la empresa y en el análisis forense realizado por Deloitte, que confirmaron la autenticidad del ciberataque y la subsiguiente recuperación gradual de los sistemas afectados. La presente resolución se emite en consonancia con la normativa aplicable y la jurisprudencia vigente en materia de fuerza mayor en el ámbito laboral, atendiendo a los criterios de excepcionalidad, imprevisibilidad y carácter externo del evento disruptivo.

En el proceso de impugnación de actos administrativos de naturaleza laboral seguido bajo el número 13/2022, a instancia de la empresa, en el que se estima la demanda se consideró la existencia de silencio administrativo positivo en relación a la solicitud de declaración de fuerza mayor formulada por la empresa tras sufrir un ciberataque, ya que aunque pudo ser anticipado, resultó inevitable, insuperable e irresistible, siempre y a su vez la causa que lo generó fue ajena y no dependió de la voluntad de la persona obligada, en este caso la propia empresa, tratándose de un evento externo al ámbito de la misma y totalmente independiente de la voluntad del empresario, cumpliendo por ende, con los criterios establecidos por la jurisprudencia para considerarlo un caso de fuerza mayor.

4. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE FUERZA MAYOR

El Estatuto de los Trabajadores menciona la fuerza mayor como una de las causas que justifican la suspensión del contrato de trabajo (véase los artículos 45.1.i y 47.3) y también como motivo para su extinción (artículos 49.1.h. y 51.7 ET). No obstante, ninguno de estos artículos define específicamente el concepto de fuerza mayor. Solo se mencionan los requisitos necesarios para aplicar estas medidas laborales: debe tratarse de un evento "temporal" para permitir la suspensión del contrato o la reducción de la jornada laboral mientras que, para justificar la extinción del contrato, debe imposibilitar "definitivamente la prestación de trabajo"[7].

Para comprender el concepto, es necesario recurrir a normas generales, en particular al artículo 1105 del Código Civil. Aunque este artículo no ofrece una lista cerrada de eventos que constituyen fuerza mayor, sí establece los criterios que un evento debe cumplir para ser considerado como tal. El precepto, que regula la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones, establece que "nadie será responsable de aquellos eventos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

Con base en estos criterios generales, otro pasaje del Código Civil enumera eventos que cumplen con estas características. El segundo párrafo del artículo 1575, por ejemplo, menciona "casos fortuitos extraordinarios" que permiten reducir la obligación de pago de la renta en un contrato de arrendamiento rústico, como incendio, guerra, peste, inundación inusual, plaga de langosta, terremoto u otro evento igualmente inusual y que no hayan podido ser razonablemente previstos por los contratantes.

[7] Solà Monells, X.: "Suspensión del contrato o reducción de jornada" en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ed. La Ley, 2013, págs. 5 y 10.

En otras áreas del ordenamiento jurídico, también existen listas de eventos que constituyen fuerza mayor. Un ejemplo es el artículo 239.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que incluye eventos como incendios causados por electricidad atmosférica, fenómenos naturales catastróficos como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones, y destrozos causados por guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Por último, una norma histórica en el ámbito laboral, la ya derogada Ley de Contrato de Trabajo, contenía una lista similar en la regla sexta del artículo 76. Aunque derogada, esta norma aún es citada por la jurisprudencia y la doctrina judicial en la resolución de conflictos (por ejemplo, STS de 8 de julio de 2008, rec. 1857/2007). Según esta regla, se consideraba causa de extinción del contrato la "fuerza mayor que imposibilite el trabajo por causas como incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas, guerra, tumultos o sediciones, y, en general, cualquier otro evento de carácter extraordinario que los contratantes no hubieran podido prever o que, previsto, no haya podido ser evitado".

A partir de estos fundamentos normativos y la experiencia acumulada en la jurisprudencia, se puede afirmar que el concepto de fuerza mayor es amplio y flexible. Los eventos catastróficos comúnmente enumerados en las disposiciones legales no agotan su definición, ya que es posible incluir otros casos de similar relevancia. Esta flexibilidad se observa claramente en los repertorios jurisprudenciales, que abarcan no solo litigios relacionados con fenómenos naturales, como lluvias intensas (por ejemplo, SSTSJ Castilla-León [Valladolid] cont. 704/2006, de 3 de abril; Extremadura cont. 48/2013, de 22 de enero), nevadas (STS de 23 de mayo de 2006, rec. 78/2005), o incendios (STS cont. 27 de febrero de 2008, rec. 105/2005), sino también circunstancias derivadas de decisiones humanas o de organizaciones. Esto se refiere a la denominada fuerza mayor "impropia", que incluye "hechos imposibilitantes no catastróficos" (como en la STSJ Andalucía (Málaga) 414/2002, de 1 de marzo), los cuales resultan de decisiones adoptadas por un tercero ajeno a la relación laboral[8].

Más que identificar los casos específicos de fuerza mayor, lo fundamental es determinar las características necesarias para que un evento sea considerado como tal[9]. En este sentido, se pueden hacer tres consideraciones clave.

Primero, no es imprescindible que un evento afecte directamente a una empresa para que se considere fuerza mayor. El evento puede impactar en su entorno, generando así la imposibilidad de continuar con sus operaciones[10]. Por ejemplo, aunque la organización no sufra daños directos debido a un desastre natural, es posible que este impida el acceso de los trabajadores o interrumpa el suministro de energía o materias primas esenciales para la producción. En estos casos, también se puede reconocer la existencia de fuerza mayor, como se ha señalado en pronunciamientos judiciales sobre nevadas (STS de 23 de mayo de 2006, rec. 78/2005) o lluvias torrenciales (SSTSJ Castilla-León [Valladolid] cont. 704/2006, de 3 de abril; Extremadura cont. 48/2013, de 22 de enero).

[8] Fernández Domínguez, J. J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid: Civitas, pág. 132.

[9] Blasco Pellicer. Á.: *Los expedientes de regulación de empleo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág.17.

[10] Esteban Gómez, A.: *Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19,* 1ª edic., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.

En segundo lugar, la consideración de un evento como fuerza mayor no se basa únicamente en su existencia. También es crucial que el empresario haya actuado con diligencia en su previsión[11]. Un evento, por extraordinario que sea, no adquiere relevancia si no se han tomado las precauciones razonables para preverlo[12]. Como establece la STS de 8 de julio de 2008, rec. 1857/2007, basándose en la doctrina de la Sala de lo Civil, la fuerza mayor se define como "una fuerza superior a todo control y previsión, ponderándose a efectos de su concurrencia la previsión normal y razonable que las circunstancias exijan en cada caso concreto". Por tanto, no es suficiente que el evento sea externo a la voluntad del empresario; también debe considerarse su carácter previsible y evitable.

El Tribunal Supremo, en su argumentación jurídica, estableció una distinción crítica entre la previsibilidad genérica de los incidentes de ciberseguridad y su inevitabilidad en contextos específicos. El órgano jurisdiccional enfatizó que, no obstante la anticipación teórica de la posibilidad de ciberataques en el paradigma empresarial contemporáneo, la materialización de amenazas cibernéticas específicas puede, bajo determinadas circunstancias, revestir características de inevitabilidad que justifican la aplicación del concepto jurídico de fuerza mayor.

Esta interpretación jurisprudencial reconoce la complejidad y la naturaleza evolutiva de las amenazas cibernéticas, estableciendo un equilibrio entre la expectativa de diligencia preventiva por parte de las entidades empresariales y el reconocimiento de la sofisticación y persistencia de ciertos vectores de ataque que pueden superar incluso las medidas de seguridad más robustas.

El Tribunal subraya que la mera previsibilidad abstracta de un riesgo cibernético no excluye automáticamente la posibilidad de que su materialización constituya un caso de fuerza mayor. Se establece así un criterio que requiere una evaluación casuística de la inevitabilidad del incidente específico, considerando factores como la naturaleza del ataque, la adecuación de las medidas de seguridad implementadas y la capacidad real de la entidad para prevenir o mitigar el impacto del incidente.

Esta postura jurisprudencial refleja una adaptación del concepto tradicional de fuerza mayor a las realidades del entorno digital, reconociendo que ciertos incidentes de ciberseguridad pueden, por su naturaleza y circunstancias, trascender el ámbito de lo prevenible y controlable por parte de una organización, aun cuando esta haya implementado medidas de seguridad acordes con los estándares de la industria.

El órgano jurisdiccional subraya que la conceptualización jurídica de fuerza mayor no se circunscribe de manera exclusiva a fenómenos de origen natural, tales como conflagraciones fortuitas o eventos sísmicos. En el contexto de una sociedad caracterizada por un alto grado de desarrollo tecnológico, se reconoce que ciertos acontecimientos, aun siendo producto de la intervención humana, pueden satisfacer los criterios jurídicos establecidos para la calificación de fuerza mayor.

Esta interpretación expansiva del concepto de fuerza mayor se fundamenta en la evolución del entorno socioeconómico y tecnológico, donde la complejidad de los sistemas y la interconexión digital generan nuevas formas de vulnerabilidad. En consecuencia, el Tribunal adopta una postura que reconoce la posibilidad de que eventos antropogénicos, particularmente aquellos relacionados con la ciberseguridad, puedan cumplir con los requisitos de externalidad, imprevisibilidad e inevitabilidad

[11] Roqueta Buj, R.: *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pág. 42.

[12] Molina Navarrete, C.: *La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo: Nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos*, Madrid, La Ley, 2024.

característicos de la fuerza mayor, pues el artículo 1105 del Código Civil al definir qué se entiende por esta no exige que sea un suceso natural sino que puede ser provocado también por la acción humana.

Esta ampliación del alcance conceptual de la fuerza mayor refleja una adaptación del marco jurídico a las realidades emergentes de la era digital, permitiendo una consideración más comprehensiva de los factores que pueden afectar la operatividad empresarial en un entorno tecnológicamente avanzado. Dejando patente una vez más que el evento causal puede ser de origen antropogénico, tomando en consideración el paradigma tecnológico contemporáneo en el que los incidentes pueden ser el resultado de intervenciones humanas deliberadas o inadvertidas. Este contexto sociotecnológico actual propicia la existencia de vectores de amenaza que emanan de la interacción entre agentes humanos y sistemas informáticos complejos, dando lugar a fenómenos disruptivos que, aunque originados en la esfera de la actividad humana, pueden manifestar características análogas a los eventos de fuerza mayor tradicionalmente reconocidos en el ámbito jurídico.

La conceptualización expandida de fuerza mayor en este escenario tecnológico reconoce la capacidad de las acciones humanas, especialmente en el dominio cibernético, de generar consecuencias que trascienden los límites de previsibilidad y control ordinarios, equiparándose así a los fenómenos naturales en su potencial de crear circunstancias extraordinarias e inevitables desde la perspectiva de la entidad afectada.

El Tribunal Supremo ratifica la resolución de la Audiencia Nacional al reconocer explícitamente la concurrencia de una situación de fuerza mayor, lo que faculta a la empresa para implementar las medidas de suspensión previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los empleados afectados.

5. LA DILIGENCIA EMPRESARIAL FRENTE A LAS AMENAZAS CIBERNETICAS

En el fundamento jurídico sexto, la sentencia se refiere a la evitabilidad o inevitabilidad de un suceso, y, de manera similar a lo que ocurre con los accidentes laborales, no impone la obligación de lograr siempre un resultado exitoso, sino que exige que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para neutralizarlo. En este caso, la prueba presentada demuestra que ILUNION disponía de diversos medios para enfrentar estos ataques, dentro de lo razonablemente posible y de acuerdo con los conocimientos técnicos estandarizados. Específicamente, en el resultado probado noveno, se indica que la empresa tenía implementado un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI), certificado por la norma ISO/IEC 27001, emitida por AENOR, y renovada anualmente mediante auditorías. Además, la empresa cuenta con una serie de políticas, normas y procedimientos de seguridad que, en caso de un ciberataque, establecen directrices para actuar de manera segura y proteger la información. Entre estas medidas, se incluye una Política de Seguridad (PO01), de la cual derivan normas que cubren todos los aspectos desarrollados en la ISO 27002. Se acreditó la implementación de controles rigurosos que regulan la seguridad operativa de los sistemas de información, los cuales incluyen las siguientes medidas:

— Asignación nominativa de cuentas de usuario, con la exigencia de contraseñas robustas.

— Revisión periódica de los permisos y privilegios asignados a los usuarios.

— Segmentación de redes para la separación de servicios diferenciados.

— Gestión de conexiones remotas a través de métodos seguros.

— Implementación de un programa antivirus actualizado en todos los equipos, con gestión centralizada.

— Realización periódica de copias de seguridad, con almacenamiento en ubicaciones seguras.

Además, la empresa contaba con un servicio de seguridad informática mediante cortafuegos, un manual específico de respuesta técnica frente a ciberataques de tipo *ransomware* y un protocolo para la gestión de incidentes de seguridad informática.

Por lo que adoptó en todo momento medidas proactivas para mitigar el impacto del ataque, además de una póliza con AIG Europe. Dichas medidas ponen de manifiesto que la empresa actuó con rigurosa diligencia para contener y solucionar el incidente acontecido. Todo ello constituye una causa de fuerza mayor que el Tribunal Supremo ha destacado, ya que el ciberataque, a pesar de no ser absolutamente imprevisible, si resultó inevitable pese a las robustas medidas de seguridad ya mencionadas implementadas por la empresa, cumpliendo con todos los estándares de seguridad razonables y legales.

Se ha constatado documentalmente que se procedió a la desactivación integral del CPD y a la subsecuente desconexión de los enlaces de telecomunicaciones con la totalidad de las sedes operativas del Contact Center. Estas medidas se implementaron con el objetivo de mitigar la propagación del software malicioso, en concomitancia con la ejecución de un análisis forense digital exhaustivo del incidente de seguridad detectado.

La implementación de estas medidas de contención y mitigación subraya la criticidad del incidente y la imperativa necesidad de preservar la integridad de la infraestructura tecnológica organizacional. La ejecución de tales protocolos de contingencia corrobora la severidad del impacto operativo y proporciona una justificación técnica para la subsiguiente inactividad laboral, fundamentada en la imposibilidad material de acceso a los sistemas y herramientas esenciales para la ejecución de las funciones laborales habituales.

En consecuencia de las medidas implementadas, se produjo una cesación total del tráfico de datos saliente desde la infraestructura de la organización hacia servicios externos, dado que la red se encontraba en un estado de aislamiento completo. Se procedió a la emisión de notificaciones formales a la cartera de clientes, informándoles sobre el incidente de ciberseguridad acaecido y la subsecuente imposibilidad de mantener la prestación de servicios.

Se constata que se efectuaron un total de 131 comunicaciones oficiales dirigidas a los clientes, detallando la interrupción de los servicios como consecuencia directa del mencionado incidente de ciberseguridad. Estas comunicaciones se llevaron a cabo siguiendo los protocolos establecidos para la gestión de crisis y en cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales pertinentes.

El órgano jurisdiccional, en su fundamentación jurídica, estableció una distinción crítica entre la mera disponibilidad laboral del personal y su capacidad operativa efectiva en un contexto de compromiso de la infraestructura tecnológica crítica. En el caso sub judice, la infraestructura de sistemas de información, considerada esencial para la ejecución de las funciones operativas del personal, se vio comprometida de manera sustancial, lo que derivó en una imposibilidad material de facto para la realización de las tareas laborales asignadas.

Esta argumentación jurídica subraya la interdependencia inherente entre la funcionalidad de los sistemas informáticos y la capacidad del personal para desempeñar sus responsabilidades

laborales en un entorno altamente digitalizado. La Sala enfatiza que la mera presencia o disposición del trabajador no constituye per se una condición suficiente para la prestación efectiva de servicios cuando los medios tecnológicos indispensables para dicha prestación se encuentran inoperativos o comprometidos.

La resolución judicial pone de manifiesto la necesidad de considerar la integridad y operatividad de los sistemas de información como un elemento sine qua non para la evaluación de la capacidad real de prestación de servicios en entornos laborales caracterizados por una alta dependencia tecnológica. Este criterio jurisprudencial establece un precedente significativo en la interpretación de las condiciones que configuran una imposibilidad material de ejecución de las obligaciones laborales en el contexto de incidentes de ciberseguridad..

El Tribunal Supremo reconoció que Ilunion actuó con la diligencia debida en las fases previa, concomitante y posterior al incidente de ciberseguridad, implementando de manera exhaustiva las medidas preventivas y correctivas a su disposición. Se enfatizó la ausencia de negligencia por parte de la entidad y se destacó que las acciones adoptadas contribuyeron significativamente a la mitigación de los impactos derivados del incidente.

Por ende, se consideró que la inoperatividad de los sistemas críticos constituye un impedimento sustancial para la prestación de servicios en un entorno altamente dependiente de la tecnología. Esta consideración se fundamenta en la relación causal directa entre la disponibilidad de los sistemas de información y la capacidad operativa del personal en el desempeño de sus funciones laborales específicas.

Asimismo, se valoró positivamente la gestión proactiva del incidente por parte de Ilunion, reconociendo la implementación de medidas de seguridad acordes con los estándares de la industria y la respuesta ágil y efectiva ante la materialización del riesgo cibernético.

La sentencia aborda los argumentos de la representación sindical (CGT), que sostenía que el suceso podría haberse evitado mediante la implementación de una copia de seguridad o un CPD secundario. Sin embargo, la Sala concluye que, según consta probado, el *ransomware* es un software malicioso capaz de infectar equipos o redes, cifrando la información, con métodos de infiltración diversos, siendo el phishing el más común, lo que implica la potencial infección a través de los dispositivos de los propias personas trabajadoras.

6. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE DESEMPEÑAR LAS TAREAS LABORALES EN CONTEXTOS ALTAMENTE TECNIFICADOS

La Sala, en su argumentación jurídica, estableció una distinción crucial entre la mera disponibilidad laboral del personal y la capacidad efectiva de ejecutar las funciones asignadas en un contexto de compromiso de los sistemas críticos. En el caso sub judice, la infraestructura informática esencial para la operatividad del personal se vio comprometida, lo que resultó en una imposibilidad material de llevar a cabo las tareas laborales encomendadas.

El Tribunal Supremo, en su análisis, reconoció la diligencia demostrada por Ilunion en las fases previa, concomitante y posterior al incidente de ciberseguridad, constatando la implementación exhaustiva de medidas preventivas y reactivas acordes con los estándares de seguridad vigentes. Se enfatizó la ausencia de negligencia por parte de la entidad y se valoró positivamente que las acciones adoptadas contribuyeron de manera significativa a la mitigación de los impactos derivados del incidente.

La Sala consideró que la inoperatividad de los sistemas críticos constituye un impedimento sustancial para la prestación de servicios en un entorno altamente dependiente de la tecnología. Esta consideración se fundamenta en la relación causal directa entre la disponibilidad de los sistemas de información y la capacidad operativa del personal en el desempeño de sus funciones laborales específicas.

El órgano jurisdiccional evaluó de manera favorable la gestión proactiva del incidente de ciberseguridad por parte de Ilunion, reconociendo la implementación de un marco de controles de seguridad alineado con los estándares y mejores prácticas reconocidos en la industria. Se destacó particularmente la respuesta ágil y eficaz de la entidad ante la materialización del vector de amenaza cibernética. La actuación diligente de Ilunion en materia de ciberseguridad, tanto en sus aspectos preventivos como reactivos, fue considerada por el Tribunal como un factor mitigante significativo en la evaluación de la responsabilidad corporativa frente al incidente y sus subsecuentes implicaciones en el ámbito laboral, siendo valorada positivamente la adopción de medidas de seguridad que, si bien no lograron prevenir completamente el incidente, demostraron un nivel de preparación y resiliencia organizacional conforme a los estándares de diligencia debida en el contexto de la ciberseguridad empresarial contemporánea.

7. DOCTRINA FIJADA POR EL ALTO TRIBUNAL

Esta valoración jurisprudencial establece un precedente relevante en la consideración de la diligencia empresarial como factor atenuante en casos de fuerza mayor derivados de incidentes de ciberseguridad. Subraya la importancia de la implementación proactiva de medidas de seguridad y de la capacidad de respuesta organizacional como elementos clave en la evaluación de la responsabilidad corporativa en el contexto de amenazas cibernéticas cada vez más sofisticadas y persistentes.

La decisión del Tribunal refleja un enfoque equilibrado que reconoce la complejidad y la naturaleza evolutiva de las amenazas cibernéticas, al tiempo que establece un estándar de diligencia razonable para las entidades empresariales en la protección de sus activos digitales y en la mitigación de los impactos laborales derivados de incidentes de esta naturaleza. La distinción fundamental entre una causa de fuerza mayor y una causa ETOP no radica en la etiología natural de la primera y humana de la segunda, sino en la externalidad y carácter extraordinario de la fuerza mayor, contrapuesta a la naturaleza ordinaria y voluntaria de las causas ETOP.

Se establece que la previsibilidad de un ciberataque en la actividad ordinaria de una empresa no excluye la posibilidad de que ciertos incidentes de esta naturaleza excedan los parámetros contemplados en el desarrollo normal de la actividad empresarial, resultando inevitables. En tales casos, si el evento inevitable supera lo previsto en el curso ordinario de la vida empresarial, se configura un supuesto de fuerza mayor.

La diferenciación jurídica fundamental entre los conceptos de fuerza mayor y causas técnicas reside en sus características intrínsecas y su etiología. La fuerza mayor se distingue por su carácter exógeno y su naturaleza extraordinaria, constituyendo un evento que excede los parámetros de previsibilidad y control ordinarios de la entidad afectada.

La fuerza mayor, en su concepción jurídica, implica una ruptura del nexo causal entre la voluntad del agente y el resultado producido, caracterizándose por su inevitabilidad incluso ante la aplicación de la máxima diligencia exigible. Por el contrario, las causas técnicas se insertan en el espectro de contingencias previsibles y gestionables dentro del marco de la actividad empresarial regular, estando sujetas a un mayor grado de control y previsión por parte de la entidad. En contraposición, las causas

técnicas se enmarcan dentro del ámbito de la gestión interna y operativa habitual de la organización, siendo consideradas de índole endógena y susceptibles de control o mitigación a través de medidas organizativas o tecnológicas implementadas por la propia entidad. El Tribunal Supremo desestima los argumentos esgrimidos por la representación sindical, que propugnaban la calificación del ERTE exclusivamente por causas ETOP, específicamente de índole técnica o productiva, en detrimento de la consideración de fuerza mayor. Esta desestimación se fundamenta en la premisa de que la previsibilidad de un evento no es óbice para su inevitabilidad. En el caso sub judice, se constata que el Ministerio de Trabajo y Economía Social fue el objeto directo del incidente de ciberseguridad en un servicio gestionado por Ilunion Contact Center.

La ponente, la Excma. Sra. Magistrada Dña. María Luz García Paredes, realiza un análisis jurisprudencial exhaustivo, haciendo especial énfasis en la sentencia del propio Tribunal de 22 de septiembre (Recurso de Casación 75/2021), que establece: "Con carácter general, el concepto de fuerza mayor debe ser entendido como un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible". Adicionalmente, se hace referencia a la sentencia de 25 de julio de 1989, que subraya: "sobre todo, se trate de un acontecimiento no definitivo o sin vocación de permanencia que conlleve una simple imposibilidad temporal de que la prestación laboral se lleve a cabo".

Con todo ello, la doctrina jurisprudencial consolida la conceptualización de la fuerza mayor como una imposibilidad temporal y sobrevenida de la prestación de servicios, caracterizada por su externalidad respecto al ámbito de control empresarial y por la ausencia de imputabilidad o atribución al empleador. Esta interpretación jurídica refuerza la aplicabilidad del concepto de fuerza mayor en el contexto de incidentes de ciberseguridad que afectan la operatividad empresarial, siempre que se cumplan los criterios de externalidad, imprevisibilidad e inevitabilidad establecidos por la jurisprudencia. La magistrada ponente hace referencia a la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo, citando específicamente la sentencia de la Sala de 22 de julio de 2015 (Recurso: 4/2012), que establece los criterios definitorios de fuerza mayor y "situación extraordinaria". Estos se caracterizan por ser acontecimientos exógenos al ámbito empresarial, absolutamente independientes de la voluntad de la entidad, que sean imprevisibles o, aun siendo previsibles, resulten inevitables.

La Sala sintetiza los criterios jurisprudenciales, definiendo la fuerza mayor como aquellos hechos que, aun siendo previsibles, resultan inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que su causa sea independiente y ajena a la voluntad del sujeto obligado. Se alude a estos eventos como "sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial". En el caso sub judice, la ponente evalúa que, en el ámbito de lo inevitable, los hechos probados demuestran que la empresa había previsto la posibilidad de un ciberataque, implementando medidas de seguridad consideradas necesarias y suficientes para su prevención. No obstante, el ataque no pudo ser evitado, como lo corrobora el informe técnico aportado.

Se establece una diferenciación jurídica de carácter fundamental entre la mera disponibilidad laboral y la ejecución efectiva de las obligaciones contractuales. El núcleo del análisis jurisprudencial se focaliza en la imposibilidad material de llevar a cabo las funciones laborales, en contraposición a la mera disposición volitiva de las personas trabajadoras para ejecutarlas. Esta distinción reviste una importancia capital en la conceptualización y calificación jurídica del tiempo de trabajo.

La imposibilidad material de desempeñar las tareas asignadas, aun existiendo voluntad y disponibilidad por parte del trabajador, plantea interrogantes complejos en el ámbito del Derecho Laboral. Estas cuestiones se centran principalmente en la determinación de si dicho período debe ser

considerado como tiempo efectivo de trabajo y, consecuentemente, en las implicaciones retributivas que de ello se derivan.

Es imperativo subrayar que esta problemática es ontológicamente distinta de la evaluación de la capacidad efectiva de trabajo. Mientras que la capacidad efectiva se refiere a la aptitud del trabajador para desempeñar sus funciones en condiciones normales, la situación analizada aborda un escenario en el que, existiendo dicha capacidad, factores exógenos impiden su materialización.

Esta disyuntiva jurídica pone de manifiesto la necesidad de una revisión y posible adaptación de los marcos normativos laborales para abordar adecuadamente las situaciones emergentes en entornos laborales altamente tecnificados. La interpretación de estos casos requiere un equilibrio delicado entre la protección de los derechos de las personas trabajadoras y el reconocimiento de las limitaciones operativas que pueden afectar a las empresas en situaciones de fuerza mayor, como los incidentes de ciberseguridad de gran envergadura.

La resolución de esta cuestión tendrá implicaciones significativas no solo en el ámbito de la remuneración, sino también en la configuración de las políticas de gestión de recursos humanos, la planificación de la continuidad del negocio y la implementación de medidas de contingencia ante disrupciones tecnológicas.

La plantilla total de la empresa comprende 2.158 empleados, cifra que excede considerablemente el total de equipos afectados, que es de 1.200. El número de personas trabajadoras contabilizados por la empresa dentro del ERTE por causa de fuerza mayor fue inferior al de equipos afectados, concretamente 1.192 empleados. Esto implica que la afectación fue parcial y no total, permitiendo que algunas personas trabajadoras continuaran prestando servicios, según consta en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

Se puede establecer una categorización dicotómica del personal en función de su operatividad durante el período en cuestión:

1. Personas trabajadoras en situación de disponibilidad laboral sin capacidad efectiva de prestación de servicios.

2. Personas trabajadoras que mantuvieron la continuidad en la prestación de servicios a pesar de las circunstancias adversas.

Esta diferenciación se corrobora mediante las declaraciones obtenidas en el proceso de investigación llevado a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Específicamente, dos trabajadoras entrevistadas manifestaron lo siguiente:

De acuerdo con las declaraciones formuladas por los representantes sindicales, se constata que, a pesar de la imposibilidad material de ejecutar las funciones laborales bajo parámetros de normalidad operativa, no se produjo una interrupción absoluta en la prestación de servicios laborales desde una perspectiva formal. El capital humano de la entidad mantuvo un estado de disponibilidad laboral continua hacia la organización empleadora, llevando a cabo el registro telemático de su jornada laboral mediante la utilización de la plataforma de colaboración digital Teams, tanto en el momento de inicio como en el de finalización de la misma.

Esta situación plantea una dicotomía jurídico-laboral entre la disponibilidad formal del personal y la imposibilidad técnica de desempeñar las funciones asignadas de manera efectiva. El mantenimiento

del registro de jornada en estas circunstancias excepcionales suscita cuestiones complejas en torno a la conceptualización del tiempo de trabajo efectivo y la remuneración correspondiente en un contexto de inoperatividad de los sistemas críticos.

La continuidad en el cumplimiento de las obligaciones formales por parte del personal, como el registro de jornada, en un escenario de disrupción operativa, pone de manifiesto la necesidad de una revisión de los protocolos laborales y de las definiciones legales de prestación de servicios en entornos altamente digitalizados. Este fenómeno evidencia la complejidad de las relaciones laborales contemporáneas, donde la presencia virtual y la disponibilidad tecnológica pueden disociarse de la capacidad real de ejecución de las tareas laborales debido a factores exógenos como los incidentes de ciberseguridad.

8. LAGUNAS LEGALES: PROPUESTAS DE REGULACIÓN TRAS LAS ENSEÑANZAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

La situación descrita plantea desafíos significativos en la interpretación y aplicación del derecho laboral, requiriendo una adaptación de los marcos normativos para abordar adecuadamente las nuevas realidades del trabajo en la era digital, especialmente en circunstancias excepcionales donde la infraestructura tecnológica se ve comprometida. En una evaluación holística de la situación, no es posible sostener, como postula la Confederación General del Trabajo (CGT), que la totalidad del personal mantuvo una continuidad operativa sin alteraciones. La evidencia empírica sugiere que, si bien un segmento del personal logró mantener su operatividad, la mayoría se encontraba en un estado de disponibilidad para la entidad empleadora. Es pertinente señalar que la cuantía de empleados incluidos en el ERTE fue inferior a la totalidad de los equipos afectados y significativamente menor en relación con el cómputo global de la plantilla de la entidad.

La evidencia factual corrobora que el día 4 de junio de 2021 se produjo una suspensión generalizada de los servicios proporcionados a la cartera de clientes, lo cual derivó en la inoperatividad del personal adscrito a dichas campañas. Esta situación fue consecuencia directa de la imposibilidad de acceder y utilizar las herramientas informáticas fundamentales para el desarrollo de las operaciones, las cuales se vieron específicamente comprometidas por un incidente de ciberseguridad. Dicho incidente tuvo un impacto significativo, afectando a un total de 28 campañas destinadas a una diversidad de clientes.

El incidente de ciberseguridad, caracterizado por su magnitud y complejidad sin precedentes, provocó una disrupción crítica en la continuidad operativa de la entidad, generando un estado de inactividad laboral involuntaria que afectó a un segmento demográficamente relevante del capital humano. Esta coyuntura pone de manifiesto la vulnerabilidad endémica de las infraestructuras de tecnologías de la información y comunicación (TIC), así como su función neurálgica en la orquestación de los procesos empresariales *core* y *non-core*[13].

La paralización de los sistemas informáticos críticos tuvo como consecuencia directa la imposibilidad material de ejecutar las funciones laborales asignadas, evidenciando la simbiosis inextricable entre la operatividad de los sistemas de información y la capacidad productiva del personal. Este evento disruptivo subraya la correlación causal entre la disponibilidad de los activos digitales y la viabilidad de la prestación de servicios en un entorno laboral altamente digitalizado[14].

[13] Calcara, A.; y Marchetti, R., "State-industry relations and cybersecurity governance in Europe", *Review of International Political Economy*, 2021, págs. 1-26.

[14] Fernández Bermejo, D. y Martínez Atienza, G.: *Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

Las ramificaciones de este incidente en el ámbito laboral son multidimensionales, abarcando aspectos contractuales, organizativos y de productividad. La situación generada plantea interrogantes jurídicos y operativos sobre la conceptualización del tiempo de trabajo efectivo en condiciones de indisponibilidad tecnológica, así como sobre las medidas de contingencia y los protocolos de respuesta ante incidentes que las organizaciones deben implementar para mitigar los impactos laborales derivados de eventos de esta naturaleza.

Este escenario pone de relieve la necesidad imperativa de una reevaluación de los marcos normativos laborales y de ciberseguridad, con el fin de adaptarlos a las realidades emergentes de un ecosistema empresarial caracterizado por una creciente interdependencia tecnológica y una exposición constante a amenazas cibernéticas de complejidad evolutiva[15].

Es evidente que estas transformaciones en el ámbito digital requieren una revisión profunda del ordenamiento jurídico vigente. La rápida evolución de la tecnología y la creciente dependencia de los sistemas digitales exigen que las normativas laborales se actualicen para contemplar nuevas formas de trabajo y los riesgos asociados, como la ciberseguridad, la privacidad de los datos y la flexibilidad laboral[16]. Además, la introducción de reformas legales debe garantizar un equilibrio entre la protección de los derechos de los trabajadores y la capacidad de las empresas para implementar estrategias que aseguren su viabilidad operativa en un entorno digital cada vez más desafiante.

En este contexto, la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) nº 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2)[17], conocida como Directiva NIS2 (Network and Information Security Directive), adoptada por la Unión Europea, adquiere una relevancia crucial. Esta directiva busca fortalecer la ciberseguridad en los Estados miembros, imponiendo obligaciones más estrictas para la gestión de riesgos cibernéticos y la notificación de incidentes de seguridad. La NIS2 no solo actualiza la normativa para enfrentar las amenazas actuales, sino que también establece un marco más robusto para proteger las infraestructuras críticas y los servicios esenciales contra ciberataques, constituye por ende un avance crucial en la evolución del marco normativo europeo en materia de ciberseguridad. Esta nueva regulación, que reemplaza y expande el alcance de su predecesora, emerge como respuesta a un ecosistema de amenazas cibernéticas en constante evolución y creciente complejidad. NIS2 se erige con el propósito fundamental de robustecer la resiliencia y potenciar las capacidades de respuesta ante incidentes cibernéticos en todo el ámbito de la Unión Europea, estableciendo para ello un conjunto integral de medidas orientadas a garantizar un nivel común elevado de ciberseguridad en sectores críticos y servicios esenciales.

La directiva introduce cambios significativos, entre los que destaca la ampliación de su ámbito de aplicación, abarcando ahora un espectro más amplio de sectores y entidades consideradas críticas para la economía y la sociedad. Además, impone requisitos más estrictos en cuanto a la gestión de riesgos de ciberseguridad y las obligaciones de notificación de incidentes. NIS2 también busca armonizar los regímenes sancionadores entre los Estados miembros, asegurando así una aplicación más coherente y efectiva de la normativa. Asimismo, fomenta activamente la cooperación y el

[15] Gómez de Ágreda, Á.: "Ciberseguridad en un mundo hiperconectado" en *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los gobiernos locales*, Canals, D. (Ed.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021, págs. 29-62.

[16] Aldana Montes, J. F., García Nieto, J. M., Gonzalvez, J. C. y Navas Delgado. I.: *Big data: seguridad y gobernanza,* Madrid, García Maroto Editores, 2018.

[17] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj?locale=es Fecha de consulta: 29 de agosto de 2024.

intercambio de información entre los Estados miembros y las instituciones de la UE, e introduce medidas específicas para mejorar la supervisión y el cumplimiento normativo.

En esencia, la Directiva NIS2 representa un paso decisivo hacia la creación de un ecosistema digital más seguro y resiliente en Europa. Establece un marco común que aspira a elevar el nivel general de ciberseguridad y promueve una cultura de gestión de riesgos más robusta en todos los sectores críticos. Esta iniciativa legislativa refleja el compromiso de la Unión Europea con la adaptación continua a los desafíos cibernéticos emergentes y su determinación de fortalecer la postura de seguridad digital del continente en un contexto global cada vez más interconectado y vulnerable a las amenazas cibernéticas.

La vinculación de la Directiva NIS2 con la doctrina judicial emergente en relación a la ciberseguridad resalta la necesidad de que el ordenamiento jurídico incorpore principios y normas que aborden de manera integral las amenazas digitales. Al integrar los estándares de la NIS2 en las políticas laborales y de seguridad, se podría establecer una base doctrinal que permita a las organizaciones adoptar medidas proactivas y preventivas contra los ciberataques, garantizando tanto la continuidad operativa como la protección de los derechos laborales. Esto también implica que las reformas jurídicas deben alinearse con las disposiciones de la NIS2, promoviendo un entorno de colaboración entre los sectores público y privado para mitigar los riesgos cibernéticos y fortalecer la resiliencia de las infraestructuras críticas.

Por tanto, es fundamental que las reformas propuestas incluyan disposiciones que faciliten la adaptación de los contratos laborales a las dinámicas digitales, sin comprometer los estándares de seguridad laboral ni los derechos adquiridos[18]. Asimismo, se debe promover la formación continua en ciberseguridad y nuevas tecnologías, tanto para empleados como para empleadores, de modo que se minimicen los riesgos y se maximicen las oportunidades que ofrece la digitalización. En definitiva, el ordenamiento jurídico debe evolucionar de manera proactiva, anticipándose a los desafíos futuros y proporcionando un marco normativo que fomente la innovación, la competitividad y la protección integral en el contexto de la economía digital.

9. CONCLUSIONES

Los incidentes de ciberseguridad experimentan un incremento en su frecuencia e impacto, con la capacidad potencial de inducir una interrupción parcial o total de las operaciones de una entidad empresarial. La frecuencia, impacto y virulencia de los ciberataques en las empresas han generado escenarios, como el observado en los casos enjuiciados, que los han hecho previsibles y capaces de obstaculizar la capacidad de trabajar. Estos ataques afectan, por tanto, a los derechos fundamentales relacionados con el desempeño normal de las tareas laborales y la obligación de proporcionar dichas tareas. Esta situación requiere la intervención de la administración, en su rol de mitigación social de las suspensiones de contratos, con el fin de verificar la efectiva existencia de la causa suspensiva en la relación laboral.

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de análisis, ha establecido un precedente legal significativo al dictaminar que, en circunstancias donde se pueda demostrar fehacientemente una paralización operativa, se considera jurídicamente válida la implementación de un ERTE fundamentado en la causa de fuerza mayor, específicamente cuando dicha paralización es consecuencia directa de un incidente de ciberseguridad. A su vez, ha sentado un precedente jurídico significativo al clasificar los ciberataques dentro de la categoría de eventos de fuerza mayor. Esta calificación está sujeta a la

[18] Terrón Santos, D. (Dir.) Y Domínguez Álvarez. J.L.: *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

demostración fehaciente de la inevitabilidad del incidente y su impacto sustancial en la capacidad operativa de la entidad afectada. Es relevante destacar que esta doctrina se aplica con independencia de la previsibilidad del suceso o de su etiología, ya sea antropogénica o de origen natural.

Esta interpretación jurisprudencial reconoce la gravedad y el carácter extraordinario que pueden revestir los ciberataques en el contexto empresarial contemporáneo, equiparándolos a otros eventos tradicionalmente considerados como fuerza mayor. La sentencia del Alto Tribunal subraya la necesidad de evaluar cada caso de forma individual, atendiendo a la magnitud del impacto operativo y a la inevitabilidad del suceso, aun cuando se hayan implementado medidas de seguridad adecuadas.

Esta decisión judicial representa una adaptación del marco legal laboral a las realidades emergentes del entorno digital, reconociendo la vulnerabilidad inherente de las organizaciones ante amenazas cibernéticas sofisticadas y su potencial para generar disrupciones operativas significativas que justifiquen medidas laborales excepcionales. No obstante, es evidente que estas transformaciones en el ámbito digital requieren una revisión profunda del ordenamiento jurídico vigente. La rápida evolución de la tecnología y la creciente dependencia de los sistemas digitales exigen que las normativas laborales se actualicen para contemplar nuevas formas de trabajo y los riesgos asociados, como la ciberseguridad, la privacidad de los datos y la flexibilidad laboral. Además, la introducción de reformas legales debe garantizar un equilibrio entre la protección de los derechos de los trabajadores y la capacidad de las empresas para implementar estrategias que aseguren su viabilidad operativa en un entorno digital cada vez más desafiante.

Por tanto, es fundamental que las reformas propuestas incluyan disposiciones que faciliten la adaptación de los contratos laborales a las dinámicas digitales, sin comprometer los estándares de seguridad laboral ni los derechos adquiridos. Asimismo, se debe promover la formación continua en ciberseguridad y nuevas tecnologías, tanto para empleados como para empleadores, de modo que se minimicen los riesgos y se maximicen las oportunidades que ofrece la digitalización. En definitiva, el ordenamiento jurídico debe evolucionar de manera proactiva, anticipándose a los desafíos futuros y proporcionando un marco normativo que fomente la innovación, la competitividad y la protección integral en el contexto de la economía digital.

Desde mi punto de vista personal, esta decisión jurisprudencial y las propuestas de adaptación del marco legal son pasos fundamentales, pero también plantean desafíos significativos. La equiparación de los ciberataques con eventos de fuerza mayor es un reconocimiento necesario de la realidad digital actual, pero también abre la puerta a posibles abusos por parte de empresas que podrían utilizar esta justificación para implementar medidas laborales desfavorables para los trabajadores.

Considero que es crucial mantener un equilibrio delicado entre la protección de los intereses empresariales y los derechos de los trabajadores. La formación continua en ciberseguridad es esencial, pero debe ir acompañada de una responsabilidad compartida entre empleadores y empleados. Las empresas no deberían poder eludir su responsabilidad en la protección de sus sistemas simplemente alegando la sofisticación de los ataques.

Además, creo que es fundamental que en la elaboración de estas nuevas normativas se incluya la voz de los trabajadores y sus representantes sindicales. La digitalización y la ciberseguridad no pueden ser excusas para precarizar las condiciones laborales o para justificar despidos masivos sin una justificación sólida.

Por último, opino que esta evolución del derecho laboral debe ir acompañada de una reflexión más amplia sobre el impacto de la tecnología en el trabajo y en la sociedad. Debemos preguntarnos

cómo queremos que sea el futuro del trabajo en un mundo cada vez más digitalizado y cómo podemos asegurar que los beneficios de esta transformación se distribuyan de manera justa y equitativa.

En definitiva, mientras aplaudo el reconocimiento legal de las nuevas realidades digitales, insto a una aproximación cautelosa y equilibrada que no pierda de vista la dimensión humana y social del trabajo en nuestra búsqueda de adaptación a la era digital

10. BIBLIOGRAFÍA

Aldana Montes, J. F., García Nieto, J. M., Gonzalvez, J. C. y Navas Delgado. I.: *Big data: seguridad y gobernanza*, Madrid, García Maroto Editores, 2018.

Blasco Pellicer. Á.: Los expedientes de regulación de empleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

Calcara, A. y Marchetti, R.: "State-industry relations and cybersecurity governance in Europe", *Review of International Political Economy*, 2021.

Esteban Gómez, A.: «Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19», 1ª edic., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.

Fernández Bermejo, D. y Martínez Atienza, G.: *Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

Fernández Domínguez, J. J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 2021.

Gómez de Ágreda, Á.: "Ciberseguridad en un mundo hiperconectado" en *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los gobiernos locales*, Canals, D. (Ed.), Madrid, Wolters Kluwer, 2021.

Lahera Forteza, J.: «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en AAVV: *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012.

Molina Navarrete, C.: *La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo: Nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos,* Madrid, Temas La Ley, 2024.

Roqueta Buj, R.: *Los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo,* 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Solà Monells, X.: "Suspensión del contrato o reducción de jornada", en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2013.

Sola Monells, X.: "La suspensión por causas empresariales tras la reforma laboral de 2012: problemática aplicativa y valoración crítica", en AAVV: *Balance de la reforma laboral de 2012*, Albacete, Bomarzo, 2016.

Terrón Santos, D. (Dir.), y Domínguez Álvarez. J.L.: *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes*, Valencia, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

Laborum

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Huelgas sin preaviso. La última palabra sobre el tema de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Unnoticed strikes. The last word of the United States Supreme Court on the topic

Jesús Martínez Girón *Catedrático de Derecho del Trabajo*
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J. «Huelgas sin preaviso. La última palabra sobre el tema de la Corte Suprema de los Estados Unidos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 233-240.

Resumen

El caso Glacier Northwest, decidido en 2023, es la última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el tema de las huelgas no preavisadas al empresario. Según él, dichas huelgas son legales, siempre y cuando los huelguistas no incumplan su deber de prevenir los riesgos para las personas y para el patrimonio empresarial causados por la huelga no preavisada. Siempre según dicho caso, este deber se incumple si los huelguistas tenían la intención de poner en riesgo el patrimonio empresarial, sin que sea necesario que el patrimonio empresarial resulte de hecho dañado.

Palabras clave

Deber de prevenir riesgos, Derecho comparado, Estados Unidos, Huelgas no preavisadas, Caso Glacier Northwest.

Abstract

Glacier Northwest case, decided in 2023, is the last word of the United States Supreme Court on the topic of unnoticed strikes to employer. According to it, such strikes are lawful, as long as the strikers do not violate their duty to prevent risks for persons and employer equipment caused by the unnoticed strike. Always according to said case, this duty is violated when the strikers intended to place at risk the employer equipment, not being necessary for the employer equipment to result in fact damaged.

Keywords

Comparative Law, Duty to prevent risks, Glacier Northwest case, United States, Unnoticed strikes.

1. EL CASO *GLACIER NORTHWEST, INC. V. INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF TEAMSTERS LOCAL UNION NO. 174* (2023)[1]

Desde la promulgación de la Ley Wagner de 1935[2], se han sucedido a lo largo del siglo pasado decenas de pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el derecho de huelga[3], que acabaron dotando de su peculiar sentido a la proclamación de tal derecho, añadida a dicha Ley por la Ley Taft-Hartley de 1947 (literalmente, «nada contenido en esta ley, excepto lo que específicamente se disponga al respecto en la misma, se interpretará para interferir o impedir o

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Su nombre oficial es *National Labor Relations Act* o, en acrónimo, NLRA. Aparece actualmente recopilada en las secciones 151 y ss. del Título 29 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*). Sobre este último, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023, págs. 39-40.

[3] Muchos de ellos calificables como «grandes casos». Al respecto, véase Arufe Varela, A.: *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012, págs. 3 y ss.

disminuir de cualquier modo el derecho de huelga, o para afectar a las limitaciones o características de ese derecho»)[4], que acaba de cumplir sus buenos setenta y siete años. Faltaba, sin embargo, un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el derecho de huelga en el corriente siglo XXI. Y se temía —desde que accedió a la presidencia de la misma el Juez John ROBERTS, Jr., en 2005—, por causa de su composición mayoritariamente conservadora (en la actualidad, responden a ese concreto perfil o «ala» seis Jueces, incluido el propio Juez Presidente ROBERTS, frente a sólo tres de la llamada «ala liberal»)[5], tendente a mirar con muy poca simpatía el interés del trabajador o el del sindicato, en cuanto que partes (junto al empresario) de las relaciones laborales individuales o colectivas. Como era previsible, ese pronunciamiento contemporáneo sobre el derecho de huelga —que faltaba— ha acabado produciéndose, al decidirse recientemente el caso *Glacier Northwest, Inc. v. International Brotherhood of Teamsters Local Union No. 174* (fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 1 junio 2023)[6], aunque hubo sorpresa. En efecto, no se produjo ningún «6 a 3» —a pesar de resultar lo más previsible—, pues la opinión de la mayoría de la Corte (expresada por la Juez GARRETT, nombrada por el Presidente Donald TRUMP) obtuvo un «8 a 1», pero teniendo en cuenta que ese «8» estaba matizado por el hecho de que tres Jueces conservadores de la Corte formularon dos opiniones entrelazadas entre ellas y concurrentes con el fallo, en las que lanzaban un aviso sobre el futuro de la doctrina sentada por este caso (un aviso, como luego se verá, orientado a contrarrestar el pronóstico efectuado por la Juez JACKSON, nombrada por el Presidente Joe BIDEN y redactora de la única opinión disidente formulada frente a la de la mayoría de la Corte, siempre en este caso). Aquí la Corte Suprema de los Estados Unidos enjuiciaba un asunto novedoso (y por ello mismo, se supone que cuidadosamente elegido por ella, al otorgarle al recurrente el *certiorari*)[7] en el conjunto de su jurisprudencia relativa al derecho de huelga, refiriéndose la novedad a la necesidad de tener que pronunciarse sobre el régimen jurídico aplicable a una huelga declarada sin preaviso a la empresa. Esta última (parte recurrente, en el caso) era Glacier Northwest, Inc., una sociedad capitalista del Estado federado de Washington dedicada a la fabricación y venta de cemento fresco, habiendo declarado la huelga controvertida una sección local del poderoso sindicato nacional de transportistas (la citada International Brotherhood of Teamsters Local Union No. 174, aquí actuante como parte recurrida), en cuanto que representante sindical de los asalariados empleados por Glacier como conductores de los camiones especiales (dotados de un «tambor rotante») para el transporte del cemento fresco, que eran vehículos de propiedad de la empresa.

2. LA LICITUD DE LAS HUELGAS NO PREAVISADAS AL EMPRESARIO

La Ley Wagner no contiene ninguna disposición expresa de carácter general acerca de que el ejercicio del derecho de huelga tenga que preavisarse específicamente al empresario (existe, eso sí, la necesidad de comunicación genérica al empresario y a la Administración laboral de que se considera rota la negociación del convenio colectivo, lo que posibilita el ejercicio del derecho de huelga sesenta días después de haber sido cursada[8], aparte el hecho de que sí haga falta preaviso

[4] *Cfr*. sección 163 del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Textualmente, «*Nothing in this subchapter* [originariamente, *in this Act*], *except as specifically provided for herein, shall be construed so as either to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike, or to affect the limitations or qualifications on that right*».

[5] Al respecto, 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, págs. 202 y ss.

[6] Referencia oficial 598 U.S._. Su texto puede consultarse en el portal en Internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ubicado en www.supremecourt.gov.

[7] Sobre el hecho cierto de que cada caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos es, en principio, un *unicum*, véase Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Atelier, 2012, pág. 5.

[8] *Cfr*. sección 158(d) del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Sobre el tema, véase Martínez Girón, J.: *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 151.

específico, si se trata de empresas encargadas de la prestación de servicios sanitarios[9]), provocando esa falta de previsión específica expresa que una huelga sin preaviso a la empresa (en el caso de autos, tras la ruptura de las negociaciones para la renovación del convenio colectivo, se trataba del «cese de trabajo súbito [*sudden cessation of work*]»[10] de los conductores de los camiones de la empresa, los cuales trataban con su huelga de «capitalizar el elemento de sorpresa [*to capitalize on the element of surprise*]»)[11] sea una huelga legal (o con terminología norteamericana, una huelga «protegida» por los preceptos de la Ley Wagner). Lo reconoce, con toda rotundidad, la opinión de la mayoría de la Corte («estamos de acuerdo en que la decisión del sindicato de iniciar la huelga durante la jornada diaria de trabajo y la de negarse a dar a Glacier un preaviso específico no convierten por sí mismas su conducta en carente de protección»)[12], validando así las alegaciones del sindicato recurrido sobre la irrelevancia de «la concreción horaria de la huelga [*timing of the strike*] y la falta de preaviso [*lack of notice*]», de un lado, porque «no se exige a los trabajadores que concreten su horario de huelgas para minimizar el daño económico a su empresario»[13]; y de otro lado, porque la Ley Wagner «no impone la exigencia jurídica de que los trabajadores den un preaviso específico sobre la concreción horaria de la huelga»[14]. Igualmente rotunda sobre el tema, aunque expresada con mucha mayor crudeza, era la opinión disidente de la Juez JACKSON, según la cual «aunque la venta de productos perecederos puede ser un negocio arriesgado, la naturaleza perecedera del cemento de Glacier no imponía ninguna obligación a los camioneros de ejercitar la huelga a mitad de la noche o antes de que los trabajos del día siguiente hubiesen comenzado»[15], por lo que «era completamente lícito que los camioneros comenzasen su día de trabajo como de costumbre, y que el sindicato concretase el horario de la huelga para poner "máxima presión sobre el empresario con mínimo coste económico para el sindicato"»[16], dado que «los trabajadores no son siervos esclavizados, obligados a continuar trabajando hasta que un paro de trabajo planificado fuese lo menos doloroso posible para su amo»[17].

3. EL DEBER DE LOS HUELGUISTAS DE PREVENIR LOS RIESGOS PARA LAS PERSONAS Y PARA EL PATRIMONIO EMPRESARIAL CAUSADOS POR HUELGAS NO PREAVISADAS

En los Estados Unidos, garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento de las instalaciones durante la huelga es responsabilidad del empresario que la padece, pero en absoluto de los trabajadores huelguistas, ni tampoco del sindicato representante de los mismos y ejercitante del derecho de huelga. En relación con las huelgas «súbitas» (como la del caso de autos), hay que tener en cuenta, sin embargo, que gravita sobre los huelguistas un deber de buena fe —construido por la Agencia federal encargada de administrar la Ley Wagner (esto es, el *National Labor Relations*

[9] Según la sección 158(g) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, «el sindicato, antes de implicarse en una huelga, piquete u otra negativa concertada a trabajar en una institución sanitaria, notificará por escrito a la institución y al Servicio Federal de Mediación y Conciliación esa intención, al menos diez días antes de dicha acción» (inciso primero). Textualmente, «*A labor organization before engaging in any strike, picketing, or other concerted refusal to work at any health care institution shall, not less than ten days prior to such action, notify the institution in writing and the Federal Mediation and Conciliation Service of that intention*».

[10] *Cfr*. opinión de la Corte, págs. 6, 7 y 8.

[11] *Cfr*. opinión de la Corte, pág. 10.

[12] *Ibidem*. Textualmente, «*We agree that the Union's decision to initiate the strike during the workday and failure to give Glacier specific notice do not themselves render its conduct unprotected*».

[13] *Ibidem*. Textualmente, «*workers are not required to time their strikes to minimize economic harm to their employer*».

[14] *Ibidem*. Textualmente, «*does not impose a legal requirement that workers give specific notice of a strike's timing*».

[15] Págs. 25-26. Textualmente, «*While selling perishable products may be risky business, the perishable nature of Glacier's concrete did not impose some obligation on the drivers to strike in the middle of the night or before the next day's jobs had started*».

[16] Pág. 26. Textualmente, «*it was entirely lawful for the drivers to start their workday per usual, and for the Union to time the strike to put "maximum pressure on the employer at minimum economic cost to the unión"*».

[17] *Ibidem*. Textualmente, «*Workers are not indentured servants, bound to continue laboring until any planned work stoppage would be as painless as possible for their master*».

Board o, por su acrónimo en inglés, NLRB)— de prevenir los riesgos para las personas y para el patrimonio empresarial causados por dicho tipo de huelgas (según la Juez JACKSON, «el derecho de huelga, por supuesto, no es ilimitado»)[18], aunque se trata de un deber «*limitado* a situaciones que impliquen un peligro de daño "agravado" para las personas y las instalaciones»[19], habiendo concretado casuísticamente dicha Agencia que el deber en cuestión se viola, de un lado, si «los trabajadores de una fundición van a la huelga en el momento en que el horno de la fundición estaba lleno de hierro caliente fundido, amenazando un daño grave para la factoría y equipamiento del empresario»[20]; y de otro lado, que no se viola, en cambio, si «los trabajadores de una planta de volatería cruda decidieron ir a la huelga a las 8 a.m. "porque en ese momento todos los trabajadores habían fichado su trabajo y [el empresario] estaría en plena actividad con el mayor número de pollos en línea"»[21], aunque como resultado de la huelga se perdiesen todos los pollos a procesar, pues el deber de prevención se proyecta precisamente sobre «personas o instalaciones», no sobre «bienes perecederos». En el caso enjuiciado, el empresario había logrado salvar *in extremis* sus camiones, tras descargar el cemento fresco que transportaban (eso sí, en cuanto que bien perecedero, el cemento fresco descargado se arruinó), constatando la Corte que el logro se produjo tras «un barullo de locos [*a mad scramble*]», que «se prolongó durante el transcurso de cinco horas [*over the course of five hours*]»[22]. Ahora bien, a pesar de no haberse dañado ni personas ni instalaciones, la opinión de la mayoría de la Corte concluyó que el deber de prevención que gravitaba sobre los huelguistas súbitos había sido violado. Ello se debía —siempre en opinión de la mayoría— a que la intención de los huelguistas, al declarar su huelga sin preavisar al empresario, había sido la de dañar los camiones que transportaban el cemento fresco, pues «la investigación adecuada se centra en el *riesgo* de daño, no en su realización»[23], evidenciándose la intencionalidad dañosa del sindicato, de un lado, porque —una vez que los camiones regresaron a la empresa— «el sindicato no tomó la sencilla instancia de alertar a Glacier de que esos camiones habían regresado»[24]; y de otro lado, porque «una vez que los camiones estaban en el estacionamiento, tampoco ordenó el sindicato a los conductores que siguiesen las instrucciones de Glacier para facilitar la descarga segura del equipamiento»[25].

4. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PREVENIR LOS RIESGOS PARA LAS PERSONAS Y PARA EL PATRIMONIO EMPRESARIAL CAUSADOS POR HUELGAS NO PREAVISADAS

La ilegalidad de la huelga no preavisada, provocada por el incumplimiento del deber de los huelguistas de prevenir los riesgos para las personas o para el patrimonio empresarial, dejaba a los huelguistas de este caso sin la protección que otorga la Ley Wagner a las «actividades concertadas», con dos posibles consecuencias jurídicas. Ante todo, la aquí enjuiciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, relativa a la posibilidad de exigir al sindicato la indemnización de los daños y perjuicios extracontractuales (o «*in tort*») causados por la huelga súbita declarada, que fue lo que la Corte Suprema resolvió (estimando las pretensiones del empresario recurrente), a cuyo efecto

[18] Opinión disidente, pág. 18. Textualmente, «*the right to strike is, of course, not unlimited*».

[19] *Cfr*. opinión disidente, pág. 21. Textualmente, «limited *to situations involving a danger of "aggravated" injury to persons or premises*».

[20] *Cfr*. opinión disidente, pág. 20. Textualmente, «*employees at a foundry walked off the job at a time when the foundry's furnace was full of hot molten iron, threatening severe damage to the employer's plant and equipment*».

[21] *Ibidem*, págs. 21-22. Textualmente, «*employees at a raw poultry plant decided to walk out at 8 a.m. "because by that time all employees would have reported to work and [the employer] would be in full operation with its largest number of chickens on the line"*».

[22] *Cfr*. opinión de la Corte, pág. 5.

[23] *Ibidem*, pág. 7. Textualmente, «*The appropriate inquiry is focused on the risk of harm, not its realization*».

[24] *Ibidem*, pág. 8. Textualmente, «*the Union did not take the simple step of alerting Glacier that these trucks had been returned*».

[25] *Ibidem*. Textualmente, «*Nor, after the trucks were in the yard, did the Union direct its drivers to follow Glacier's instructions to facilitate a safe transfer of equipment*».

procedió a anular la decisión judicial recurrida —que operaba sobre el telón de fondo de la licitud de la huelga, al no haberse dañado los camiones—, ordenando un nuevo enjuiciamiento del asunto basado en la premisa de que la huelga enjuiciada había sido ilegal[26]. Ahora bien, la falta de protección de la Ley Wagner implicaba asimismo que los huelguistas pudiesen ser lícitamente despedidos por el empresario[27]. Y esto fue precisamente lo que ocurrió, cuando todavía se encontraba en tramitación la decisión judicial que acabaría siendo luego recurrida ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. En efecto, según constatan la opinión mayoritaria, las dos opiniones concurrentes y la opinión disidente, no sólo se produjeron dichos despidos, sino también —y como consecuencia de ellos— una denuncia del sindicato al empresario, ante el NLRB, por supuesta comisión de «práctica empresarial laboral ilícita», la cual fue admitida a trámite por el NLRB, considerando incluso la Abogacía General del mismo que no se trata de ninguna denuncia sindical carente de *fumus boni iuris*, dada la aparente legalidad de la huelga frente a la que el empresario había respondido a los huelguistas decretando sus despidos[28]. El impacto de esta reacción ulterior del sindicato sobre la doctrina sentada por el caso aquí enjuiciado por la Corte Suprema de los Estados Unidos es evidente, cabiendo distinguir la valoración de ese impacto efectuada por la opinión de la mayoría estricta de la Corte (esto es, la conformada por la Juez GARRETT y cuatro Jueces más, incluido el Juez Presidente de la propia Corte), por la opinión disidente redactada por la Juez JACKSON y, por último (*last but not least*, como se verá), por los tres Jueces conservadores (entre ellos, los ultraconservadores Jueces THOMAS y ALITO, a los que se unió el Juez GORSUCH, nombrado por el Presidente Donald TRUMP), los cuales redactaron las dos opiniones entrelazadas concurrentes con el fallo de la mayoría, a que antes hice referencia.

5. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO *GLACIER NORTHWEST*, SEGÚN LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LA CORTE

La opinión de la Abogacía General del NLRB acerca de la presunta comisión por el empresario de una «práctica laboral ilícita», al despedir a los huelguistas (dada la protección otorgada a estos últimos por la Ley Wagner, derivada de la presunta legalidad de la huelga ocurrida, siempre según opinión del NLRB), cuenta con un plus jurídico añadido evidente, pues —según un viejo precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, conocido popularmente como caso *Garmon*[29]— sólo si concurren requisitos muy estrictos cabe que las Cortes federales desatiendan la interpretación efectuada por el NLRB, cuando dicha interpretación se efectúa administrando la Ley Wagner[30]. Al haber sido alegado este hecho, la Juez GARRETT no tuvo más remedio que pronunciarse sobre el mismo. Se trató, sin embargo, de un pronunciamiento meramente formal o procesal, que no prejuzgaba la aplicación o no al caso que enjuiciaba de la doctrina del caso *Garmon*, visto que la decisión judicial recurrida ante ella (que había sido dictada por la Corte Suprema del Estado de Washington) no había tenido ocasión de valorar el asunto, al haberse planteado los despidos después de dictada dicha decisión judicial, que desestimaba las pretensiones indemnizatorias del empresario. Ese pronunciamiento de la Juez GARRETT aparece contenido en una nota a pie de página, incluida casi al final de la opinión que redactó (luego comentada separadamente por cuatro de sus colegas en la Corte, como si esa nota fuese para ellos la auténtica *ratio decidendi* del caso), y que no tiene desperdicio. En ella, afirmó

[26] «Revocamos la decisión de la Corte Suprema de Washington y devolvemos el caso para ulterior enjuiciamiento no incongruente con esta opinión» (pág. 12). Textualmente, «*We reverse the judgment of the Washington Supreme Court and remand the case for further proceedings not inconsistent with this opinion*».

[27] Véase Martínez Girón, J.: *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, *cit*., págs. 148 y ss.

[28] *Cfr*. opinión de la Corte, pág. 11, nota 3; opinión disidente, págs. 7 y ss.; y opinión concurrente del Juez ALITO, pág. 2, nota 1. Con ocasión de este tema, la opinión concurrente del Juez THOMAS se animó (ocurrencia única en este caso) a citar doctrina científica (*cfr*. pág. 3). Se trata de Jaffe, L. L.: «Primary jurisdiction», *Harvard Law Review*, número 77, 1964, págs. 1037 y ss.

[29] Se trata del caso *San Diego Building Trades Council v. Garmon* (1959), referencia oficial 359 U.S. 236.

[30] Véase Lesnick, H.: «Preemption reconsidered: The apparent reaffirmation of Garmon», *Columbia Law Review*, número 72, 1972, págs. 469 y ss.

literalmente lo que sigue: «Después de que la Corte Suprema de Washington confirmase el rechazo de las pretensiones extracontractuales de Glacier, la Abogacía General del [NLR]Board planteó una reclamación, alegando que Glacier cometió prácticas laborales ilícitas a propósito de su conflicto con los conductores, incluido el despido de algunos de los participantes en la huelga. Las Cortes inferiores no han abordado la significación, si la tiene, de la reclamación del [NLR]Board respecto de la prioridad aplicativa de *Garmon*. Por eso, no interferiremos con la primera instancia. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, 718 ("[S]omos una Corte de recursos, no de cognición"). La Abogacía General del [NLR] Board está de acuerdo en que esta cuestión no se plantea propiamente ante nosotros. Véase Escrito de los Estados Unidos como *amicus curiae* [, pág.] 28»[31].

6. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO *GLACIER NORTHWEST*, SEGÚN LA OPINIÓN DISIDENTE FRENTE A LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LA CORTE

Frente a la neutralidad imprejuzgante de la mayoría (a la postre, una mayoría de sólo «5»), la Juez JACKSON recordó a las Cortes inferiores (incluida la Corte Suprema de Washington), en su opinión disidente, que el precedente *Garmon* no había sido en absoluto revocado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, obligando a las Cortes (federales y estatales) a atenerse a la interpretación efectuada, al valorar los hechos del caso, por el NLRB. Lo sostuvo exactamente al final del escrito que redactó, tras poner de relieve (en otra nota a pie de página) la multitud de armas y recursos a disposición del empresario, al efecto de encarar una huelga sin preaviso, como la aquí enjuiciada [literalmente, según dicha nota, «Por ejemplo, Glacier podía haber declarado un lockout, véase *American Ship Building Co. v. NLRB*, 380 U.S. 300, 310 (1965), utilizado trabajadores no huelguistas para entregar el cemento procesado, o tenido sustitutos temporales de los conductores preparados y listos para actuar. Glacier estaba avisado de que la huelga era posible, por causa de la exigencia legal al sindicato de dar aviso previo de 60 días a la extinción o modificación propuestas del convenio colectivo, sección 158(d), y porque las negociaciones se habían roto»][32]. Por eso —para evitar una «erosión del derecho de huelga»—, se dirigió a la Corte Suprema de Washington, obligada a reconsiderar su decisión revocada, recordándole lo siguiente: 1) «el posicionamiento de este caso [refiriéndose a *Garmon*] ofrece la oportunidad de mitigar los resultados de los errores de la mayoría [de Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos]»[33]; 2) «en su reconsideración del asunto, la Corte estatal [de Washington] debería rechazar la pretensión de Glacier, sin perjudicar o suspender sus procedimientos, en vista de la reclamación del Abogado General [del NLRB]»[34]; y 3) «mientras tanto, el [NRL]Board —que no está vinculado por las alegaciones de la demanda de Glacier cuando haga su valoración, y que está bien equipado para realizar consideraciones de hecho relativas a la huelga habida en cuestión— debería proceder a determinar si Glacier había interferido la

[31] Pág. 11, nota 3. Textualmente, «*After the Washington Supreme Court affirmed the dismissal of Glacier's tort claims, the Board's general counsel issued a complaint alleging that Glacier engaged in unfair labor practices in relation to its labor dispute with the drivers, including by disciplining some of those involved in the strike. The lower courts have not addressed the significance, if any, of the Board's complaint with respect to Garmon preemption. We will not do so in the first instance. Cutter v. Wilkinson, 544 U. S. 709, 718, n. 7 (2005) ("[W]e are a court of review, not of first view"). The Board's general counsel agrees that this issue is not properly before us. See Brief for United States as Amicus Curiae 28*».

[32] Pág. 26, nota 10. Textualmente, «*For example, Glacier could have instituted a lockout, see American Ship Building Co. v. NLRB, 380 U. S. 300, 310 (1965), used nonstriking employees to deliver the batched concrete, or had temporary replacement drivers lined up and ready to go. Glacier was on notice that a strike was possible because the Union was statutorily required to give 60-days advance notice of the proposed termination or modification of the collective bargaining agreement, §158(d), and because negotiations had broken down*».

[33] Pág. 27. Textualmente, «*the posture of this case provides an opportunity to mitigate the results of the majority's errors*».

[34] *Ibidem*. Textualmente, «*On remand, the state court should dismiss Glacier's complaint without prejudice or stay its proceedings in view of the General Counsel's complaint*».

conducta huelguística que está protegida por la NRLA [esto es, por la Ley Wagner], tal y como alega su Abogado General»[35].

7. EL FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CASO *GLACIER NORTHWEST*, SEGÚN LAS OPINIONES CONCURRENTES CON LA MAYORITARIA DE LA CORTE

Dada esta *provocatio* de la Juez JACKSON, las dos opiniones concurrentes entrelazadas de los Jueces THOMAS, ALITO Y GORSUCH se creyeron obligadas, a su vez, a hacer sus propias indicaciones a la Corte Suprema de Washington, acerca de lo que debería tener en cuenta para decidir el asunto, una vez que le hubiesen sido devueltos los autos, advirtiéndole que si llegase a hacer suyos semejantes argumentos, dicha decisión «sería un buen candidato para hacer aquí un rápido viaje de vuelta»[36]. Según dichos Jueces, el viejo caso *Garmon* es un precedente que merecería ser reconsiderado y revocado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, pues el poder ejecutivo (encarnado en las Agencias federales administrativas, como el NLRB) no puede estar por encima del poder judicial, a la hora de resolver las dudas interpretativas suscitadas por el tenor de las Leyes federales (incluidas las laborales, como la Ley Wagner), como si las Agencias en cuestión tuviesen que ser necesariamente consideradas un Oráculo de Delfos (el Juez THOMAS, sin ambages, habla de la «naturaleza Délfica [*Delphic nature*]» que el precedente *Garmon* asigna al NLRB)[37], llegando a pronosticar —aunque «aquí las partes no nos han pedido que reconsideremos *Garmon*, ni es necesario hacerlo para resolver este caso»[38]— que la Corte Suprema de los Estados Unidos «en un caso apropiado, debería reexaminar[lo] cuidadosamente»[39]. Ese caso no se ha planteado todavía. Ahora bien, cuando se plantee, parece razonable pronosticar que la Corte Suprema lo revocará, imponiéndose para hacerlo su actual mayoría conservadora de «6 a 3». Es justamente la mayoría recientemente trabada en la Corte Suprema de los Estados Unidos para decidir el caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (2024)[40], que tanto escándalo ha provocado en la Administración federal norteamericana (hasta el punto incluso de haber animado al Presidente Joe BIDEN a proponer, también por más razones, una profunda reforma de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en línea con otros intentos pretéritos de reformarla, aunque carezca de apoyos en el Congreso de los Estados Unidos para llevarla a cabo)[41], por haber revocado dicho caso —a propósito de las competencias de una Agencia federal de pesca (el National Marine Fishering Service)— el famosísimo y comentadísimo precedente *Chevron*[42] en

[35] *Ibidem*. Textualmente, «*Meanwhile, the Board—which is not bound by the allegations in Glacier's complaint when making its assessment, and is well equipped to make findings of fact concerning the strike conduct at issue—should proceed to determine whether Glacier has interfered with strike conduct that is protected by the NLRA, as alleged by the General Counsel*».

[36] Opinión concurrente del Juez ALITO, pág. 2, nota 1. Textualmente, «*If the state courts on remand dismiss this case on that ground, the decision, in my judgment, would be a good candidate for a quick return trip here*».

[37] Opinión concurrente del Juez THOMAS, pág. 2.

[38] Opinión concurrente del Juez THOMAS, pág. 4. Textualmente, «*The parties here have not asked us to reconsider Garmon, nor is it necessary to do so to resolve this case*».

[39] *Ibidem*. Textualmente, «*in an appropriate case, we should carefully reexamine [it]*». Incidiendo sobre este tema, véase la Nota anónima, «National Labor Relations Act —Administrative Law —Preemption —Primary jurisdiction —Glacier Northwest, Inc. v. International Brotherhood of Teamsters Local Unión No. 174», *Harvard Law Review*, número 137, 2023, págs. 450 y ss.

[40] Referencia oficial 603 U.S._. En realidad, se trata de dos casos acumulados, en uno de los cuales se abstuvo de intervenir la Juez JACKSON. Un comentario de urgencia al mismo, en Michael NORDSKOG, «High Court strikes downlong-lived agency deference standard. Loper Bright Enterprises v. Raimondo», *Westlaw Journal Environmental* (julio 2024), pág. 01.

[41] Sobre dicho proyecto de reforma, véase la nota de prensa («President Biden announces bald plan to reform the Supreme Court and ensure no President is above the Law») publicada en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov.

[42] Se trata del caso *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), referencia oficial 467 U.S. 837.

el que «se fijaron los criterios —siempre muy estrictos— con arreglo a los cuales los jueces podían revisar las decisiones interpretativas de las grandes agencias administrativas de los Estados Unidos»[43].

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, A.: *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2012).

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.

Jaffe, L. L.: «Primary jurisdiction», *Harvard Law Review*, número 77, 1964.

Lesnick, H.: «Preemption reconsidered: The apparent reaffirmation of Garmon», *Columbia Law Review*, número 72, 1972.

Martínez Girón, J.: *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Madrid, Civitas, 1988.

Martínez Girón, J.: *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Atelier, 2012.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023.

Nordskog, M.: «High Court strikes downlong-lived agency deference standard. Loper Bright Enterprises v. Raimondo», *Westlaw Journal Environmental*, 2024.

Nota anónima, «National Labor Relations Act - Administrative Law - Preemption - Primary jurisdiction - Glacier Northwest, Inc. v. International Brotherhood of Teamsters Local Unión No. 174», *Harvard Law Review*, número 137, 2023.

[43] 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*, *cit*., pág. 159.

Laborum

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

nº 12 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La soberanía y las transformaciones del Estado y del Derecho: Leon Duguit y la realidad existencial del poder

Sovereignty and the transformations of the State and Law: Leon Duguit and the existential reality of power

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 soberanía y las transformaciones del Estado y del Derecho: Leon Duguit y la realidad existencial del poder». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 243-320.

Resumen

Las relativas imprecisiones e inestabilidad del concepto de soberanía encuentran en la historia contemporánea y en la coyuntura actual nuevos factores de complejización y de comprensión explicativa. El Estado moderno es sustancialmente un Estado soberano. El sistema de los Estados soberanos se vio afectado por una crisis particularmente grave con las dos grandes guerras mundiales. Se percibe la extraordinaria concentración del poder político-militar en manos de organismos supranacionales que reducen sensiblemente las prerrogativas soberanas de los Estados nacionales. En la presente coyuntura el proceso de globalización ha cuestionado seriamente la originaria concepción del mundo occidental sobre la soberanía y su alcance. Es generalizada la afirmación —discutible en sí— de que los Estados se ven «imponentes» («¿Estado imponente?») para hacer frente a los problemas del gobierno global, entrando en crisis el Estado-nación y la teoría del Estado moderno. Pero también concurriendo con un movimiento de signo aparentemente distinto, consistente en la emergencia de identidades, gobiernos locales y deconstrucción interna del Estado-nación. Lo que parecería estar emergiendo es la relativa pérdida de peso, poder, del Estado-nación dentro del ámbito de la soberanía «compartida» y diferenciada que caracteriza al escenario de la política mundial actual. Aunque una visión simplista es inaceptable, pues la globalización no es independiente de los Estados nacionales que la impulsan, lo que, sin duda, ha determinado un nuevo papel del Estado en el escenario global. De hecho la hiperglobalización de las últimas décadas ha sido impulsada deliberadamente, desde su origen, por los grandes Estados de potencia mundial, señaladamente Estados Unidos E incluso actualmente se aprecian ciertas tendencias innegables hacia un retroceso de la hiperglobalización neoliberal con el retorno de más poderes efectivos para los Estados nacionales más avanzados y un proceso de globalización menos absorbente.

Palabras clave

¿Qué es la soberanía?, Poder Político, Poder "Constituyente", Poder "Constituido", Solidarismo jurídico-social de Duguit, Estado Social de Derecho, Estados Soberanos y Relaciones Internacionales

Abstract

The relative imprecision and instability of the concept of sovereignty find in contemporary history and in the current situation new factors of complexity and explanatory understanding. The modern state is substantially a sovereign state. The system of sovereign states was affected by a particularly serious crisis with the two great world wars. The extraordinary concentration of political-military power in the hands of supranational organizations was perceived, which significantly reduced the sovereign prerogatives of national States. At the present juncture, the process of globalization has seriously questioned the original Western conception of sovereignty and its scope. There is a widespread assertion - debatable in itself - that states are becoming "imposing" ("imposing state?") to deal with the problems of global governance, bringing the nation-state and the theory of the modern state into crisis. But also concurring with a movement of apparently different sign, consisting of the emergence of identities, local governments and internal deconstruction of the nation-state. What seems to be emerging is the relative loss of weight, power, of the nation-state within the realm of "shared" and differentiated sovereignty that characterizes today's world political scenario. Although a simplistic view is unacceptable, globalization is not independent of the nation-states that drive it, which has undoubtedly determined a new role for the state on the global stage. In fact, the hyperglobalization of recent decades has been deliberately driven, from the outset, by the major world power states, notably the United States. And even today there are certain undeniable trends towards a reversal of neo-liberal hyperglobalization with the return of more effective powers to the more advanced nation states and a less absorbing globalization process.

Keywords

What is sovereignty, Political Power, "Constituent" Power, "Constituted" Power, Duguit's juridical-social Solidarism, Social Rule of Law, Sovereign States and International Relations

«Se ha llegado al punto en que la mentira suena como verdad, y la verdad como mentira. Cada pronunciamiento, cada noticia, cada pensamiento están preformados por los centros de la industria cultural».

Theodor W. Adorno[1]

1. LA TENSIÓN ENTRE SOBERANÍA Y LIBERTAD EN LA MODERNIDAD: DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA A LAS POSICIONES «REVISIONISTAS» Y «NEGATIVISTAS»

El concepto de soberanía siempre ha sido un concepto controvertido tanto para el Derecho como para la ciencia política. Toda sociedad organizada requiere para su supervivencia de la existencia de un poder social que garantice un orden y su dinámica de funcionamiento. Tratándose de sociedades estatalmente organizadas, el poder de la nación se encarna en el Estado, como entidad que personifica a dicha nación. El Estado es el titular de la personalidad de la nación y el titular propio de la potestad nacional. En el enfoque clásico, la potestad del Estado constituye una potestad que sería un rasgo caracterizador del mismo. Esa potestad suele designarse con la expresión «soberanía» estatal, la cual más que una potestad sería, así, una cualidad. En esa lógica discursiva, la soberanía expresa el carácter supremo de un poder; un poder que no está subordinado otro, ni situado simétricamente en concurrencia con él. El Estado soberano ejerce un poder de dominación en el espacio político definido en un doble sentido: en el interior de su territorio (soberanía interna donde se sitúa como poder supremo frente a otros poderes sociales subordinados) y en el exterior (soberanía externa en el marco de las relaciones internacionales entre Estados pretendidamente soberanos, que postulan su independencia en relación con los demás Estados).

Los Estados ejercen una potestad suprema, en el sentido de que su potestad se encuentra libre de toda sujeción o limitación respecto a una potestad exterior y son formalmente iguales los unos a los otros. La soberanía externa adquiere una significación negativa, mientras que la soberanía interna tendría una significación más positiva, pues comporta un poder de dominación que se ejerce sobre los individuos y grupos sociales, los cuales solo pueden ostentar un poder inferior o subordinado al que detenta el Estado. No obstante, esas dos facetas de la soberanía son dos caras de una misma medalla, toda vez que ambas se reducen, básicamente, a esa concepción única de ostentación de un poder que postula su dominio, independencia y no subordinación respecto a los demás poderes sociales, más o menos organizados. Esa no subordinación se predica de todo poder ajeno, interno o externo.

Conforme a la doctrina tradicional, el elemento distintivo principal del Estado es precisamente su soberanía, la cual aparece a modo de una condición esencial del Estado moderno. La soberanía no pertenece a las categorías absolutas, sino a las *categorías históricas,* pues se ha ido construyendo por la concatenación de diversos factores determinantes. Y en estas coordenadas histórico-críticas, la soberanía ha sido en su origen histórico «una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una de índole jurídica»[2]. De ahí su intrínseca historicidad. La noción de soberanía aparece diferenciada de la potestad estatal. Ésta se resuelve en poderes efectivos, en derechos y facultades activas de dominación, con un contenido fundamentalmente positivo. Por el contrario, en esa estricta idea la soberanía adquiere una dimensión negativa, de manera que el término soberanía, considerado en sí mismo, no revelaría en nada la consistencia misma de la potestad que es soberana. En su originaria significación histórica, la soberanía no es un carácter de la potestad del Estado, y no

[1] Adorno, TH. W.: *Minima moralia. Reflexiones desde la vida dañada* (1951)*,* trad. Chamorro Mielke, J., Madrid, Taurus, 2001, pág. 107.

[2] Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., en particular pág. 427.

se confunde con esta última[3]. La evolución histórica de la soberanía pone de relieve que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado equivale a afirmar que no reconoce ningún otro superior a sí; tratándose de un poder supremo e independiente[4].

Desde una acepción amplia político-jurídica, la soberanía indicaría el poder de mando en última instancia en una sociedad política. Se trataría de un poder supremo, exclusivo y originario (no derivado). Esa concepción está ligada al poder político, pues la soberanía pretendería ser una *racionalización jurídica del poder,* en el sentido de transformar la fuerza o poder social en poder legítimo, el poder de hecho en poder de Derecho[5]. Así, la soberanía como poder de mando en última instancia, está vinculada a la realidad existencial primordial de la política, esto es a la paz y a la guerra. Pero histórica y actualmente han existidos distintas formas de concebir la soberanía, señaladamente la «soberanía del Estado» o la «soberanía popular»: desde la afirmación de una soberanía absoluta (arbitrario o no, pero donde el poder soberano no conoce limitaciones jurídicas significativas) a los que postulaban una soberanía limitada, aunque discrecional (enmarcada en un sistema de límites jurídicos en cuanto a su orientación y ejercicio). Las teorías políticas realistas no se contentan con esa visión sino que tratan de buscar los factores base de poder y de las fuerzas que de hecho lo ostentan (Marx, Weber, Laski, Mosca, Michel, Schmitt, Heller, Freund, etcétera, pero ya antes originariamente el mismo Bodin). Se advierte ya esa difusa disociación entre política y Derecho, entre realismo y formalización e institucionalización jurídica. El límite de las concepciones realistas y abstractas y formalistas es el intento de identificar poder soberano y Derecho, de manera que el poder soberano, en cuanto que ostenta el monopolio de la producción jurídica, es *legibus solutus,* es la fuente de producción creadora del ordenamiento jurídico, mientras que en las dos grandes teorías (tanto la que habla de soberanía del Estado como la que afirma la Soberanía del Pueblo) *permanecen prisioneras del ordenamiento jurídico,* en el cual creen haber anulado, neutralizado y racionalizándolo a través del propio orden jurídico, el poder soberano[6].

En los hechos, no obstante, se perciben no tanto poderes simplemente de hecho como de poderes *diversamente* constituidos. Pero la realidad política permite apreciar que el relevante proceso de formalización e institucionalización del poder tiende a ocultar al observador las fuerzas que ostentan de hecho ese poder en última instancia en una sociedad política determinada y, actualmente, global. De lo que se trata es de buscar dónde se encuentra ese poder último de decisión, que desde el mismo momento en que tuvo conciencia de sí, se definió como poder soberano. El proceso de juridización del Estado y del mismo poder constituyente ha permitido operar una suerte de reducción

[3] Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*,* trad. J. Lión Depetre, «Prefacio» de Héctor Gros Espiell, México, FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, págs.80 y sigs., con amplia referencia a Le Fur, Duguit y Jellinek. También Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., el cual sitúa la soberanía en el cuadro de las propiedades del Estado, y dentro de la tradición alemana del Derecho público, realza más el binomio «soberanía-Estado», en detrimento de la «soberanía-Nación». Extremo, que como se verá después, será objeto de crítica por Duguit. Sobre el desarrollo histórico de la idea de voluntad soberana y de la soberanía en sí, puede consultarse Jouvenel, B.: *La soberanía,* trad., y Prólogo de L. Benavides, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, espec., Tercera Parte, págs. 179 y sigs.

[4] Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* cit., espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., en particular págs. 466-467.

[5] Con todo, sin ignorar, como indicara Carl Schmitt, que "el poder es una magnitud independiente, aun respecto del consenso que haya logrado, y quisiera señalarle que también lo es respecto del poderoso mismo. El poder es una magnitud objetiva, con reglas propias, respecto de cualquier individuo en cuyas manos se encuentre". *Cfr*. Schmitt, C.: *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, pág. 25.

[6] Matteucci, N.: «Soberanía», voz del *Diccionario de Política,* vol. 2, dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci, trad. J. Aricó y J. Tula, México D.F., Madrid, Siglo XXI editores, 1983, del págs. 1534 a 1546, en particular pág. 1541; y en una perspectiva más general, Matteucci, N.: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno,* trad. F.J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998.

de esos poderes de soberanía en el ordenamiento jurídico, tanto más si el orden jurídico-político se afirma como «pluralista». Aquí el orden jurídico configura a los poderes como poderes constituidos, por lo que existe la tentación (no sólo del jurista sino también del politólogo) de estar en condiciones de afirmar que la soberanía en cuanto tal carecería de sentido dentro de un ordenamiento jurídico evolucionado y configurador de un Estado constitucional. Su virtualidad reside en configurar una soberanía limitada (tanto en la esfera del Estado-institución de la sociedad, como en la esfera del poder social del pueblo como expresión del principio democrático).

En esa perspectiva, y no obstante su formalización jurídico-institucional, la soberanía no ha desparecido como expresiva de tal poder social con fuerza política y normativa creadora. En cierto modo, puede que el Derecho neutralice en parte y provisionalmente sus modos de manifestación, pero al tiempo, sobre todo (aunque no exclusivamente) en circunstancias excepcionales, o situaciones límites de excepción, siempre es capaz de reaparecer haciendo visible su potencia, la fuerza de transformación del orden existente y la creación de otro nuevo. La soberanía es un poder constituyente, capaz de cambiar el orden y crear un nuevo sistema jurídico y político, porque su neutralización, domesticación o adormecimiento siempre se ha venido antojando como decididamente provisional; y sin duda emerge siempre en situaciones límite, de carácter excepcional o sencillamente extraordinario.

Esos poderes constituyentes pueden aparecer, sin embargo, como dictadura soberana (y como tal antidemocrática más o menos explícita) o, por el contrario, como soberanía popular. Pero ésta última es, en el fondo, una síntesis de poder y Derecho, de ser y deber ser, de acción y consenso político, ya que cimenta el establecimiento de un nuevo orden social en el *iuris consensu.* Con todo, soberanía y poder constituyente tienden a ser «atrapados» en el orden y poder constituido, neutralizando sus potencialidades disolventes del orden constituido, pero aportan «ex origen» un fundamento legitimador de dicho orden. Por ello, puede que pueda hablarse, pero tan sólo en términos relativos, de una «crisis» e incluso de un «eclipse» de la soberanía tanto estatal como popular, pero no desde luego su desaparición. Lo relativo deriva de un doble fenómeno: en el interior porque el Estado no constituye frecuentemente el único centro de poder dentro de sus fronteras; y en el exterior, porque el Estado nacional (o plurinacional), sobre todo, si no se trata de un Estado de potencia mundial efectiva, se inserta en un orden político-jurídico y económico internacional, con la presencia de fuerzas políticas y poderes económicos que limitan, con mayor o menor intensidad, su efectivo poder de toma de decisiones autónomas o verdaderamente independientes. Los nuevos espacios no siempre pueden ser controlados por todos los Estados «soberanos» en una sociedad global[7]. En los nuevos espacios, lejos de desaparecer el poder, y los «poderes soberanos», lo que se produce es una creciente complejización del poder político y socio-económico, con distintas formas de manifestación que todavía no han encontrado una síntesis racionalizadora en el nuevo orden emergente tanto en el plano político como en el estrictamente jurídico. Cuando no de la emergencia de poderes «salvajes» del mercado[8].

Resulta harto significativo que Duguit haya negado la existencia de una soberanía interna y pretendiera que la noción de soberanía no podía entenderse más que en las relaciones internacionales de interconexión de los Estados, porque exclusivamente en el exterior es donde expresaría la idea de independencia con arreglo a su sentido y alcance originario. Pero, al razonar así, no parece tomar en consideración que el Estado no puede actuar como soberano en el exterior si no es al mismo tiempo soberano en el interior. La contradicción aparece cuando se percibe que en el *Manual de Derecho*

[7] Puede consultarse, por todos, Galli, C.: *Espacios políticos. La edad moderna y la edad global,* trad. J. Tula, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2002, espec., págs. 91 y sigs., y 119 y sigs.

[8] Sobre esto último, véase Ferrajoli, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Prólogo de P. Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

Constitucional[9]*,* Duguit entendió que la soberanía interna y la soberanía externa son inseparables e indisociables, de modo que la una no puede existir plena y eficazmente sin la otra[10].

Hay mucha confusión conceptual, y no exclusivamente en el ámbito doctrinal, porque en los mismos textos constitucionales se aprecia, con harta frecuencia, la confusión entre la soberanía y la potestad estatal. Algo que advirtió y criticó Leon Duguit[11].

Pero, igualmente, las relativas imprecisiones e inestabilidad del concepto de soberanía encuentran en la historia contemporánea y en la coyuntura actual nuevos factores de complejización y de comprensión explicativa. El Estado moderno es sustancialmente un Estado soberano. El sistema de los Estados soberanos se vio afectado por una crisis particularmente grave con las dos grandes guerras mundiales. Se percibe la extraordinaria concentración del poder político-militar en manos de organismos supranacionales *que reducen sensiblemente las prerrogativas soberanas de los Estados nacionales.* En la presente coyuntura el proceso de globalización ha cuestionado seriamente la originaria concepción del mundo occidental sobre la soberanía y su alcance. Es generalizada la afirmación —discutible en sí— de que los Estados se ven «imponentes» («¿Estado imponente?») para hacer frente a los problemas del gobierno global, entrando en crisis el Estado-nación y la teoría del Estado moderno. Pero también concurriendo con un movimiento de signo aparentemente distinto, consistente en la emergencia de identidades, gobiernos locales y deconstrucción interna del Estado-nación. Lo que parecería estar emergiendo es la relativa pérdida de peso, poder, del Estado-nación dentro del ámbito de la soberanía «compartida» y diferenciada que caracteriza al escenario de la política mundial actual. Aunque una visión simplista es inaceptable, pues la globalización no es independiente de los Estados nacionales que la impulsan, lo que, sin duda, ha determinado un nuevo papel del Estado en el escenario global. De hecho la hiperglobalización de las últimas décadas ha sido impulsada deliberadamente, desde su origen, por los grandes Estados de potencia mundial,

[9] Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

[10] 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, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631. Véase Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*,* trad. J. Lión Depetre, «Prefacio» de H. Gros Espiell, México D.F, FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, págs.88-89. Por otra parte, del análisis histórico resulta que el término soberanía ha adquirido históricamente tres significados principales diversos. En su sentido originario designa el carácter supremo de una potestad plenamente independiente, y en particular de la potestad estatal. En una segunda acepción significa el conjunto de los poderes comprendidos en la potestad de Estado, siendo por lo tanto sinónimo de esta última. Finalmente, sirve para caracterizar la posición que dentro del Estado ocupa el titular supremo de la potestad estatal, y aquí la soberanía se identifica con la potestad del órgano. Ahora bien, estos tres conceptos, tan diferentes, de la soberanía, se han conservado hasta la época actual: se les encuentra de nuevo en la literatura contemporánea, enmarañados uno con otro, y esta persistencia de conceptos diferentes sólo puede naturalmente embrollar y oscurecer la teoría de la soberanía (Duguit; Rehm; Jellinek). En la sociedad moderna el término soberanía continúa utilizándose en sentido negativo, según el cual hace referencia a la cualidad de potestad de un Estado que no reconoce ninguna potestad superior a la suya en el exterior; ninguna potestad igual a la suya en el interior (*íbid.,* pág. 89). Véase Monereo Pérez, J.L., y Calvo González, J. : "León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación", en *Revista de derecho constitucional,* núm. 4, 2005, págs. 483-551. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1972289

[11] Véase Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*, cit*., pág. 91. Carré de Malberg reflexiona al respecto: ¿Es la soberanía un elemento esencial de la potestad de Estado? La doctrina tradicional que confunde en un solo y mismo concepto las nociones de potestad de Estado y potestad soberana contiene en todo caso el error de hacer planear un grave equívoco sobre la cuestión fundamental de saber si la soberanía es un elemento esencial del Estado. Si por soberanía se entiende la potestad de Estado misma, no hay duda de que la soberanía forma una condición absoluta del Estado, pues el Estado no puede concebirse sin potestad de dominación. Si, por el contrario, se quiere designar con el nombre de soberanía la cualidad de un Estado cuya potestad no depende de ningún otro, es ya muy discutible que la soberanía pueda ser considerada como un elemento indispensable del Estado (*íbid.,* pág. 96-97).

señaladamente Estados Unidos E incluso actualmente se aprecian ciertas tendencias innegables hacia un retroceso de la hiperglobalización neoliberal con el retorno de más poderes efectivos para los Estados nacionales más avanzados y un proceso de globalización menos absorbente[12].

Desde esta perspectiva, parecería que los Estados-Nación ya no serían instancias políticas adecuadas para hacer frente a los grandes dilemas de la modernidad tardía (como la paz, el desarrollo económico, la garantía de los derechos humanos, la tutela del medio ambiente y el equilibrio demográfico), los cuales tienen una dimensión global y requieren el diseño de estrategias de políticas, instituciones y ordenamientos jurídicos que presenten esa dimensión mundializada. Interesa recordar que en el marco de la forma política del histórico «Estado absoluto», en lo concerniente a la configuración de las relaciones internacionales (en los términos propios del *ius publicum europaeum*), se afirmó el principio de soberanía absoluta del Estado-nación. Dicho principio se concreta en el que se ha dado en llamar «modelo de Westfalia»[13], conforme al cual los sujetos primordiales del Derecho internacional son exclusivamente los Estados nacionales por el simple hecho de su conexión de dominio sobre un determinado territorio y población instalada en el mismo. En este contexto no hay una instancia legislativa internacional investida de poder de promulgar normas de validez «erga omnes» de inmediata aplicación. La autoridad de los Estados soberanos es fuente del Derecho internacional en la medida en que los mismos concierten tratados (bilaterales y multilaterales) o procedan a reconocer la vigencia de normas de carácter consuetudinario. De conformidad con el modelo westfaliano, la igualdad jurídica y la autonomía normativa de los Estados nacionales constituye un principio insoslayable que no admite condiciones establecidas por sujetos externos. Por otra parte, el Derecho internacional, en ese modelo político, carece de normas de ordenación relativas a las estructuras políticas internas de cada Estado o concernientes a su actuación en relación con sus ciudadanos; tampoco se encuentra la previsión sobre la creación de un poder de injerencia o intromisión de un organismo de carácter internacional o de otro Estado en las cuestiones internas de otros Estados. Y en la misma lógica del modelo de relaciones internaciones, no se reconoce derecho alguno de un Estado o un organismo internacional en los asuntos internos de otro u otros Estados o derecho o deber de intervención a favor de uno de los Estados contendientes respecto de otros Estados nacionales.

En la controversia originaria, tanto para los detractores de la soberanía del monarca como para los defensores del principio de soberanía popular, el concepto de soberanía se asimilaba a un poder que no conocía límites y de carácter indivisible. Se trata de una soberanía ilimitada. Pero este criterio nunca fue unánime y progresivamente se fue consolidando a la par un criterio favorable a la consideración del carácter limitado de la soberanía. Ese carácter limitado fue defendido ya originariamente para garantizar el respecto a las libertades y los derechos fundamentales (Benjamin Constant, Montesquieu, Tocqueville, etcétera), y encontraría expresiones en la sociedad contemporánea en las doctrinas pluralistas (Laski[14], y en general los socialistas fabianos y gremiales; los krausistas social liberales

[12] Así, Castells, M.: *La era de la información. Vol. 2. El poder de la identidad,* Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 271 y sigs.; Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado al gobierno cosmopolita,* Barcelona, Paidós, 1997, págs. 53 y sigs.; *Ibid., Cosmopolitismo. Ideales y realidades,* Madrid, Alianza Editorial, 2012, págs. 29 y sigs., y 37 y sigs.

[13] Sobre el modelo de Wesfalia, véase Zolo, D.: *Cosmópolis. Perspectivas de un gobierno mundial,* Barcelona, Eds. Paidós, 2000, espec., págs. 29 y sigs.

[14] Laski, H.J.: *La gramática de la política,* edición y estudio preliminar, «La filosofía política de Harold J. Laski» (XV-C), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Monereo Pérez, J.L.: La democracia en crisis: Harold J. Laski, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004. ; Monereo Pérez, J. L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426.

como Giner de los Ríos[15], etcétera) y constitucionalistas (Hugo Preuss). Las limitaciones a los poderes soberanos que imponen las sociedades pluralistas serían destacadas también por Joseph Schumpeter, Raymond Aron, Robert Dahl[16], Raf Dahrendorf, Noberto Bobbio, Giovanni Sartori, etcétera). En esas teorías pluralistas el Estado no sería ya una instancia totalmente soberana, centralizada y monista en las esferas política y jurídica; el Estado en las sociedades pluralistas se entiende como una instancia de mediación entre los intereses de los grupos políticos y sociales organizados. La soberanía del Estado tiende a perder su connotación fuerte y a ser identificada con la máxima autoridad estatal o una prerrogativa jurídica abstracta y difusa de los poderes[17].

En Hans Kelsen lo que preside es una soberanía *desplazada hacia otras instancias de poder democráticas*. Critica lo que considera el «dogma de la soberanía», porque entiende que se trata de una noción que no se corresponde ya con las democracias constitucionales y con la construcción del Derecho internacional contemporáneo. En este contexto, ningún poder público puede postular su carácter soberano. Kelsen considera que los Estados constitucionales son poderes incompatibles con los postulados absolutistas que estarán implicados en la categoría jurídico-política de la ciudadanía. La misma incompatibilidad deriva del Derecho internacional contemporáneo, el cual establece principios y reglas que configuran los poderes de los Estados nacionales como poderes limitados. En el nuevo orden internacional se establece un Derecho con fuerza vinculante bilateral, con eficacia tanto respecto de los Estados nacionales como respecto a los individuos pertenecientes a dichas unidades políticas estatales[18].

El caso de Carl Schmitt es completamente diferente, porque —aun antes de su deriva autoritaria— él defiende la utilidad y vigencia de la noción de soberanía como dimensión de lo político, oponiéndose a la concepción kelseniana. La concepción de Carl Schmitt entronca con la más moderada defendida por Hermann Heller (un decisionista *moderado* defensor —y su máximo teorizador— con el Estado Social de Derecho) y Rudolf Smend. Como se sabe, según Schmitt la condición de sujeto soberano no remite a una situación de normalidad (la soberanía institucionalizada o normal hace referencia a la instancia que en circunstancias normales ostenta la autoridad política o el monopolio del poder legislativo o del poder ejecutivo), sino a la instancia de poder que es capaz de imponer su decisión en una situación crítica, esto es, es el sujeto que decide el —y sobre el— Estado de excepción. Es la instancia de poder que de hecho detenta el poder de suspender el ordenamiento jurídico vigente y eventualmente ostenta la capacidad de fundar uno nuevo. Es así, que para Schmitt,

[15] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición y estudio preliminar, «», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008. Para un profundo y exhaustivo estudio sobre el pensamiento pedagógico y sociopolítico de Francisco Giner de los Ríos, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Atelier, 2023, y abundante bibliografía citada tanto del propio autor (pues culmina una línea de investigación seguida hace más de dos décadas) como de los investigadores relevantes que se han venido ocupando de la figura y aportaciones decisivas de Giner de los Ríos.

[16] Dahl, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición,* trad. Julia Moreno San Martín, Madrid, Tecnos, 1997.

[17] Zolo, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* trad. Roger Campione, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005, págs. 100 y sigs.

[18] Kelsen, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts,* Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; Kelsen, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1931), trad. H. Caminos y E. C. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen" (pp. IX-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Kelsen, H.: *Teoría General del Estado,* edición y estudio preliminar, «Los fundamentos del Estado en la teoría jurídico-política de Kelsen» (XXI-CLXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002; García Amado, J.A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996; Monereo Pérez, J. L.: *La democracia en el pensamiento de Kelsen,* estudio preliminar a Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Monereo Pérez, J.: *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"), págs. 297-470.

la soberanía no pertenece realmente al poder constituido en cada momento, sino al poder constituyente que subsiste siempre. Es un poder sobre la decisión última en situaciones de excepción, precisamente por el hecho de que es en dichas situaciones críticas o de emergencia cuando se hace visible el rostro auténtico del poder y de lo político. Esta visión extrema de la soberanía tiene la virtualidad de poner de manifiesto la realidad de lo político y del conflicto en la sociedad, donde la contraposición de intereses contrapuestos resulta inevitable, y el papel de la teoría política y jurídica es partir de esa realidad y establecer cauces para afrontar la solución pacífica de tales conflictos. La negociación de la soberanía supondría para Schmitt afirmar la posibilidad existencial de un orden social sin conflicto y antagonismo político, lo que resulta contrario a la naturaleza de las sociedades humanas. Y, así, corresponde al Estado el enojoso papel de ser uno de los centros de poder llamado a decidir poniendo a prueba en cada momento histórico su pretensión de monopolio del ejercicio de la fuerza legítima en la sociedad. En este sentido Schmitt se opone a todas aquellas concepciones ideológico-políticas (como el liberalismo y la socialdemocracia) que pretenden neutralizar, a su entender, lo político a través de formas antipolíticas de democracia deliberativa y de orden cosmopolita, las cuales primando el momento de consenso político dejan en un plano secundario la realidad adversarial y del antagonismo. Por lo demás, según Schmitt el poder constituyente del pueblo continúa subsistiendo más allá de su cristalización provisional en los poderes instituidos[19].

Es lo cierto que en el mundo contemporáneo ha existido, y existe, una tensión permanente entre soberanía y Constitución Jurídica en la sociedad. En la segunda postguerra mundial se produce un proceso de refundación constitucional de los sistemas democráticos y se refuerza la idea de crear un orden internacional donde los Estados constitucionales pueden ostentar una soberanía limitada y al mismo tiempo se internacionalicen los derechos fundamentales con independencia de las fronteras nacionales. Las posiciones más radicalizadas, en este sentido, como se verá después, afirmarán que existe una a antinomia entre la admisibilidad del concepto de soberanía y el Derecho constitucional moderno. Para ello se parte de una premisa discursiva conforme a la cual hablar de soberanía es hacer siempre referencia a un poder absoluto y liberado de reglas formales y de condicionamientos sustanciales. Elevada, así, al campo de lo absoluto (y cristalizada en ese ámbito), la soberanía expresaría en sí un poder no subordinado a ninguna regla y, por supuesto, a ningún orden constitucional. Tras todo ello se rememora el clásico y permanente debate sobre los límites del poder constituyente, su relación con el poder constituido y la naturaleza y los límites del poder de revisión constitucional[20].

Pero, además, el mundo contemporáneo ve complejizada no sólo la problemática de la soberanía, sino también la de los poderes constituyentes y constituidos y la «autonomía» relativa de los órdenes constitucionales actuales. Efectivamente, la globalización está replanteando la tradicional

[19] Véase Schmitt, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes,* trad. Francisco Javier Conde, edición y Est. prel., «El Espacio de lo político en Carl Schmitt», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004. Véase al respecto Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; Monereo Pérez, J.L.: *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 (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Pero en parte también Heller, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional,* México, FCE, 1995; Heller, H.: *Teoría del Estado,* edición y Est. prel., "La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Véase, por todos, el estudio monográfico sobre 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 I.2. ("Decisionismo político moderado y teoría antiformalista del Estado y de la Soberanía"), págs. 19-62, y Capítulo 2 ("La "Constitución política" de la Sociedad en el pensamiento de Hermann Heller"), págs. 80-112.

[20] Zolo, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* cit., págs. 112-113, con referencia a L. Ferrajoli, Böckenförde; P.P. Portinaro y G. Zagrebelski. Sobre ello se volverá más adelante.

conformación de los sistemas de Estados nacionales soberanos. El proceso de globalización entraña en el plano político-jurídico el sometimiento de los Estados nacionales a reglas de juego político-institucional y a órdenes normativos que limitan ámbitos importantes de su soberanía, generando tensiones entre poderes internos e internacionales que podrían ostentar una suerte de soberanía supranacional. Esta tensión se revela como realmente existe, pero opera precisamente sobre la base de una persistente tensión de poderes que se pretenden soberanos, respectivamente, de manera que la realidad apunta más que a la desaparición de la soberanía a la evidencia de su relatividad y la coexistencia de «soberanías limitadas» a través de siempre renovados sistemas de límites internos y externos.

A pesar de esa realidad de coexistencia efectiva de «soberanías limitadas» no se puede desconocer que se ha venido produciendo un desplazamiento del «modelo de Westfalia» por el denominado «modelo de la Carta de las Naciones Unidas». Este proceso genera nuevas tensiones entre los poderes nacionales y los poderes supranacionales. Pero también entre los defensores de un orden cosmopolita («democracia cosmopolita») y los partidarios del mantenimiento de la persistencia de un mayor espacio de autonomía de los Estados nacionales. Esta última posición se mantiene bien por realismo político, bien por rechazo a la subordinación de las grandes potencias más influyentes, bien porque la diversidad cultural y político-institucional impiden la creación de ese orden cosmopolita; bien, porque se objeta que la democracia ha venido encontrando su núcleo privilegiado de desarrollo y participación ciudadana en el ámbito del Estado nacional, o bien, finalmente y en otra lógica discursiva enteramente distinta, por entender que la creciente institucionalización del orden internacional sería perjudicial para el libre funcionamiento de los mercados[21]: La crisis económica actual hace bien visibles estas pretensiones de «autonomía de la economía» respecto a la esfera de la política pública, nacional e internacional.

Pero existe igualmente otra vertiente del problema, que conecta el cosmopolitismo como opción de política del Derecho y la temática de la paz mundial. Para el establecimiento de un orden mundial más justo y garantizar la paz internacional, existe toda una corriente de opinión sólidamente construida durante el pasado siglo veinte (con autores de la talla de Kelsen, Bobbio, Held y Ferrajoli, entre otros, que encuentra la solución más adecuada a la creación de una suerte de «Superestado» o «Estado Mundial», dotado de «soberanía universal», aunque no ilimitada por el respeto a la persistencia de una relativa autonomía para los Estados. Con independencia de su viabilidad en la práctica política, tampoco se pueden ignorar los riesgos políticos de su instauración y lo que supone de desplazamiento de ámbitos de soberanía de los Estados nacionales, sobre todo si no se garantiza la *plena democratización* de sus estructuras institucionales y del sistema de garantías de los derechos fundamentales atendiendo a la diversidad de principios y de valores existentes a escala mundial. En este sentido, el caso del proceso de construcción de la Unión Europea resulta bien significativo, porque ciertamente la Unión, a pesar del avance de la institucionalización, no puede equipararse al sistema democrático propio del constitucionalismo democrático-social con Estado Social y Democrático de Derecho; no estando disponibles mecanismos de legitimación democrática y de garantía *efectiva e integral* de los derechos fundamentales a nivel de la Unión Europea[22]; mecanismos insuficientes como para poder legitimar democráticamente la instauración de un Estado federal europeo con *soberanía limitada y repartida*[23]. Y tan sólo dispone de una Constitución en sentido material integrada por el Sistema de los Tratados de la Unión. También se plantea el problema de la construcción de una

[21] Sobre esta problemática puede consultarse Zolo, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* cit., págs. 115-116.

[22] Para una visión crítica más detenida y matizada, véase VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. Y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

[23] Zolo, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* cit., pág. 118, con referencia a crítica al exceso de optimismo realizada, entre otros, por Ralf Dahrendorf, D. Grimm, y M. Luciani.

jurisdicción penal supranacional para la tutela de la paz, con la tendencia a concentrar en organismos supranacionales parte del poder antes detentado por los Estados nacionales[24].

En este contexto es difícil admitir aquellas posturas que niegan la soberanía. Pero aun así suele negarse no sólo su legitimidad sino incluso su realidad existencial. Se afirma, en tal sentido, que la soberanía es un residuo de la modernidad de género absolutista; que la soberanía interna tiende a desaparecer con el establecimiento de los Estados constitucionales, mientras que la soberanía externa progresivamente está en vías de desaparición ante el perfeccionamiento de un Derecho internacional de orientación cosmopolita; y que, por último, se produce una irreductible antinomia entre la idea de soberanía y Derecho, que impide su utilización técnica para la comprensión de los problemas del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea[25]. Para ello se parte de una noción de soberanía absolutista, como poder supremo no sujeto a límites y condiciones formales y sustanciales para su ejercicio legítimo, desconociendo que los sistemas democráticos han venido estableciendo límites y condiciones precisas, transitando del modelo de soberanía absoluta a un modelo de soberanía limitada o relativa para hacerla compatible con los regímenes democráticos de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. Por lo demás, resulta objetable que la crítica se centre reductivamente en la «soberanía estatal», sin reparar en el carácter inmanente de la «soberanía popular» a los presupuestos constitutivos de los sistemas democráticos de Estado Constitucional. Un debate no simplificador sobre la soberanía tiene que abarcar sus distintas dimensiones y no quedar limitado a la pervivencia o no del Estado nacional unitario e independiente.

Luigi Ferrajoli —uno de los teóricos más críticos con la idea de soberanía— ha hecho referencia, inicialmente, a la «crisis actual de la soberanía» en esa línea simplificadora respecto a aspectos neurálgicos para la democracia contemporánea. Según Ferrajoli, el paradigma de la *soberanía externa* alcanza su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso en la primera mitad de nuestro siglo con la nueva guerra europea de los treinta años (1914-1945), en la que se incluyen las dos guerras mundiales, y que conducen, en cierto sentido, al suicidio de Europa. Este final quedaría sancionado institucionalmente en el Derecho internacional por la Carta de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que después se reflejaría en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dichos textos internacionales —de valor fundamental— operan una transformación, en sede eminentemente jurídica, en el orden jurídico-político de la sociedad internacional. Para Ferrajoli, al menos en su posición mantenida originariamente —como ahora se verá—, este proceso de internacionalización implica la desaparición de los presupuestos y rasgos constitutivos de la soberanía (del Estado), atendiendo tanto a su vertiente interna como a su dimensión externa. De este modo, arguye, la soberanía del Estado, ya privada de contenido hasta disolverse en su vertiente interna con la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, se diluye igualmente en su vertiente externa ante la instauración de un sistema jurídico de carácter internacional que se impone con carácter imperativo e inmediatamente vinculante para todos los Estados miembros de las organizaciones internacionales, aparte de hecho de que en el nuevo Derecho internacional emergente los sujetos de Derecho internacional ya no serían los Estados nacionales, sino también directamente los individuos y los pueblos adscrito al territorio de cada Estado[26].

De ahí se infiere la consecuencia de la negación radical de la soberanía estatal por su pretendida contraposición e incompatibilidad con el Estado constitucional y con el Derecho internacional

[24] Sobre toda esta problemática, véase Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Trotta, 2007, Capítulo 3 ("Universalidad de los derechos y guerra humanitaria"), págs. 87 y sigs.

[25] Ferrajoli, L.: «La soberanía en el mundo moderno», en *Derechos y garantías. La ley del más débil,* trad. de P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

[26] Ferrajoli, L.: «La soberanía en el mundo moderno», en *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* trad. P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 125 y sigs., en particular págs. 144-145.

contemporáneo de orientación cosmopolita. La crítica se hace entonces frontal y sin fisuras, cuando se indica que desde el punto de vista de la teoría del Derecho la soberanía se revela como un «pseudo-concepto» o, peor aún, como una «categoría antijurídica», pues en sí misma resultaría ser la negación del Derecho, porque la soberanía «per se» siempre supondría ausencia de límites y de reglas (sustanciales y de procedimiento), lo que evidenciaría su carácter contrario al Derecho. Puede avanzarse aquí ya una crítica de la crítica, pues parece discutible este acotamiento absolutista de la soberanía, por la misma razón de que en los Estados constitucionales contemporáneo preside no la idea de una soberanía absoluta, sino, por el contrario, de una soberanía limitada —pero no negada necesariamente— por el Derecho.

De esa perspectiva, observa Ferrajoli, la historia jurídica de la soberanía sería la historia de una antinomia entre los términos Derecho y soberanía, incompatibles e históricamente enfrentados entre sí (sic.). Para Ferrajoli, en el Estado de Derecho no existe ningún soberano, a menos que entendamos como «soberana», como un puro artificio retórico, la Constitución misma, esto es, el sistema de límites y vínculos jurídicos que se imponen a poderes públicos que ya no tienen la condición de soberanos. La referencia a un «Estado soberano» es inaceptable tanto en el ámbito de la teoría del Derecho, como en el de la teoría política. Entiende que, lo que está en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía estatal, es su objeto, a saber: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función ha de ser objeto de una revisión radical en función de las transformaciones operadas, de hecho y de Derecho, en el campo de las relaciones internacionales en condiciones de globalización. En definitiva, el Estado nacional como sujeto soberano se halla actualmente en crisis irreversible tanto por arriba como por abajo, y por la concurrencia de un conjunto de factores de causación de carácter esencialmente irreversible[27].

Posteriormente, en el marco de ese quizá prematuro pronóstico de la muerte de la soberanía, Ferrajoli se ha reafirmado, en lo principal, en esa negación de la soberanía interna y externa en la sociedad contemporánea dotada de un Derecho internacional con instituciones de gobierno global y de normas imperativas. Así afirma que se ha producido un «cambio de paradigma del derecho internacional producido con la Carta de la ONU»[28]. Pero la relativa novedad es que Ferrajoli constata, correctamente, que en el momento presente se corre el riesgo de quebrar a causa de la crisis de las soberanías nacionales, *no compensada por la construcción de una efectiva esfera pública en el ámbito supranacional*. De ahí que hable de las aporías de la soberanía y de la ciudadanía en un nuevo paradigma constitucional que se abre paso en un entorno presidido por graves peligros para el futuro orden internacional[29]. Y señala, significativamente, que la historia de la soberanía se encuentra muy lejos de haber concluido. Por lo demás, también en la Carta de la ONU permanece el principio de la soberanía de los Estados. La ONU, expresa su art. 2, «está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros», lo que comporta la prohibición de «injerencias» sistemáticas en las cuestiones internas de cada Estado nacional.

[27] Ferrajoli, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular págs. 147 a 149. Ferrajoli llega a afirmar que «No es casualidad, por lo demás, que el último gran defensor de la soberanía haya sido Carl Schmitt, quien, en polémica con Kelsen, *considera que la soberanía tenía como fundamento una categoría tan incompatible con la lógica del Estado de derecho como el «estado de excepción».* (pág. 147). Pero parece olvidar que desde el realismo político no son poco los autores que defiende la persistencia de la soberanía sin perjuicio de su compromiso con el Estado Social de Derecho. Es el caso harto significativo de Hermann Heller. *Cfr*. Heller H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional,* México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

[28] Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia (2007),* trad. P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 475 y sigs.

[29] Ferrajoli, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular págs. 480 y sigs.

Ahora para Ferrajoli, en esa línea de parcial auto-revisión, sería *más que nada, en el plano fáctico donde la soberanía continuaría caracterizando la conformación de las relaciones internacionales*. De manera que la soberanía pervive de hecho como la principal aporía en el presente del sistema de relaciones internacionales, debido a la creciente disparidad de las fuerzas existentes, en condiciones de soberanía desiguales, esto es, de la soberanía absoluta de la superpotencia estadounidense a las soberanías de los demás Estados, desmedidas y limitadas en distintos grados, vinculados a sus respectivos niveles de poder. Y observa que, simétricamente, existe una aporía análoga que incide también sobre la ciudadanía, cuyos confines estatales han entrado en contradicción con el proclamado universalismo de los derechos fundamentales al más alto nivel[30].

Con todo, el orden jurídico internacional se puede equiparar a lo que sería un ordenamiento jurídico estatal que estuviera dotado solamente de Constitución jurídica y de pocas instituciones sustancialmente *carentes de poder efectivo*. La que se podría llamar «Constitución embrionaria» internacional, ciertamente promete paz, seguridad para los pueblos y tutela de los derechos de los seres humanos del planeta, sin embargo, está destinada a la *inefectividad estructural por la falta de las correspondientes leyes de actuación*. El déficit es manifiesto por lo que se refiere a las garantías primarias y secundarias de los derechos fundamentales proclamados. Por otra parte, el proceso actual de la globalización pone de manifiesto la inadaptación de la política y del Derecho, de manera que los nuevos espacios económicos y financieros no se han visto acompañados de la correspondiente integración de las instancias políticas y jurídicas. Hay, pues, una crisis de gobernabilidad político-jurídica. Las *promesas incumplidas* de igualdad y de garantía de los derechos contrastan con el incremento extraordinario de las desigualdades, el atentando a los bienes colectivos y a los derechos fundamentales formalmente proclamados y el fortalecimiento de los poderes económicos (las fuerzas económicas de nuestro tiempo) sin verdadero control democrático. Pero, en relación a ello, se comprueba un *reforzamiento de la soberanía* de los Estados de potencia mundial. Es ahora el propio Ferrajoli quien hace notar la falta de actuación de un constitucionalismo global, que no sólo impide el desarrollo de una democracia cosmopolita, pues, adicionalmente, genera el riesgo de alterar enteramente el edificio de la democracia constitucional en los mismos ordenamientos estatales internos. Y es que, en verdad, la democracia constitucional interna y el Derecho internacional están hoy cada vez más estrechamente conectados debido a los efectos que produce la actual globalización sin reglas de control democrático de poderes que efectivamente actúan como soberanos y sin garantías sociales más allá de las garantías a favor del mercado, esto es, de apoyo a la liberalización de las fuerzas del mercado y a la (re)mercantilización de bienes colectivos y derechos sociales a nivel interno y mundial[31].

Lo que quizás no se aprecia suficientemente, al menos en el primer Ferrajoli, es que la soberanía pertenece al terreno de las *realidades políticas que se imponen como efectivamente existentes y al carácter irreductible del poder.* El «segundo Ferrajoli» ya toma buena nota de las realidades políticas del primado de la Política sobre el Derecho a escala mundial (no como algo deseable, sino como hecho que forma parte de lo político), y en relación a ello la preeminencia de los poderes soberanos más fuertes, a saber: el de las grandes potencias soberanas (que sí pueden continuar postulando y reafirmando su condición soberana) y el de las fuerzas económicas liberadas prácticamente de toda responsabilidad jurídica y social. Al final se tiene que convenir en la realidad existencial de lo político que ha caracterizado contradictoriamente a la modernidad, donde todo orden aparece constantemente asediado por la excepción y el conflicto, y urgido de nuestras neutralizaciones siempre provisionales y revisables sobre los intereses y valores aceptados. Y en un nexo indisoluble entre soberanía y decisión:

[30] Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 480-481.

[31] Véase Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* cit., pág. 484 y ampliamente págs. 485 y sigs.

la vida del Derecho exige un orden de normalidad (de ahí la mutua remisión de decisión y orden). El sujeto que lo garantiza es el que de manera renovada decide la situación sobre esa normalidad a través de la decisión relativa a la excepción y la identificación del enemigo o sujetos contrarios —o adversarios— a dicho orden en cada momento. En este sentido, la Modernidad ha venido siendo singularizada como normalización de la excepción, lo que hace necesaria la existencia de una instancia soberana que decida sobre el enemigo y el tipo de regulación pertinente[32].

Ahora bien, Carl Schmitt no reflexiona exclusivamente sobre la Modernidad, pretende ir más allá caracterizando a lo político como tal. En esa lógica el rasgo decisionista de la soberanía exige del reclamo de una antropología existencialmente pesimista, por lo que la situación de caos y la falta de mediaciones alcanzan a la mistificación del paradigma moderno de comprensión del espacio de lo político. Carl Schmitt y Hermann Heller, sin perjuicio de sus innegables diferencias, coinciden en señalar que la crisis de soberanía se resuelve fundamentalmente en la crisis de identificación del sujeto titular de la misma (sujeto soberano)[33].

El que no parece haber tomado buena nota de estas realidades políticas (o si se quiere realidades constitucionales) es Held, el cual reflexiona en los siguientes términos: la consolidación del Derecho público democrático en el ámbito internacional exige una revisión de la noción tradicional de soberanía. Hay que tener en cuenta que en el paradigma clásico de soberanía el Estado ejerce el poder efectivo y sin limitaciones en su espacio territorial. Después de la Segunda Guerra Mundial y la formación del sistema internacional de derechos humanos, el modelo clásico de soberanía sería cuestionado por el «modelo liberal de soberanía». Este último modelo redefine la relación entre Estado y por sus ciudadanos y vincula la legitimidad estatal a la tutela de los derechos humanos fundamentales, los cuales constituyen el fundamento de la legitimidad político-democrática.

En esta dirección de pensamiento, entiende que el Estado actual de relaciones políticas en el mundo actual exige una nueva revisión cualitativa. El modelo liberal de soberanía requiere ser «reemplazado» por lo que Held denomina «modelo cosmopolita de soberanía», que estaría llamado a redefinir el conjunto de atribuciones del poder político. Esta «*soberanía cosmopolita»* sería capaz de desafiar la misma idea tradicional de fronteras fijas y territorios gobernados exclusivamente por los Estados nacionales, de manera que todas las unidades políticas nacionales estarían vinculadas entre sí e interconectadas mediante una autoridad política global. Ya no hay un solo centro de poder legítimo, pues la toma de decisiones de política democrática se entiende que forman parte de un universo más amplio de interacción política en el que el legítimo proceso de toma de decisiones se lleva a cabo en distintos *loci* de poder, tanto en el interior como el exterior del Estado nacional. Para abordar los problemas comunes, se necesita establecer un marco de interacción política y moral con la finalidad

[32] Puede consultarse también, en cierta medida, la reflexión crítica de Benjamin, W.: *Angelus Novus,* trad., H.A. Murena, revisión, edición y estudio preliminar, «La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso» (IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

[33] Véase Schmitt, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932)*,* traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncher & Humblot, Berlin, 1988, realizada por C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; Heller, H.: *La soberanía* (1927), trad. Mario de la Cueva, México, FCE, 1995, págs. 107, 85 y 163; *íd.: El sentido de la política y otros ensayos,* trad. Hernández y E. Vela, Valencia, Pre-Textos, 1996; *Teoría del Estado,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004; y sobre su teoría política, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. EL pensamiento político de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. Pero según Heller, un decisionista moderado, el soberano de Bodino y el moderno no posee un poder ilimitado (*La soberanía,* cit., págs. 80-83). El debate conducirá finalmente a la separación de soberanía y Estado, y a su declinación jurídica, como ya fue evidente en Jellinek, G.: *Teoría general del Estado,* traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho, 2000.

de garantizar la cooperación y la coexistencia pacífica en la resolución de tales problemas (catástrofes ecológicas, crisis financieras, terrorismo, etc.). Ese cosmopolitismo institucionalizado sería para él no la hegemonía ideológica de occidente, sino el triunfo de las diferencias y filiaciones locales. No habría en ello pretensión de uniformidad, sino de búsqueda de un marco común de gobernabilidad de la globalización. Ese horizonte cosmopolita podría garantizar la paz y la colaboración mundial. De no ser así nos encontraríamos ante un mundo sin principios de cosmopolitismo en el que el poder (en sus diferentes manifestaciones) controlaría la resolución de dichos problemas de modo interesado[34].

Hay que tener en cuenta que lejos de haber desaparecido, la *geopolítica crítica permite todavía comprender —hoy más que nunca— la política mundial realizada no sólo por los Estados sino también por las organizaciones y fuerzas internacionales.* La geopolítica describe al mundo actual como un mundo de Estados nacionales, donde se expresa la mima la *espacialidad del poder* en la política moderna. Capta la realidad de la lucha por la supremacía de las grandes potencias, y apunta al advenimiento de una nueva era de la geopolítica global. Precisamente, la justificación de la espacialidad del poder centrada en el Estado nacional, lo que constituye la «trampa territorial», es la proyección histórica de un mundo en el cual el poder respecto a los demás se entiende «repartido» entre unidades políticas de *soberanía territorial* análogas, de ordinario entre los Estados militarmente más potentes, es decir, las grandes potencias mundiales. Por otra parte, la lucha por la supremacía de las grandes potencias no queda relegada a la historia, sino que preside actualmente las relaciones de poder a escala internacional, existiendo una tensión entre, por una parte, la declaración jurídico-formal de la igualdad esencial de todos los Estados en su «estatalidad» que está *implícita en la idea de soberanía estatal y en el Derecho internacional,* y, por otra*, la realidad histórica de la radical desigualdad de poder existente entre los mismos.* Dicha tensión ha pretendido ser resuelta entendiendo la declaración jurídico-formal de «igualdad soberana» como una situación de partida análoga a una «condición natural», y percibiendo la desigualdad y la correspondiente jerarquía de los Estados nacionales como al resultante del inevitable proceso de competición que se opera entre los distintos Estados en la dinámica sociopolítica. La realidad es, pues, la existencia de una *jerarquía de Estados nacionales* (que como tal es jerarquía de poderes de soberanía asimétrica) como la condición «normal» de la política mundial». Pero resulta también innegable el carácter fuertemente cambiante de sus premisas*,* esto es, las condiciones histórico-geográficas en las que tenían sentido en cada momento y las dificultades a las que se enfrenta ante las circunstancias político-económicas del mundo actual[35].

Mucho antes, un prestigioso partidario del realismo político, Hans J. Morgenthau, encontraba en las relaciones internacionales la lucha por el poder y por la paz mundial en condiciones adversas. Para él, la directiva principal en que se apoya el realismo político para encontrar su ruta a través del horizonte de la compleja política internacional es la noción del interés definido en función del poder. Esta idea aporta el eslabón entre la razón (que procura comprender la política internacional) y los hechos que han de ser explicados. Determina la política como un ámbito de acción autónoma y fija su comprensión como distinto del de otros ámbitos, como sería la economía (concebida bajo términos de interés definido como riqueza), el Derecho, la ética, la estética o la religiosa[36]. Sin embargo, esto no le impidió afirmar la configuración del Derecho Internacional como ordenamiento jurídico, pero subordinado a la dinámica política y los cambiantes equilibrios de poder que operan en el ámbito de las relaciones internacionales. Su punto de contacto realista conecta más con el pensamiento de Carl

[34] Held, D.: *Cosmopolitismo. Ideales y realidades* (2010)*,* trad. D. Fernández Bobrovski, Madrid, Alianza Editorial, 2012, págs. 30-31.

[35] Agnew, J.: *Geopolítica: Una revisión de la política mundial,* trad. M. D. Lois Barrio, revisión A. Despujol Ruiz-Jimenez y H. Cairo Carou, Trama Editorial, 2003, págs. 57 y sigs. y 79 y sigs.

[36] Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* trad. Francisco Cuevas Cancino, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, pág. 16. Consúltese, 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, Cap. III (Sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional), págs. 277 y sigs.

Schmitt (pero también Heinrich Triepel[37]) que con el de autores más partidarios del globalismo jurídico y de la primacía en el espacio político internacional de la política sobre el Derecho internacional (por ejemplo, Kelsen, Scelle, en su época, o matizadamente con el enfoque de autores posteriores como Habermas o Ferrajoli). Por ello Morgenthau otorga una particular importancia al análisis sociológico en relación con el específico campo en el que actúan las normas jurídicas[38]. En realidad, lo político y lo jurídico son en la vida social las dos caras de una misma medalla. En este sentido la realidad del Derecho está orientada por la decisión política[39]. El Derecho Internacional no ha suprimido los espacios de poder soberano y sólo ha limitado el poder de decisión unilateral epidérmicamente a las grandes potencias que ejercen y poder soberano en el exterior y con un poder conformador determinante de las reglas de juego de los Estados en el espacio geopolítico y de política del Derecho mundial. Al respecto sería necesario hablar más propiamente de comunidad internacional dominada por las grandes potencias mundiales. Desgraciadamente, la experiencia muestra que la política de las grandes potencias mundiales y de las nuevas instancias políticas (la llamada "gobernanza" mundial) y económicas (los poderes económicos privados y su "*lex mercatoria"*[40]) internacionales se impone a un Derecho Internacional desbordado en su operatividad por las instancias de decisión política imperantes en las relaciones internacionales: la realidad del poder se impone al orden jurídico internacional formalmente institucionalizado. Esto no significa que no se pueda y deba apelar al garantismo efectivo de los derechos fundamentales a través de un renovado Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales dotado de garantías de efectividad y justiciabilidad[41].

---

[37] Para verificarlo, sería suficiente remitir a sus consideraciones sobre las relaciones existentes entre la política y el Derecho público, Triepel, H.: *Derecho público y política,* Discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín el 15 de octubre de 1926, Prólogo, traducción y Apéndices de J.L. Carro, Madrid, Civitas, 1974. Por lo demás, para Triepel lo política se resuelve en el contenido inherente a una parte del ordenamiento jurídico; y afirmando la superación de la contradicción de lo político y lo jurídico en un entendimiento material de la Constitución. De ahí la vinculación de lo político al Derecho Internacional Público. Para él la ciencia jurídica pública debe pretender necesariamente una estrecha vinculación con lo real, por lo que ha de situar a las normas jurídicas en la más íntima relación con las fuerzas políticas que las crean y las configuran, fuerzas políticas que a su vez se ven sometidas al Derecho público. Hasta tal punto es así que según Triepel, "el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos" (*Ibid.,* pág. 42).

[38] Véase García Ruíz, J.A.: *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y Derecho Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 348 y sigs. García Ruiz realiza un detenido estudio sobre el pensamiento de Morgenthau y abunda en sus conexiones con el Pensamiento de Hans Kelsen.

[39] Morgenthau, H.J.: *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international,* París, Alcan, 1934; y de manera más contundente y definida, Morgenthau, H.J.: "Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international", en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea,* Madrid, Bermejo, 1936, págs. 446-465; Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* trad. F. Cuevas Cancino, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, y los trabajos recogidos en Morgenthau, H.J.: *Escritos sobre política internacional,* edición y traducción de E. Barbé, Madrid, ed. Tecnos, 1990; Morgenthau, H.J.: "The Problem of Sovereingty Reconsidered", en *Columbia Law Review,* vol. 48, núm. 3, 1948, págs. 341-365; Morgenthau, H.J.: "L' Etat universal et les institutions supranationales", en *Comprendre,* vol. 23, núm. 4 (1962), págs. 1-11; Morgenthau, H.J.: "International Law and International Politics: An Easy Partnership", en *Proceedings of the Annual Meetings of the American Society of Internacional Law* (1974), págs. 331-334.

[40] Puede consultarse Jessop, R.: *El futuro del Estado capitalista,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2001 (2ª ed., 2008), espec., Capítulo 3, págs. 117 y sigs., y Capítulo 7, págs. 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"), págs. 277-631; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I, págs. 9, sigs., Capítulo II, págs. 29-136, y Capítulo IV, págs. 213 y sigs.; 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, págs. 1–44.

[41] Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* vol.II, Roma-Bari, Ed.Laterza, 2007; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017; Monereo Atienza, C. y Monereo

Morgenthau contempla un espacio político internacional donde las luchas por el poder reflejan la fuerza de las grandes potencias y de las distintas formas de imperialismo, haciendo notar que el sistema estatal moderno no ha perdido totalmente su funcionalidad en la configuración de los equilibrios políticos en el escenario internacional, aunque los Estados nacionales se sometan a un sistema de límites impuesto por el orden internacional. En este contexto la soberanía se mantiene, aunque no como soberanía absoluta, sino relativa en cuanto sujeta a ciertas limitaciones. Y recuerda el párrafo 3 del artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual en tanto miembros permanentes del Consejo de Seguridad los Estados conservan su soberanía[42]. Pero también ve comprensible —al menos en un plano teórico— la posición de aquellos que encuentran la necesidad de avanzar hacia la construcción utópica de un «Estado mundial». En tal sentido, el argumento de los que postulan un Estado mundial es incontrovertible desde un punto de vista de lo políticamente deseable: no puede existir una paz internacional permanente sin un Estado que se superponga a los confines del mundo político. No obstante, habría que inquirir sobre la manera de cómo puede ser establecido ese pretendido «Estado mundial». Ahora bien, en ninguna sociedad equiparable al campo presunto de un «Estado mundial» emergente existe actualmente. Por el contrario, lo que sí *existe es una sociedad internacional de naciones con pretensiones soberanas* (cuestión distinta es que todas estén, por igual, en condiciones de ejercerlas en determinados ámbitos). En el mundo actual, no existe una sociedad supranacional que abarque a todos los miembros individuales de todas las naciones y, por lo tanto, que sea idéntica a la humanidad políticamente organizada. La sociedad más amplia, en la cual la mayor parte de los hombres viven y actúan en nuestro tiempo, es la sociedad nacional, y su forma política, el Estado nacional. Es la nación el recipiente de las más altas lealtades seculares del hombre. Más allá de ellas hay otras naciones, pero ninguna comunidad por la que el hombre esté dispuesto a actuar sin atender a lo que estima como los intereses de su propia nación[43].

Así pues, en una perspectiva de realismo político que atienda a los hechos, se afirma que, al tiempo, la paz internacional no podrá ser permanente sin un «Estado mundial», y que, sin embargo, un «Estado mundial» no puede ser establecido bajo las actuales condiciones morales, sociales, políticas y culturales. En realidad, en ningún periodo de la historia moderna ha habido más necesidad de paz permanente y, por consiguiente, de algo parecido a un «Estado mundial»; y también que en ningún periodo de la historia moderna han sido menos favorables las circunstancias morales, sociales, políticas y culturales del mundo para el establecimiento de dicho «Estado mundial». Ha de llegarse a la conclusión de que puesto que no puede existir Estado sin una sociedad apta y dispuesta a apoyarlo firmemente, no puede haber «Estado mundial» sin una comunidad política mundial que esté dispuesta y apta para apoyarlo con todas sus fuerzas y hasta sus últimas consecuencias.

Es más, la paz internacional no puede garantizarse mediante la limitación de la soberanía nacional, por la misma naturaleza de las relaciones internacionales. Se puede extraer, efectivamente, la conclusión crítica de que la paz internacional, a través de la transformación de la sociedad actual compuesta por naciones soberanas en un «Estado mundial», es inalcanzable bajo las condiciones morales, sociales, políticas y culturales predominantes en el mundo actual. Ahora bien, si ese deseable «Estado universal» resulta inalcanzable hoy, aunque sea indispensable, al tiempo, para la supervivencia de este, es necesario crear las condiciones político-jurídicas y culturales precisas que

Pérez, J.L. (Dirs.): *El Sistema Universas de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes,* Granada, ed. Comares, 2014, 1043 páginas.

[42] Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* trad. F. Cuevas Cancino, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, págs. 65 y sigs., 297 y sigs., y 364 y sigs., págs. 416 y sigs. Al respecto, véase Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* extenso y completo estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos,* trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

[43] Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* cit., págs. 673 y sigs.

lo hagan posible. Un primer paso para la instauración de dichas condiciones, sería la mitigación y minimización de aquellos conflictos políticos que en nuestros tiempos ponen a las superpotencias en contraposición permanente y evocan el espectro de una guerra cataclísmica o de una catástrofe ecológica. A ese método para crear las precondiciones de una paz permanente, lo llama Morgenthau «paz por acomodación». Su instrumento típico es la diplomacia y la intensificación de los mecanismos de cooperación entre los distintos Estados en el escenario mundial[44].

Pero, además, esa lucha por la supremacía de las grandes potencias (Estados o imperios) se hace más compleja con las nuevas formas de imperialismo. Se ha advertido, al respecto, que aparte de la estrategia político-económica y social, la estrategia militar de las grandes potencias del capitalismo mundial (iniciada con la primera guerra del Golfo en 1991, afianzada durante la década de 1990 en los Balcanes y en África central, y culminada con la invasión de Iraq en 2003— y las políticas de privatización de buena parte de los servicios públicos y de los recursos comunes a escala planetaria (desmantelamiento del Estado Social avanzado —Estado del Bienestar— en los países desarrollados y ajuste estructural en los países pobres) indican con precisión y elevada visibilidad los dos vectores de intervención del sistema capitalista en nuestros días. La guerra y la «*acumulación por desposesión*» de bienes colectivos y derechos sociales son los mecanismos primordiales que el capitalismo histórico está utilizando en la actualidad para resolver sus crisis sistémicas y para modelar un mundo quizá más injusto todavía que el conocido durante los últimos cien años[45].

No es baladí hacer notar que los Estados han tenido —y tienen— un papel fundamental con su intervención en el proceso de mundialización de la economía y de dominio del capital. Es en este escenario donde aparece la política territorial del Estado y el imperio exigiendo un papel protagonista en el continuo proceso de ordenación de las actividades económicas. El Estado nacional es la entidad política más capacitado para instrumentar los dispositivos instituciones y manejar las fuentes moleculares de la acumulación de capital a fin de preservar la pauta de asimetrías en el intercambio desigual más beneficiosa para los intereses del capitalismo dominante que se desenvuelven en su ámbito. De manera que el panorama general es el integrado por un mundo interconectado espacio-temporalmente por flujos económico-financieros de capital excedente, con aglomeraciones de poder político y económico en puntos nucleares determinantes (Nueva York, Londres, Tokio), bien para absorber y dirigir los excedentes hacia la producción, sobre todo en proyectos a largo plazo en diversos lugares (desde Bangladesh hasta Brasil o China), bien para utilizar el poder especulativo con la finalidad de descargar el peso de la sobreacumulación, mediante crisis de devaluación, sobre territorios más vulnerables y subordinados[46].

Se tendrá que convenir que la tesis negativa de la soberanía, que se predica ante la existencia de un Derecho que se regularía a sí mismo, mostrando la capacidad efectiva de imponerse de un determinado orden jurídico-política, no encuentra, por el momento (y no parece que esto vaya a cambiar), una plasmación en la práctica jurídico-política. El equívoco se produce cuando se entiende, sin atender a la verificación en los hechos de relevancia político-jurídica, que la pérdida de la soberanía sería una consecuencia estrictamente necesaria de la superación del decisionismo y se identifica sin más ahistóricamente, como se indicó, soberanía con poder absoluto, ilimitado e incontrolable. Así

[44] Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* cit., págs. 678 y sigs., y su desarrollo en págs. 711 y sigs. Véase también Morgenthau, H.J.: *Escritos sobre política internacional,* estudio preliminar, traducción y notas de Esther Barbé, Madrid, Ed. Tecnos, 2001, espec., págs. 63 y sigs., y 153 y sigs. véase Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* extenso y detenido estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos,* trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

[45] Harvey, D.: *El nuevo imperialismo* (2003)*,* Madrid, Eds. Akal, 2007, espec., págs. 39 y sigs.

[46] Agnew, J.: *Geopolítica: Una revisión de la política mundial,* trad. M. D. Lois Barrio, revisión A. Despujol Ruiz-Jimenez y H. Cairo Carou, Trama Editorial, 2003, págs. 109-110.

preconcebida, la soberanía devendría por su sola existencia en un grave peligro para el sistema de democracia constitucional a todos los niveles imaginables.

Pero, además, el debate adquiere una función de *ocultamiento ideológico-político* de otra vertiente fundamental, indispensable y de verdadera función democrática, cual es de la *Soberanía Popular,* y toda la problemática del poder constituyente del pueblo. No sin cierta paradoja —aunque si bien se mira siempre ha mostrado reticencias al respecto—, el constitucionalismo liberal ha mantenido una desconfianza sobre la soberanía popular, a la cual se le ha pretendido clausurar a través de la lógica inmanente a los poderes constituidos en su nombre. Le ha parecido incontrolable y potencialmente revolucionaria. En realidad, las democracias pluralistas presuponen el tránsito de la soberanía unitaria de la razón jurídica a la soberanía como proceso dinámico, como ámbito de la búsqueda por parte de los interesados de un paulatino equilibrio del pluralismo, de las «res pública», de la hegemonía política. En esa perspectiva pluralista, no hay un ocaso de la soberanía popular, sino el reclamo de la participación de la ciudadanía. Lo político no queda clausura en los procesos electorales encadenados, sino que permanece vivo en todo tiempo, de manera que no hay un consenso definitivo, cronologizado como se ha pretendido desde la ilusión del liberalismo, sino que siempre existen nuevas aperturas al conflicto, al antagonismo y a la consiguiente nueva búsqueda de equilibrios de poder. La democracia contemporánea se legitima a partir de encontrar su fuente dinámica en la participación de la ciudadanía y del reclamo del poder constituyente del pueblo[47].

En realidad, referir a la soberanía popular supone poder valorizar la controversia conducida a través de procedimientos que obligan al debate público y a presentar argumentaciones. Cuando las Constituciones Europeas (y el mismo sistema de los Tratados de la Unión Europea, al menos en el plano declarativo) hacen referencia a la soberanía popular, más que realizar un acto de proclamación formal persiguen (o deberían hacerlo) un concreto propósito, el de *desplazar* hacia el pueblo el eje de la soberanía, sustrayéndola a la doctrina del Estado, elitista y autocrático, heredada del siglo diecinueve y de la iuspublicista germana; operan un salto cualitativo precisamente en relación a la idea del Estado-Sujeto, del Estado–persona, de la idea de la Soberanía del Estado, para avanzar más allá en el proceso de democratización. No se pretendía *negar* la soberanía, y por tanto tampoco se entendían los textos constitucionales como mónadas que se generaban por sí mismos, cuya positividad resulta autofundada. Así, el reconocimiento jurídico-político de la subjetividad del pueblo y la conexa soberanía no es un «recuerdo» trasnochado de las ideas democráticas; sino que, por el contrario, es el único dique real a la apropiación de la Constitución por parte de otros, de otras ideologías, de otros poderes (incluida, en esa época, la soberanía del Estado). El principio de soberanía popular comporta igualmente, además, que las constituciones derivan de ella, y *no viceversa,* como se pretende desde ciertas concepciones neutralizadoras del poder constituyente en un sistema de democracia abierta a la propia expresión de la sociedad y que presupone la pervivencia de una lucha constante por el Derecho, aunque sea dentro de los límites por ella misma impuestos. Y en nada lo impide el hecho de que la soberanía popular se obligue a permanecer, en esta fase álgida de la lucha por el derecho, dentro de los límites de ejercicio que ella misma ha fijado. La soberanía popular tendrá que tener —en coherencia con la democracia constitucional— un papel determinante en la toma de decisiones relevantes para la comunidad política. Y es coherente porque la misma legalidad constitucional se basa en la premisa de que es la voluntad del pueblo soberano (en formulación metafórica de la participación política de todos) la que posee siempre mayor autoridad que la de los representantes que actúan en su nombre. De ahí el nexo permanente entre lo instituyente y lo instituido, de manera que el poder constituyente o instituyente esta siempre con potencialidad actuante dentro de la sociedad instituida jurídico-políticamente, siendo la garantía de que la legislación sea objeto de discusión y, llegado el caso, de

[47] Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, págs. 63 y sigs., 151 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución de la democracia participativa"), págs. 157 y sigs.

revisión para dotarse de nuevas leyes, que siempre podrán ser puestas en discusión. Esto supone que es inherente a la democracia constitucional la persistencia de la soberanía popular[48]. En realidad, lo que se verifica en la experiencia político-jurídica es que un sistema jurídico requiere de un mínimo de *facticidad,* es decir, de unos fundamentos fácticos del Derecho[49].

El proceso de integración europea es bien significativo de las aporías en la que se encuentran hoy los conceptos fundamentales de la teoría política y jurídica y del predominio de las «realidades constitucionales» sobre sus formalizaciones jurídicas e institucionales. La pretensión de los que defiende una «Constitución europea» como una «Constitución sin Estado» tiene que *medirse no tanto con la categoría de la soberanía estatal, sino con la profunda interiorización por parte de la cultura jurídico-política europea en la segunda postguerra mundial, del modelo de Estado constitucional.* Un modelo que ha repensado la soberanía estatal, fundándola sobre la autoridad del pueblo y de la Constitución. Los textos constitucionales de las democracias constitucionales más avanzadas reconocen que la soberanía pertenece al pueblo que la ejerce en las formas y con los límites establecidos en la Constitución[50]. La misma realidad actual, y propuestas de su consolidación, de implantar una Unión Europea con varios núcleos directivos residenciados en dos grandes potencias soberanas como Alemania y Francia resulta significativa de la pervivencia (le satisfaga o no al observador atento) de las grandes categorías de la teoría política; y expresa cómo pueden ser compatibles los procesos de integración y el mantenimiento revisado de las soberanías nacionales (con especial énfasis en el fortalecimiento de las grandes potenciales estatales).

Es necesario enfatizar que la democracia es un elemento fundamental de la Constitución, pues el pueblo es, ante todo como cuerpo electoral, el que únicamente puede legitimar la actuación de los órganos estatales, y en las elecciones se actualizan en especial los elementos democráticos de la Constitución jurídica[51].

En la teoría democrática del poder constituyente se parte de la idea de que la fuente legítima de poder público radica en la soberanía del popular (a veces asimilada problemáticamente a soberanía nacional). Se trata de un poder constituyen del pueblo que perdura siempre, aun a través del orden jurídico por él constituido, y que, en cuanto tal, podrá en todo momento modificarlo sustancialmente, cuando así lo estime oportuno. Es la soberanía popular, siempre latente por encima del orden constituido, de manera que los poderes constituidos derivan su título de la unidad del poder soberano constituyente. Conforme a la teoría democrática, el sujeto o titular del poder constituyente es la nación, como unidad capaz de obrar, dotada de la conciencia de su realidad política, con su voluntad de afirmarse como tal. Dicho poder constituyente no está vinculado en su actuación a normas o rígidos procedimientos previos. Por ello, el complejo de factores que integran en su plenitud la realidad y la vida del Estado trascienden del método estrictamente jurídico, porque atiende a elementos fácticos que condicionan los materiales del campo jurídico. Así, la Constitución jurídica que sirve de base unitaria a un sistema jurídico se apoya en última instancia en un poder precedente a todo Derecho establecido, *sobre un fenómeno real de existencia política.* En esa perspectiva, la condición para que pueda existir válidamente un sistema normativo de Derecho establecido ya no es algo exclusivamente normativo, sino fáctico, real, esto es, la voluntad social que integra la comunidad política e imprime a

[48] Palombella, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción y Prólogo de J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 134 y sigs.; Barcellona, P.: «La costutuzione politica della società», en *Democrazia e diritto,* núm. 4 (94-1/95), pág. 135.

[49] Aunque en una perspectiva general, es útil la consulta de Habermas, J.: *Facticidad y validez.* Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Ed. Trotta, 1998, *passim.*

[50] Cantaro, A.: *La Europa soberna. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, Prólogo de P. Barcellona, traducción G. Pisarello y Antonio de Cabo, Barcelona, El Viejo Topo, 2006, pág. 69.

[51] Stenberger, D.: *Patriotismo constitucional,* Estudio preliminar J.M.ª Rosales, trad. y notas, L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 104.

la misma cierta dirección; voluntad social o «nacional» que no debe entenderse, al modo romántico, como una sustantiva entidad misteriosa, sino como una resultante unitaria de la comunidad política. El poder constituyente del pueblo no puede encontrarse sometido a ningún Derecho positivo, porque es superior y previo a toda norma establecida. La voluntad constituyente del pueblo es una voluntad inmediata, previa y superior a todo procedimiento estatuido.

Con todo, la actuación del poder constituyente implica una formación originaria del Estado y del orden jurídico. El acto constituyente aparece como un acto primordial y originario de soberanía, superior y anterior a los actos de soberanía ordinaria, cuya futura regulación él mismo habrá de establecer. En la teoría democracia, el poder constituyente permanece siempre en potencia, latente por encima de toda Constitución jurídica derivada de él y de todas las leyes aprobadas en el marco de la Constitución en vigor. No se debe confundir el poder constituyente con la competencia legal establecida por una Constitución jurídica para la reforma parcial o revisión de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de las normas no esenciales de la Constitución no posee el carácter de poder constituyente por la razón de que recibe sus facultades de la misma Constitución, cuya identidad fundamental perdura a través de todas sus modificaciones normales. El poder constituido encuentra su fundamento en la Constitución jurídica. Por el contrario, el poder constituyente es previo y superior al Derecho establecido, y no está ligado por ninguna norma positiva. Se justifica por sí mismo, de manera que su fundamentación no es estrictamente jurídica, sino política y ontológico-existencial, esto es, un poder existencialmente pre-jurídico. Por eso mismo, la reforma normal de la Constitución no puede llegar hasta la sustitución del poder soberano; no puede transformar una democracia en una autocracia, o viceversa[52].

Pero en la teoría tradicional el poder constituyente es reducido a la norma de producción del Derecho, interiorizado en el poder constituido. Se opera una reabsorción del poder constituyente en el Derecho constituido a través de un mecanismo de más estadios que, inmanentizando al sistema el poder constituyente, le quite originalidad creativa. De manera que el poder constituyente queda neutralizado. Pero si se alcanza a superar esa reconducción al orden, el ponerse del sujeto constituyente como ruptura y alternativa al poder constituido, sitúa esta subjetividad y su racionalidad más allá de las convencionales definiciones de la racionalidad moderna y de la subjetividad adecuada. Se comprende, pues, que la racionalización instrumental de dicho poder conduce a negar toda posibilidad de que el poder del pueblo pueda expresarse como subjetividad autónoma y alternativa al orden existente como orden constituido. Lo instituido en lo político (resultado de la racionalización limitativa del poder constituyente) es separado, así, artificiosamente, de la esfera antagonista de lo social, con todas sus consecuencias mistificadoras y neutralizadoras, pues el poder constituyente (con posible potencia alternativa del orden) es atrapado en las redes tejidas por el poder constituido[53].

La tensión entre el poder constituyente y el poder constituido no podía pasar desapercibida para un pensador tan lúcido como Maurice Hauriou, según el cual «el poder constituyente está más próximo a la nación y el poder legislativo está más próximo al Estado. Es cierto que la nación y el Estado son dos aspectos de un solo y mismo grupo, pero hay esta diferencia: la nación el grupo

[52] Recasens Siches, L.: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español,* Madrid, Javier Morata, Editor, 1931, espec., págs. 69 y sigs.

[53] Véase, en una perspectiva general, Negri, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad,* trad. C. de Marco, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994, espec., págs. 17 y sigs., y De Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid, Ed. Tecnos, 1991, espec.,págs.15 y sigs.; y en una perspectiva más específica poniendo de manifiesto esa reconducción de la potencia social de las clases trabajadoras hacia el orden constituido, en una gran operación de política del Derecho y de ideología jurídica, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., cap. 4 («Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora»), págs. 191 y sigs.

considerado como materia social, mientras que el Estado es este mismo grupo revestido de una determinada forma política. Decir que el poder constituyente está más cerca de la nación que del Estado, significa que el Estado se constituye en virtud de iniciativas que parten de la nación; que son los poderes individuales de la libertad primitiva los que, para realizar la idea del Estado, engendran la forma estatal; y, en consecuencia, significa que el Estado no se engendra a sí mismo, lo cual aparece como perfectamente razonable, aunque, desde el punto de vista de la legitimidad absoluta del derecho del Estado, pueda considerarse esto como revolucionario»[54].

La concepción de Hermann Heller —pensador determinante en la formulación del Estado Social de Derecho— es particularmente esclarecedora en todo esto. Según Heller la soberanía es aquella propiedad que implica absoluta independencia de una unidad de voluntad con respecto a otra unidad de decisión de carácter universal y efectivo; y en sentido positivo aquella unidad de voluntad es la más alta unidad decisoria universal en aquel orden concreto de *imperium.* De ahí que la soberanía reside en el poder de resolver de modo definitivo y eficaz toda cuestión que pueda incidir en la unidad política, incluyo si fuere el caso contra el Derecho positivo, procediendo a instaurar un nuevo orden jurídico. La soberanía simboliza esa unidad política, y la posibilidad de que esa unidad pueda dotarse de un orden jurídico siempre adaptado a las exigencias de la comunidad política. Se comprende, pues, que la soberanía es un concepto límite de la teoría política y jurídica[55].

En todo caso decir que el poder constituyente reside en el pueblo es una cuestión indiscutida, por generalmente admitida, en la teoría constitucional[56]. Es regla generalizada la referencia expresa en las constituciones democráticas al pueblo como poder constituyente. De ahí la afirmación del principio de soberanía popular. El poder constituyente que se dota de una Constitución jurídico-política tiene que existir continuamente, de manera que el poder constituyente no se agota con la aprobación de una Constitución, sino que tiene vocación de permanencia. Es tarea suya no solamente crear la Constitución, sino también mantenerla y, llegado el caso, derogarla en los términos libremente decididos. Si a las decisiones fundamentales de la Constitución les falta un soporte permanente y que les permita su renovación constante a través de la convicciones jurídicas, políticas y culturales radicadas en la específica comunidad política que vive en una Estado nacional, es la propia Constitución jurídico-política la que se encontraría inmersa indefectiblemente en un proceso de erosión; su normatividad se desvanecería entre las convicciones esenciales político-constitucionales contrapuestas, que pretenderían la instauración de un ordenamiento constitucional distinto, o caería en una apatía generalizada. Debe garantizarse la existencia duradera del poder constituyente del pueblo en una democracia constitucional. Por lo mismo, el consenso constitucional duradero se ha de estabilizar a través de modificaciones y adaptaciones del sistema constitucional al entorno en continua transformación. El poder constituyente del pueblo no puede sino mostrarse permanente activo, apoyándose el texto constitucional en la continuada participación y acepción activa de todo el pueblo.

---

[54] Hauriou, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional,* trad., estudio preliminar, Notas y Adiciones de C. Ruiz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. 350-351. Pero es el propio Hauriou quien afirma que «la soberanía nacional significa que la nación llega a ser propietaria de su gobierno», partiendo de la concepción de que la soberanía es la propiedad del poder y el problema que se plantea consiste en averiguar en nombre de quién se gobierna, y esto en la sociedad moderna significa que la nación adquiere la propiedad del poder de gobierno. Por otra parte, y en relación con ello, la soberanía comportará, pues, esencialmente el poder constituyente, que es el derecho de disposición del poder (*Ibid*., págs. 268 y sigs.).

[55] Heller, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México D.F., FCE, 1995.

[56] De manera singular –y dentro de su etapa típicamente institucionalista el Estado es una constitución, es decir, una forma específica y concreta de la existencia estatal, pues el Estado existe como un orden concreto o *nomos*. *Cfr*. Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución,* trad. F. Ayala, Madrid, Alianza editorial, 1996, págs. 29-30; Schmitt, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* trad. M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 14 y 24-25.

Una Constitución jurídica es el *resultado de procesos políticos reales,* pudiéndose verse en ello la expresión de las estructuras de poder en la sociedad (Ferdinand Lasalle[57]), de transacciones (Elster[58]) o de la búsqueda de compromisos renovables (Löewenstein[59]). Sin embargo, como componente constitutivo del orden institucional del Estado tiene que ser impulsada y aceptada por la ciudadanía. En el marco del Estado constitucional, la Constitución jurídica se configura como la norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico que se construye a través de ella, adquiriendo esa fuerza vinculante bilateral mediante un consenso pluralista que ha de renovarse constantemente[60].

En realidad, interrogarse sobre el poder constituyente remite a la problemática del origen y la razón de la validez de la Constitución jurídica. En esta perspectiva, el poder constituyente (como concepto de la teoría y la dogmática constitucionales) no puede ser definido como una norma fundamental hipotética, ni tampoco exclusivamente como una norma fundamental de «Derecho natural». Puesto que se ha de entender también como una *magnitud política real existente que fundamenta la validez normativa de la Constitución jurídica*. En cuanto tal no es susceptible de poder existir dentro o sobre la base de la Constitución jurídica, por ejemplo, como un «órgano» creado por dicha Constitución, sino que tiene que preceder —en el plano de la política real del Derecho— a la Constitución y a los poderes constituidos y objeto de limitación por ella. Es justamente esa posición previa y superior frente a los poderes constituidos (instituidos) lo que constituye el carácter específico e identificador del poder constituyente. En este orden de ideas, el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución jurídica en su pretensión normativa de validez. Así, no es un poder identificable con el poder establecido del Estado, sino que lo precede. En la medida en que se manifiesta o expresa, ejerce una influencia sobre él y opera igualmente dentro de él conforme a la forma que le corresponda para actuar. El poder constituyente se entiende, así como una categoría político-jurídica referida a la legitimación. Cuando se trata de indicar quien es el titular del poder constituyente, tan solo puede entrar en consideración el pueblo, pues el *poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo*[61].

Esto pone de relieve que la soberanía no es sólo una ideología, sino también una realidad política presidida por inevitables connotaciones ideológicas. Los Estados contemporáneos se enfrentan ante una realidad compleja, pues se inserta en un sistema-mundo más integrado e interdependiente (globalización) y también con procesos internos de fragmentación y diferenciación en el plano político y jurídico (se mueve entre "fragmentos de Estado" y pluralismo jurídico y pluriordinamental). Las

[57] Lassalle, F.: ¿Qué es una constitución?, trad. y prólogo de W. Roces, Introducción de E. Aja, Barcelona, Ariel, 1976.

[58] Elster, J. (Comp.): *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 2001, espec., págs. 13 y sigs.,129 y sigs., 183 y sigs., y 207 y sigs.; Elster, J., y Slagstad,R.: *Constitucionalismo y democracia,* Estudio introductorio de A. Herrera, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, espec., págs. 49 y sigs., 217 y sigs., y 322 y sigs.; Habermas, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discusos* (1992), Madrid, Trotta, 1ª ed., 1998 (6ª ed., 2010).

[59] Loewestein, K.: *Teoría de la Constitución* (1957-1965), traducción y estudio sobre la obra de Karl Loewestein. "Constitución y política", por A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1976 (reimp. 1979).

[60] Benz, A.: *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico,* trad. J. M. Jiménez y E. Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, CEPC, 2010, pág. 197. Véase 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, págs. 103 y sigs., y 232 y sigs., y 388 y sigs.

[61] Böckenförde, E.W.: «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en Böckenförde, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia,* trad de R. de Agapito Serrano, Madrid, Ed. Trotta, 2000, págs. 159 y sigs. Consúltese también Palombela, G.: *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional,* traducción y Prólogo de José Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2000, Capítulo Segundo ("Poder constituyente: ¿fin de una categoría?"), págs. 13 y sigs., y Capítulo Tercero ("Poder constituyente: por una hipótesis explicativa diferente"), págs. 33 y sigs., Capítulo Octavo ("La negación de la soberanía"), págs. 97 y sigs., Capítulo noveno ("Pluralismo y soberanía"), págs. 115 y sigs., y Capítulo Décimo ("Pueblo y pueblo constituyente"), págs. 133 y sigs.

grandes potencias mundiales marcan los tiempos de la política y en gran medida los tiempos de los procesos de globalización (como lo han hecho con la "hiperglobalización" neoliberal). Para estas grandes potencias imperiales no existe una verdadera crisis de la soberanía por espacio de efectivo de decisión política, en el sentido de dimensiones estructurales como sí acontece con los Estados subordinados que están al albur de las fuerzas económicas y financieras y a las decisiones de aquellas grandes potencias imperiales. La época histórica actual es la época de la policentralidad de los centros poder, superando –de la manera ciertamente limitada- de bipolaridad establecida desde la llamada "guerra fría". En este sentido la tensión dialéctica "interno"-"externo" en el espacio político se ha visto profundamente alterada, porque en el nuevo sistema-mundo ningún Estado pueda escapar a la lógica de interacción política y a la realidad de la multiplicidad de los centros de poder con estructuras de dominio "a dominante" conformando un nuevo universo de potencias imperiales y de potencias económicas "corporativas" que ejercer su poder a través de sus propias formas de autorganización (la compleja red tejida mediante la llamada "*Lex mercatoria*"). Todo ello dificulta la articulación de cualquier proyecto político alternativo que no tenga una dimensión geopolítica que atendiendo a la interconexión del espacio político "interno" y "externo"; o, en otras palabras, una soberanía compleja que tomo en consideración y da apertura al nuevo espacio político y jurídico, en cuyo marco las decisiones "soberanas" son limitadas y donde la acción política tiene que desplegarse para crear espacios comunes de regulación en el Derecho internacional. En este sentido toda afirmación precipitada de que el debilitamiento de la soberanía estatal (de la mayoría de los Estados subordinados, que son la mayoría) y correlativamente de inviabilidad del Estado Social de Derecho constituye un apriorismo sustancialmente ideológico (y ello a pesar del trilema político planteado por Rodrick[62]). Es lo cierto que la situación actual en que las empresas pueden elegir cualquier ubicación y pueden invertir en cualquier parte del mundo, lo que globaliza es la esfera económica-financiera empresarial, mientras que la esfera sociopolítica subsiste enmarcada todavía en el ámbito estatal. En pocas palabras, por primera vez en la historia el ámbito territorial decisorio de lo político no coincide con el ámbito territorial decisorio de lo económico[63]. Se opera así una disociación entre la forma de dominación política tradicional (el Estado soberano) y la forma más compleja de la organización de los mercados globales[64]. Dando lugar a una nueva dimensión en las relaciones entre Estado-soberanía y globalización; y al surgimiento de una marcada tendencia hacia la desnacionalización de las políticas estatales y la simétrica privatización de la producción de normas jurídicas reguladoras de los intercambios. Se trata de una nueva normatividad que proviene del poder privado, pero aun así se sitúa en la esfera pública y al hacerlo contribuye a desnacionalizar lo que históricamente se ha organizado mediante políticas estatales nacionales. Por otra parte, algunos elementos institucionales concretos del Estado nacional comienzan a funcionar como sedes institucionales del funcionamiento de las dinámicas poderosas constitutivas de lo que podríamos describir como capital global y mercado global de capitales productivos y financieros. Con ello, dichas instituciones estatales contribuyen a alinear las acciones producto de las políticas públicas y más ampliamente los programas políticos estatales, con las exigencias de la economía global y de las fuerzas operativas en ese gran espacio de intercambios liberados de ataduras. Por ello mismo se plantea el problema de identificar lo que es

[62] Rodrik, O.D. y Ypersele, T. Van: "When Does lnternational Capital Mobility Require Tax Coordination?", en *Journal of lnternational Economics*, vol. 54, núm. 1 (2001), págs. 57-73.

[63] Mascarilla i Miró,O.:"El trilema económico y político-social de la globalización", págs. 478-487. http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/79/1/RCE.pdf. Asimismo, Tugores,J.: *Economía internacional, globalización e integración económica,* Madrid, McGraw-Hill, 2002, cap. 1; Piketty, T.: *El capital en el Siglo XXI,* Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2014.

[64] Las fronteras entre lo "interno" (nacional, local) y lo "externos" se ha hecho fluidas y de creciente interdependencia en un espacio de mercado globalizado. Véase, en este sentido, 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, Cap. III ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional"), págs. 277-631, y bibliografía allí citada.

exclusivamente "nacional" en tales componentes institucionales de los Estados vinculados a puesta en práctica y a la regulación jurídica e institucional de la globalización económica[65].

2. SOBERANÍA DEL ESTADO Y LIBERTAD EN LEÓN DUGUIT

La reflexión de León Duguit sobre la soberanía se centra ante todo en el ámbito específico del debate sobre la soberanía del Estado y su posible compatibilidad con el Estado constitucional. Para Duguit la idea de una soberanía ilimitada constituye un mito político-ideológico. Por ello se inserta en la amplia corriente de su época que trata de cuestionar esa idea absolutista de la soberanía con la pretensión explícita de poner límites precisos a la acción estatal. De lo que se trata es de contener la potencia temerosa del Leviathán hobbesiano. De ahí las limitaciones de la soberanía. Están los límites internos o constitucionales, y están los límites externos derivados del Derecho internacional contemporáneo que no admite soberanías absolutas e indiferenciadas sobre cuestiones de relevancia internacional (entre las que ya se incluyen —al menos formalmente— todo lo concerniente a la protección de los derechos humanos). La soberanía, de ser mantenida (algo que cuestiona el propio Duguit), tendría que ser limitada por su inserción en el orden jurídico-político de la sociedad internacional.

En diversas obras Duguit realiza una severa crítica a la soberanía del Estado. En su opinión, los gobernantes son individuos como lo demás, y su voluntad es una voluntad exclusivamente individual. Tales gobernantes no ostentan más derecho de potestad que los gobernados. A lo que añade la negación de la soberanía *del Estado*. Afirma que los gobernantes no tienen el derecho de mandar, como tales gobernantes, ya que una voluntad individual es siempre igual a otra voluntad individual, porque ningún hombre tiene el derecho de mandar a otro hombre. Y en esa dirección entiende que el Estado no es una persona soberana, que la noción de soberanía es un concepto sin valor y sin realidad, que de hecho existen en las agrupaciones nacionales grupos de individuos que retienen una fuerza, que son gobernantes. Para él los conceptos de potestad pública, de soberanía y de soberanía nacional *se han desmoronado ante la crítica positiva,* porque se hallan en fragante contradicción con los hechos verificables y que la fe de los hombres políticos, así como la de los juristas, en estas categorías, está actualmente socavada de modo irreversible. Ya no se cree en la exactitud del dogma de la soberanía nacional, ni tampoco se cree en el dogma del Derecho divino[66].

Duguit cuestiona la soberanía también para imponer límites al poder político. Él pretende limitar la potestad efectiva de los gobernantes en cada momento. Duguit no pretende cuestionar el principio de autoridad en sí, sino que *busca la justificación y legitimidad del contenido de la decisión pública en el ejercicio de la soberanía*. En contra de este criterio se manifestó Carré de Malberg cuando reflexiona en los siguientes términos: «que lo característico de la potestad estatal es que los mandamientos expedidos de una manera regular, o sea conforme al estatuto orgánico vigente, en virtud de dicha potestad, no precisan de la debida y previa justificación de su contenido para imponerse a la obediencia de los gobernados. En esto precisamente consiste el carácter dominador, incondicional o

[65] sassen, S.: "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas" (2003), en Teubner, G., Sassen, S. y Krasner, S.: *Estado, soberanía y globalización,* estudio preliminar de L. Saldivia, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre editores, 2010, págs. 103 y sigs.; y el estudio más amplio de Sassen, S.: *Territorio, autoridad y derechos de los ensamblajes meievales a los ensamblajes globales,* Madrid, Katz, 2010.

[66] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel,* Tome I, troisième edition, Paris, Fontemoing, 1927, pág.107; *íd.: L' État les gouvernants et les agents,* Paris, Fontemoing, 1903 (redición, Paris, Dalloz, 2005), págs. 350 y 424; *íd.: Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición 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, Ed. Comares, 2007, espec., págs. 9 y sigs. («El dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva»).

soberano de dicha potestad» (sic.)[67]. Esta reflexión mostraba una cierta persistencia de la concepción absolutista de la soberanía.

Para Carré de Malberg ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni el estado actual de la doctrina pueden justificar la afirmación de Duguit de que el Derecho público sufre en la época presente una transformación rápida y profunda, que depende fundamentalmente de la desaparición del concepto de potestad pública y que aparece de un modo singularmente característico en la responsabilidad creciente del Estado. El desarrollo de la responsabilidad del Estado no supone la desaparición de la noción de potestad dominadora; tan sólo es la natural consecuencia de la idea de que el Estado, sin dejar de ser soberano, se encuentra normalmente sujeto a las reglas de Derecho que él mismo ha formulado. Entiende que la soberanía significa ciertamente potestad dominadora, más no potestad exenta de todo concepto de Derecho, de todo límite. Discrepa de Duguit cuando este defiende un «derecho de resistencia» a la ley, fundado en el hecho de que los gobernantes legisladores son «individuos como los demás», y que implicaría la posibilidad de rehusar obediencia a la ley contraria al derecho o sea la ley que no llena la condición de expresar de una manera suficientemente adecuada la regla ideal de Derecho, tal como ésta se forma, bajo la acción de la solidaridad social, en la conciencia de los individuos miembros de la colectividad. Para demostrar que la soberanía está en vía de desaparición o tan solo de decrecimiento habría que establecer que este derecho de resistencia o de negativa a conformarse con la ley empieza a ser reconocido por los tribunales en sus resoluciones[68]. Es discutible esta posición mantenida por Carré de Malberg, pues en el plano de la doctrina constitucional una Ley manifiestamente injusta merecería ser cuestionada por los llamados a obedecerla[69].

En efecto, para Carré de Malberg la soberanía, no es una mera fuerza brutal, ya que es el producto de un equilibrio de fuerzas que ha llegado a ser lo suficientemente estable para que resulte una organización estable de la comunidad política. Precisamente, el Estado comporta esa organización que detenta la fuerza organizada. Se trata de una fuerza regida por principios jurídicos, que está llamada a ejercerse conforme a determinadas formas y procedimientos y por medio de ciertos órganos, y por lo tanto limitada por el Derecho. Pero hay que observar inmediatamente que toda potestad sólo puede nacer y subsistir mediante el establecimiento y la aplicación de una regla jurídica es necesariamente una potestad limitada por el Derecho. Ahora bien, si la soberanía no es poder ilimitado, por lo menos pertenece a la esencia del Estado soberano determinar por sí solo, por su propia voluntad, las reglas jurídicas que deberán integrar la limitación de su potestad soberana. El Estado dejaría de ser soberano si dichas limitaciones le pudieran ser impuestas por una voluntad o una potestad superiores a la suya[70]. Entonces, cabría objetar a esta argumentación, qué de ser así quedaría devaluada la Constitución jurídica como norma fundamental del orden jurídico-político.

---

[67] Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922), trad. J. Lión Depetre, Prefacio de H. Gros Espiell, México, FCE/UNAM, 2.ª ed., reimpresión 2000, pág. 199. Bien es cierto que después matiza ese criterio inicialmente expresado (págs. 215 y 220 y sigs.). Según Carré «la soberanía no es un poder sin límites» (epígrafe 78, págs. 220 y sigs.).

[68] Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., págs. 215-216.

[69] Radbruch, G.: *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal* (1946), trad. M.I. Azareto de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, espec., págs. 35 y sigs.; Radbruch, G.: «El fin del Derecho», en VV.AA.: *Los fines del Derecho,* México, UNAM, 1981, págs. 55 y sigs.; Larenz, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica,* trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1993, págs. 21 y sigs. Recientemente, también Vitale, E.: *Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional,* Madrid, Ed. Trotta, 2012, y Palombela, G.: *É possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo,* Bologna, Il Mulino, 2012, obras en las que se reflexiona sobre el Derecho como límite del poder y en la que se estima la necesidad de establecer mecanismos que eviten que los derechos límite del poder estén a disposición exclusivamente de los más fuertes.

[70] Carré De Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., págs. 220 a 222.

Por otra parte, Duguit considera que la cuestión del poder constituyente es el problema capital del Derecho público[71]. Según Carré de Malberg el «Estatuto» por el cual una pluralidad de hombres, que en un determinado espacio territorial concurren en formar una misma nación, se constituyen en un cuerpo estatal unificado, debe ser obra de estos mismos hombres. Es así que la «soberanía primaría», el poder constituyente, reside existencialmente en el pueblo, en la totalidad de sus miembros. En esa concepción se reconocen los principios característicos de la doctrina del Contrato Social. En su lógica interna, la Constitución es el acto a través del cual los ciudadanos convienen en fundar entre sí el Estado por medio de la creación de la organización nacional, y por tanto un pacto social. Siendo así que toda Constitución jurídica nueva constituye una especie de nuevo contrato social; pacto en cuya renovación es necesario que los miembros que forman la nación intervengan de una manera efectiva, con el fin de llevar a cabo, a través del consentimiento de todos, la reorganización de la asociación nacional. Por la Constitución jurídica el pueblo delega algunos ámbitos de su potestad en el conjunto de las autoridades públicas constituidas, pero conservando siempre para sí el poder constituyente o instituyente. Por otra parte, el concepto *jurídico-político* de poder constituyente presupone la preexistencia de cierto orden y de determinada organización constitucional[72].

Las relaciones del poder constituyente con el principio de soberanía del Estado son complejas, pues parte de la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos. Y es entonces cuando se opera la «*trampa» de la absorción* del poder constituyente del pueblo en el poder constituido y su dinámica política. En efecto, se observa, al respecto, que «la nación, en estas condiciones, ya no tiene plena libertad para modificar su Constitución, y su soberanía se convierte en objeto de apropiación para las autoridades constituidas, puesto que éstas no pueden ser despojadas de ella sino por su voluntad»[73]. Este criterio refleja el enfoque clásico de la soberanía popular, y su poder constituyente del orden jurídico-político que ha de imperar en la comunidad política. Pero reténgase que esta concepción supone una privación del poder constituyente del pueblo o nación, si se quiere englobar así, de manera que éste queda atrapado indefinidamente en las redes creadas en el poder constituido. La «soberanía popular» es absorbida en la «soberanía del Estado», de manera en la tensión entre «poderes» constituyentes, se hace absorber en la teoría política tradicional la «soberanía del pueblo» en la «soberanía del Estado» como poder constituyente llamado a ser preeminente en la práctica jurídico-política. Ello tiene un particular sentido respecto de la posición constitucional (en la realidad constitucional) de las clases subalternas de la sociedad (que son las que en su inmensa mayoría integran el «pueblo» como categoría sólo formalmente indiferenciada) y los límites que ello impone a una alternativa radical al orden existente. Lo que se produce es una fuerte separación entre el orden constitucional instituido y el poder originario que lo constituye.

Las reflexiones críticas de Leon Duguit se enmarcan es ese clima o entorno crítico de la crisis de la noción de soberanía en los inicios del siglo veinte. Para Duguit la soberanía era una concepción mítica y metafísica, que en cuanto tal era necesario rechazar en la modernidad en el plano científico jurídico y político. En su opinión, la «teoría ordinaria y corriente de la soberanía» es artificial y contradictoria generando una controversia improductiva[74].

[71] Especialmente en Duguit, L.: *L´État,* cit., vol. II, p. 52, y Duguit, L.: *Traité de Droit Constitucionnel,* t. I, 3.ª ed., cit., pág. 312.

[72] Carré de Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*,* cit., págs. 1163 y sigs. Carré de Malberg critica la doctrina del contrato social de Rousseau, págs. 1166 y sigs.).

[73] Carré de Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*,* cit., pág. 1180.

[74] Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional,* trad. págs. 72 y sigs., señalando que la soberanía, tal cual la configuran los textos legales se distingue por la concurrencia de tres elementos: una potestad de querer; una potestad de mando y una potestad independiente de mando. Concebida la soberanía como un poder de voluntad del Estado, resulta ser por esto mismo, un derecho subjetivo del que el Estado es titular. Pero este concepto de la soberanía como potestad de mando del Estado, suscita en la práctica dificultades insuperables. Si, como se dice, la voluntad del Estado es, por su misma naturaleza, una potestad, una soberanía, no puede perder jamás este carácter. El Estado, a lo menos dentro de sus límites territoriales, no puede intervenir jamás sino como poder público, como soberano, y

Duguit refuta que haya una soberanía entendida como derecho subjetivo del Estado; una noción de soberanía que en Duguit se hace corresponder con el poder de dominación política del Estado. Para Duguit la soberanía estatal viene legitimada en el Estado moderno no a través de la invocación de un origen divino, como afirman las teorías teocráticas de la soberanía, sino que estaría, en principio, relacionada con la atribución de poder conferido por los individuos en los sistemas democráticos. En este sentido, el principio democrático de soberanía se recogería en las Constituciones jurídicas, afirmando su origen en la atribución colectiva realizada por los miembros que integran la comunidad política. Ahora bien, según Duguit este planteamiento no tiene una verdadera operatividad real, y ese poder se impone por la fuerza de los hechos. De ahí que afirme, resueltamente, que «el Estado es la fuerza material, cualquiera que sea su origen; es y sigue siendo un simple hecho. Pero se convierte en legítimo si quienes la detentan la emplean para la realización de las obligaciones negativas y positivas que les impone la regla jurídica, es decir, si la emplean para la realización del derecho»[75]. Por lo demás, aunque defiende el sufragio universal como criterio más adecuado para el régimen de gobierno, no cree en la idea de la voluntad general formulada por Rousseau[76]. Duguit critica, en toda su amplitud, todas aquellas teorías que tratan de justificar la soberanía mediante el reclamo del principio democrático. La soberanía se impone como poder con posibles legitimaciones, pero que no pueden ocultar el carácter irreductible del poder que se ejerce sobre los hombres, los cuales quedan sometidos, con mayor o menor libertad o voluntad de aceptación. Por más que se busquen criterios de legitimación jurídica, la soberanía refiere a un poder que se impone compulsivamente[77]. Duguit pone de manifiesto la índole metafísica de la idea de soberanía, pero al mismo tiempo es consciente de su significación sustancialmente política.

Pero Duguit no solo entiende que debe limitarse el poder soberano detentando —encarnado por el Estado—, sino que dado el carácter metafísico de la soberanía, ésta estaría destinada desaparecer por lo que supone de limitación a las libertades individuales la admisibilidad de un poder difícilmente regulable y controlable por el Derecho. Su pronóstico fue esa desaparición[78]; y los hechos posteriores lo desmentirían inequívocamente.

Es manifiesto, en efecto, que ese pronóstico no se ha cumplido en el sentido planteado por Léon Duguit, porque la soberanía —sea del Estado, sea especialmente del pueblo (soberanía popular)— continúa presidiendo los debates tanto en el campo de la ciencia política como en el campo de la ciencia y de la sociología jurídica. Pero lo que resulta no menos significativo es que está reconocida no sólo en las grandes Declaraciones de Derechos, sino en la inmensa mayoría de los Textos constitucionales contemporáneos. Tanto por quienes las reafirman con realidad insuprimible del poder en la sociedad, más o menos institucionalizado o establecido (Max Weber; Hermann Heller, Carl Schmitt, Hans Joachim Morgenthau, Julien Freund, Danilo Zolo, paradigmáticamente), como por parte de aquellos que cuestionan la legitimidad y coherencia de su existencia en un sistema democrático, esto es, que la consideran contraria al principio democrático e inadaptada a un contexto de mundialización y de construcción de la Unión Europea (Luigi Ferrajoli, y en parte Kelsen; y con una cierta proximidad Habermas). Para los primeros, la existencia del principio de soberanía se corresponde con la realidad

todos sus actos tienen que ser actos de poder público, esto es, actos unilaterales que contienen un mandamiento, una orden, y se imponen como tal. Pero esto es absolutamente contrario a los hechos, pues ocurre constantemente que el Estado no actúa como poder público, que ejecuta actos que no tienen carácter de órdenes.

[75] Duguit, L.: *L'État, le droit objectif et la loi positive,* Paris, Fontemoing, 1903 (reedición, Paris, Dalloz, 2003), pág. 15.

[76] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitucionnel,* t. I, 3.ª ed., cit., págs. 583-584

[77] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitucionnel,* t. I, 3.ª ed., págs. 342-343.

[78] Duguit, L.: *Soberanía y libertad,* cit., pág. 142, afirmando que el principio de la soberanía es una construcción enteramente extraña a la realidad concreta, y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre. De ahí que la fe en el dogma de la soberanía se encuentre hoy en decadencia, y acaso los jóvenes de ahora presenciarán su completa desaparición (pág. 170).

del poder y del conflicto; y reconocer esa realidad existencial sería precisamente una premisa para proceder a su limitación estableciendo las reglas de juego correspondientes entre los antagonistas y la misma posibilidad de alcanzar un consenso racional, que opere como síntesis siempre provisional entre las opuestas aspiraciones.

En las sociedades complejas lo político presupone el conflicto y la exigencia de toma de decisiones entre alternativas opuestas, en conflicto. De ahí la naturaleza conflictual de la política democrática (pluralista, deliberativa y estructuralmente conflictual) y de los procesos decisorios que le conciernen; y que, por tanto, más allá de la retórica de una concepción negativista del conflicto de poder subyacente, no se pueda eliminar la perspectiva «adversarial» en el espacio político[79]. La relación asimétrica de poder/subordinación pertenece a las categorías centrales de la teoría política moderna. Las desigualdades soberanas son constitutivas del mundo moderno, y tanto más en la fase actual del proceso de globalización. Ciertamente, la política remite a la actividad social que se propone garantizar por la fuerza, generalmente basada en el Derecho, la seguridad externa y la concordia interna de una unidad política particular garantizando el *orden en medio de luchas que nacen de la diversidad y de la divergencia de las opiniones y los intereses en oposición.* Esto supone que la política no se reduce a una simple tarea de policía o de gestión técnica o tecnocrática. Aunque el «político» tiene por objetivo velar por el bien común de la unidad política, y únicamente por este conducto, por el que le es propio a cada miembro, la «política» es dominación del hombre sobre el hombre y como tal corre el riesgo de hacer desviar la educación de su propio sentido. Es lo cierto que en todo tiempo siempre surgen nuevas teorías ideológicas que construyen la política a la medida del ideal y del deber ser —siempre variable según las doctrinas en curso— y que piensan poder sustituir la dominación por la educación. Nunca son más que «bellas negaciones» de la realidad. Por lo demás, es incuestionable que la política ha sido, junto a la ciencia, el ariete que desmanteló la fortaleza de la metafísica[80].

Tanto en la perspectiva nacional como internacional el mundo es pluralista y multipolar, sin perjuicio de que puedan encontrarse puntos de encuentro en cuanto a principios, valores, reglas de juego e instituciones comunes en ambos niveles. Pero sin que se pueda ocultar la realidad política y cultural de la diversidad. No es de extrañar, pues, la permanencia, bajo nuevas formas, de las nociones de «soberanía», «poder constituyente», «Estado nación» (que no han llegado a su fin), etcétera, y su continuada revisión; aunque también de la coexistencia, dentro y fuera del de las fronteras estatales, de distintos centros de poder político, lo que impone límites a la autoridad soberana de los Estados (muchos ellos, estructurados como «Estados compuestos»). Eso sí, y en otra perspectiva, ahora se habla, significativamente y en un sentido amplio y un tanto impropio, de «*soberanía del mercado*» (que en realidad remitiría al poder decisorio supremo de las fuerzas económicas que gobierna los mercados mundiales y su capacidad efectiva para imponer sus intereses y decisiones a los Estados nacionales más débiles en el escenario mundial). Con todo, esas categorías políticas no son inútiles, ni están superadas, sino que más bien han de ser redefinidas y adaptadas en atención a los nuevos escenarios de la política. No hay una teoría política sin soberanía, sin poder constituyente y sin conflicto connatural a una sociedad compleja y fracturada por desequilibrios, desigualdades y diversidades culturales. La aceptación de esta realidad política del pluralismo y la diversidad, y de la existencia del poder, la soberanía y la hegemonía —fácilmente verificable en los hechos— es una

[79] Puede consultarse, págs. 41 y sigs.; Zolo, D.: *Democracia y complejidad. Un enfoque realista,* Buenos Aires, Nueva Visión, 1994, espec., págs. 37 y sigs.; Zolo, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial,* Barcelona, Eds. Paidós, 2001, espec., págs. 89 y sigs.

[80] Freund, J.: *¿Qué es la política?,* trad. S. Nöel, M. V. Rossler, revisión de J. Molina, Editorial Struhart & Cía, 2003, págs. 185 y sigs. Sobre el pensamiento de Julien Freund puede consultarse Molina, J.: *Julien Freund. Lo político y la política,* Madrid, Eds. Sequitur, 2000; Taguieff, P-A.: *Julien Freund. Au Coeur du Politique,* París, La Table Ronde, 2008; Valderrama Abenza, J.C.: *Julien Freund. La imperiosa obligación de lo real,* Murcia, Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, 2006.

condición necesaria para que la política y el Derecho internacional y los sistemas político-jurídicos nacionales puedan asumir de manera eficiente sus funciones típicas.

Ahora bien, es verdad que la legitimación democrática en términos constitucionales tales como que la soberanía pertenece al pueblo o la soberanía reside en la nación, no dejan de ser proclamas jurídico-formales que, a menudo, no se corresponden con la realidad atributiva del poder presente en una sociedad fragmentada. Aunque no se puede negar el valor de la forma jurídica —y su efecto psicológico sobre los destinatarios— para tener el efecto de que se corresponde con la realidad existencial del poder. Afirmar, verificando su existencia, el principio de soberanía no supone aceptar las consecuencias de un orden antidemocrático, o potencialmente totalitario, sin que la soberanía es expresión de un poder realmente existente e insoslayable —y en una sociedad compleja, hasta posiblemente útil— y que en un régimen democrático es necesario, eso sí, limitarlo en la plano jurídico-político. En una perspectiva próxima a la indicada, se ha hecho notar que la descalificación consecuencialista de la noción de soberanía que defiende Duguit resulta manifiestamente insuficiente, por lo que tiene de deformante representación de una realdad mucho más compleja de lo que él pretende hacer entender[81]. El mismo Duguit era, paradójicamente, consciente de que, en una sociedad compleja y conflictual, no es fácil prescindir de la noción de soberanía, y de que existía el riesgo de que ella pudiera ser sustituida por una idea «menos fecunda y menos humana»[82]. Duguit era un realista del fenómeno de lo político y de lo jurídico[83] y, por tanto, era necesario para el sustento de ese tipo de sociedades y que su simple existencia no tiene que suponer una deriva necesaria hacia el totalitarismo y el comportamiento arbitrario en el ejercicio del poder público.

No obstante, Duguit, niega la personalidad del Estado, y hasta el Estado mismo en su concepción clásica, pero no llega a negar las sociedades, la existencia de naciones, que son un *hecho*. «La nación, dice, es una realidad: nunca lo he negado»[84]. Tan sólo rechaza que exista una personalidad, con una conciencia y una voluntad colectivas, con soberanía. Pero parece imposible que, dado el *hecho,* sin metafísica alguna, no llegue Duguit a la consecuencia analítica de que el hecho pudo ser, y en tanto seguirá siendo, en cuanto perdure el poder que le dio la existencia. Y si al poder de realizar las más grandes funciones, le llamamos poder supremo, *poder soberano,* o de otro modo que exprese la adecuación, tampoco se falta a la realidad lógica. A partir de ahí surge el concepto de la soberanía, de manera que cuando una sociedad puede realizar todas las funciones por sí mismas, con plena suficiencia de modo que otra fuerza mayor no se lo impida, a ese poder se le llama *soberanía* y a la sociedad que la posee, Estado. Es así que Estado y soberanía se suponen necesaria y mutuamente (Jellinek) en donde esté aquél, estará la soberanía, y viceversa. En la crítica de Jardón, se observa que en virtud de ello la sociedad ostenta un poder de conservación. Si existe el poder ha de *encarnar* en alguien. Pero no puede tratarse de un poder ilimitado, Gierke —al que sigue Jardón— lo encuentra en el Derecho natural con la defensa de los derechos fundamentales que han de ser respetados y garantizados por el Estado. Señala Jardón que los derechos fundamentales no son más que la manifestación de la gran idea de que el hombre no se confunde enteramente con el súbdito, que el Estado no absorba más que una parte de la personalidad individual, que hay, finalmente, un dominio de libertad individual indelegable. Por otra parte, Duguit, pretende limitar el poder de los gobernantes por la solidaridad, que tiene para él la misma fuerza con más eficacia que el «Derecho natural» (sic.). Duguit, afirma que el Estado es limitado por el Derecho objetivo, por el Derecho anterior y superior al

[81] Ara Pinilla, I.: *El fundamento de los límites del poder en la teoría del Derecho de Léon Duguit,* Madrid, Dykinson, 2005, págs. 168-169.

[82] Duguit, L.: *Soberanía y libertad,* cit., pág. 170.

[83] También se había ocupado de la sociología del Estado moderno. Así, paradigmáticamente, Duguit, L.: «Des fonctions de l' État moderne. Étude de sociologie juridique», en *Revue Internationale Sociologie,* 1894.

[84] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitucionnel,* t. I, 3.ª ed., cit., epígrafe 21.

Estado, emanado de la solidaridad social, con la ventaja, en su opinión, sobre el «Derecho Natural», de que la limitación es a la vez positiva y negativa[85].

La idea de la soberanía no sólo corresponde al campo de lo jurídico, sino también al ámbito de los hechos políticos y sociales, pues remite a un poder que existe empíricamente en la realidad social donde se aglutinan personas y grupos que tratar de articular sus intereses y hacerlos prevalecer sobre los otros, en virtud de diversos medios, coactivos o consensuales. La soberanía es un hecho. Si hablamos de soberanía estatal hay base de realidad, aunque solo relativamente cuestionado por el actual proceso de globalización (que parece acrecentar el carácter relativo de la misma); y si, por el contrario, hablamos de soberanía popular, es bien cierto que ello tiene un carácter metafórico, porque no hay manera de soldar las lógicas individuales en una esencia colectiva que los individuos atomizados no ostentan en una sociedad fracturada y deshomogénea, donde no hay un solo interés general que prescinda de la composición y transacción entre los intereses particularistas —individuales y colectivos— en presencia. Pero más allá del carácter metafórico de la soberanía popular, se ha de convenir que ésta resulta un presupuesto legitimador imprescindible de cualquier sistema de democracia constitucional, pues remite al núcleo de la democracia, es decir, a la participación activa de todos en la conformación y gobierno de la comunidad política (unidad política).

En realidad, la admisibilidad de la soberanía sobre una base empírica implica la posibilidad de un conocimiento científico de la misma que fricciona con su consideración reductiva como derecho subjetivo. Caben, pues, otros fundamentos distintos. Ahora bien, la referencia a la sustitución de la soberanía por el Estado de los servicios públicos[86] no es capaz de aportar una solución correcta, toda vez que el Estado de los servicios públicos («Estado de Servicio Público») hace referencia a las nuevas tareas asumidas por el Estado Social de Derecho, sin incidir sobre la cuestión del carácter soberano del poder público que se ejercita sobre la sociedad. Aparte del poder de realizar tales servicios públicos, interesa retener, pues, el más amplio poder de imponerse que detenta en sí el Estado o poder público. Aunque Duguit puede afirmar que la soberanía «es un simple hecho, no un derecho»[87] conforme al criterio dominante en la cultura jurídica de la época, en el fondo se inclina por su configuración como derecho subjetivo. Su preocupación mayor residió en cuestionar y, en cualquier caso, limitar el principio de soberanía estatal y, por consiguiente, introducir limitaciones a los poderes del Estado y su fuerte tendencia hacia la deriva en arbitrariedad. Todo esto es lo que subyace a su crítica de la noción de soberanía.

Asiste la razón a quienes han advertido que las doctrinas francesa y alemana, que emplazan —con cierta abstracción de la realidad— respectivamente la titularidad de la soberanía en la nación y en el Estado, resultan indefendibles desde los presupuestos estrictamente realistas, y en sus propios términos expresión lingüista, si se atiende sólo a que ambas se sirven para otorgar coherencia a su análisis de sujetos colectivos que, por su propia estructura, carecen lógicamente de conciencia y voluntad. Duguit fue en este sentido coherente, si no con el orden lógico de su exposición, el cual se ve alterado por la relativa desconsideración de la dimensión empírica implícito en el concepto de soberanía, sí con sus propósitos declarados. Trató de eludir el deber exigible de reexaminar

[85] Jardón, A.: *Las ideas políticas de Duguit,* Madrid, Editorial Reus, 1919, págs. 56 a 61. Piensa Jardón que «con esta doctrina del Derecho natural respecto de la limitación de la soberanía por su propio objeto, resuélvese el perpetuo antagonismo de individualistas y socialistas en una posición armónica, que no es precisamente la del *juste milieu* matemático…» (pág. 62). Para Jardón las teorías de Duguit no han hecho mella en el Derecho político clásico, nacido del viejo Derecho Natural. «Subsiste el Estado, subsisten los derechos naturales, la Soberanía, la representación y todo permite pensar que mientras la naturaleza humana no varíe, estas instituciones no se extinguirán…» (pág. 74).

[86] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel,* Tome I,3.ª ed., cit., págs. 551.

[87] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel,* Tome I,3.ª ed., cit., pág. 176.

críticamente su propia construcción que le imponía su concepción del Derecho y del fenómeno jurídico en general[88].

En cierto modo para Duguit el Derecho público y el Derecho privado mantienen una evolución paralela y similar, dentro de su propia especificidad sistematizadora. Él aprecia una serie de rasgos comunes: la *desaparición de la centralidad del sujeto de derecho* (en el Derecho privado la autonomía de la voluntad humana desaparece; la voluntad individual no puede por sí sola crear un efecto de Derecho. En el Derecho público ya no se cree que exista detrás de los individuos que detentan la fuerza en un país una substancia colectiva, personal y soberana de que ellos no serían sino los mandatarios o los órganos; lo que incumbe a los gobernantes es la obligación de desempeñar una cierta función social, es decir, organizar los servicios públicos, asegurar e inspeccionar su gestión)[89]. Su propuesta es «la eliminación de la noción de sujeto»[90] y el rechazo de lo que denominó «individualismo *propietarista*»[91], tal como lo produjo la Revolución francesa, y que, en su opinión, está en camino de desaparecer, por la lógica individualista que está en colisión con la lógica solidarista que se impone en el Derecho contemporáneo[92]. Entiende, por otra parte, que el dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva, porque está en contradicción con los hechos ciertos; también lo encuentra inconciliable con los fenómenos expansivos de la descentralización y el federalismo (no se puede afirmar que la soberanía es ya una e indivisible)[93]. Significativamente, Duguit se opondrá tenazmente al principio de separación de poderes entendido, como él lo entendía, como separación rígida y absoluta de poderes. En efecto, afirma Duguit que «si hay muchos órganos de representación, la soberanía no puede ser dividida en muchos elementos y no se puede atribuir, con el nombre de *poder,* a cada uno de estos órganos un elemento parcial de la soberanía, la cual permanece, y no puede menos de permanecer, a pesar de esta división, una e indivisible. La soberanía es, en efecto, la voluntad de la nación-persona; toda persona es indivisible; toda voluntad que de ella emana, lo es también. Este concepto de un poder soberano, uno y trino a la vez, que sin dejar de ser uno, se descompone en tres poderes independientes, es, según Duguit, un *concepto metafísico,* análogo al misterio cristiano de la Trinidad, y que ha seducido a los espíritus, a veces quiméricos, de los hombres de la Asamblea de 1789, pero que es inadmisible cuando se trata de una Constitución verdaderamente positiva del Derecho público. Cuando hay muchos órganos de representación, todos ellos colaboran forzosamente en todo lo que constituye la actividad general del Estado, pero su modo de participación es naturalmente diferente, hallándose regulada por la Constitución peculiar de cada país, de suerte que lo que impropiamente se llama separación

[88] Pinilla, A.: *El fundamento de los límites…..,* cit., págs. 172 y 177.

[89] *Ibid.,* pág. 147.

[90] *Ibid.,* págs. 177 y sigs.

[91] Llama la atención —poniendo de manifiesto la fuerza creativa de Duguit— una cierta anticipación a los postulados de la obra de Barcellona, P.: *El individualismo propietario,* presentación de M. Maresca y traducción de J. E. García Rodríguez, Madrid, Ed. Trotta, 1996.

[92] *La transformación del Estado,* Prefacio a la tercera edición francesa, recogido en la edición especial, Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición 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, pág. 258. *La transformación del Estado,* es la traducción castellana realizada por A. Posada del libro de Duguit, *La droit social, le droit individuel et les transformations de l' État,* troisième édition, Paris, Librairie Félix Alcan, 1922.

[93] Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., págs. 9 y sigs. Llega a afirmar que el federalismo, «es, más aún todavía que a la descentralización regional, la negociación misma de la soberanía política del Estado» (*Ibid.,* pág.14). La cuestión de la descentralización, en confrontación directa con la centralización, había sido objeto de atención por la doctrina desde la segunda mitad del siglo xix. Un libro expresivo de esa preocupación, e inquietud, es el de Odilon-Barrot: *De la centralización y sus efectos,* Madrid, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, 1869, bajo la influencia penetrante de Tocqueville. Reedición, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1997.

de poderes, no es más que la diversidad de participación, el diferente modo de actuar de los diversos órganos, en la actividad general del Estado»[94].

Para Duguit el principio de soberanía nacional carece de utilidad práctica: Se trata de una ficción que carece de valor real; es no sólo indemostrable e indemostrado, sino también inútil. Esa inutilidad quedaría evidenciada en que el hecho del que tal principio no supone ninguna forma determinada de gobierno, sino que puede conciliarse con todas las formas gubernamentales, democracia, aristocracia o monarquía[95]. Su visión de la crisis de la soberanía nacional ejercería una influencia muy relevante en pensadores de la talla de Harold J. Laski[96] y, en menor medida, Hermann Heller[97]; y es totalmente contrapuesta a la autorizada posición decisionista mantenida por Carl Schmitt[98].

Precisamente vinculado al fenómeno del «quebrantamiento de la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberanía», estima que «la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público»[99]. Se ha producido una transformación en el sentido de que el Estado-nación sustituye al del Estado-poder. Para él el Derecho público encuentra su centralidad no en las relaciones de poder del Estado con los individuos, sino en el conjunto de reglas establecidas en vista de la organización y la gestión de los servicios públicos. Se debe abandonar la noción de derecho subjetivo de poder y darle al Derecho público por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes.

[94] Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional,* edición y estudio preliminar «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 143-144. Igualmente, Duguit, L.: *La separación de poderes la Asamblea Nacional de 1789,* trad. y presentación de P. Pérez Tremps, Madrid, CEC, 1996, espec., págs. 132-134, donde considera que «lo que queda de esta teoría artificial de los tres poderes separados es suficiente para falsear los resortes de la vida social y política del país. Colocar a la cabeza del Estado dos poderes sin vínculo entre ellos, sin interdependencia, sin solidaridad, es condenarlos fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá a aquél» (pág. 132). Véase también, Aguilera Portales, R.,y Espino Tapia, R.: Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 12, julio 2010. https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/c8e55081-a9ab-4610-82f9-be4ab00ac079/content

[95] *Cfr*. Duguit, L.: *L' État*, vol., pág. 251, vol. II, pág. 59, y *Traité,* 2.ª ed., vol. I, pág. 435, citadas por Carré de Malberg, R.: *Teoría general del Estado* (1922)*,* trad. J. Lión Depetre, «Prefacio» de H. Gros Espiell, México, FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, pág. 897. Por cierto, para aquellos que dudan de la extraordinaria influencia del pensamiento de Duguit en el primer tercio del siglo veinte, sería suficiente observar atentamente las publicaciones especializadas de la época sobre la teoría del Derecho y del Estado, uno de cuyos exponentes es precisamente esta obra de Carré de Malberg, en sí clásica, en la cual, en todo momento, se toma en consideración las aportaciones innovadoras —aunque siempre problemáticas, cuando no abiertamente discutibles— de León Duguit, como hombre académico que se atrevió a pensar de forma resueltamente crítica y provocadora, pero también comprometida respecto de los problemas de su tiempo.

[96] Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski,* Barcelona, El Viejo Topo, 2004, espec., págs. 88 y sigs., *passim.* Laski, a pesar de la indudable influencia que sobre él ejerció, siempre se situó en una posición de crítica constructiva respecto a León Duguit. Así, sirvan como ejemplos paradigmáticos, su discrepancia abierta sobre el alcance de la soberanía (separándose de la opinión de León Duguit, afirma que la soberanía interior y la exterior son dos lados de un mismo poder; no se trata de dos soberanía distintas, el Estado que no es soberano en el interior tampoco lo es en el exterior), y en relación al respeto a la libertad y los límites de la obediencia (discrepa de Duguit cuando este afirma que «el interés público en la continuidad del servicio es una consideración suprema que debe dominar a todas las demás, y no veo ninguna razón para aplicar sus adjetivos vituperantes a los que opinan de diferente manera»).

[97] Véase Heller, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional,* México, FCE, 1995; ID.: *Teoría del Estado,* edición y Est. prel., «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004. Sobre su pensamiento político y jurídico, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. El pensamiento político de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 19 y sigs.

[98] Véase Schmitt, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes,* trad. F. Javier Conde, edición y Est. prel., «El Espacio de lo político en Carl Schmitt» a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004. Vid, infra.

[99] *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., cap. II («El servicio público»). Véase, al respecto, Pisier-Kouchner, E.: *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit,* París, 1972.

Tampoco ignora Duguit que en una sociedad civilizada el hecho de que el poder existe sobre la base de un orden jurídico y el concepto de Derecho como condición lógica del poder social. En este sentido, es este un orden normativo encaminado a la organización de un *Estado de servicio público*[100], y por ello mismo, la noción del servicio público se convierte en noción fundamental del Derecho público moderno[101], de manera que el Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido; «el fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos. Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos»[102].

Se advirtió tempranamente, con razón, que el concepto de servicio público es «el broche» de la doctrina duguitiana, siendo aquella actividad necesaria, que excediendo los límites de la fuerza individual, exige la colectividad de los gobernantes, como deber, como función, no como derecho[103]. Desde esta visión se puede comprender *su discutible concepción de la soberanía como facultad de organización de los servicios públicos*. Todo ello le conduce a defender el «Estado positivo» comprometido con la solidaridad y como garante de las condiciones en las que se desenvuelve la interdependencia social[104]. Ese enfoque le permite defender la legitimidad del Estado para regular las condiciones del trabajo, imponer la abstención de cuanto por su naturaleza pueda comprometer la salud física y moral del individuo. El concepto solidarista conduce también a reconocer al Estado obligaciones de orden positivo que el concepto individualista de la libertad era impotente para fundar. Estas son especialmente las obligaciones del Estado que a menudo se expresan, bajo una u otra forma, diciendo que los individuos tienen contra el Estado el derecho al trabajo, el derecho a la instrucción, el derecho a la asistencia[105]; aunque puntualiza que esa intervención debe tener un carácter esencialmente subsidiario: El Estado debe intervenir tan sólo en la medida en que la iniciativa individual no baste para asegurarle la existencia. Precisamente la noción de servicio público estaría fundada sobre la idea capital de obligación impuesta al Estado, o más exactamente, a los gobernantes y a sus agentes[106].

Duguit critica, pues, el «dogma de la soberanía nacional», considerándola un «mito»[107]. Entiende que la soberanía nacional, la libertad individual o autonomía de la persona humana son «dogmas políticos y sociales venerados al igual de dogmas religiosos, y que han tenido sus apóstoles y sus mártires y han saturado la vida de las sociedades modernas desde 1789 hasta el día de hoy. Para

[100] En este sentido, Duguit anticipa a Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial,* trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, IEP, 1975. Véase Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., Conclusión, pág. 147.

[101] *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., págs. 23 y 28 y sigs.

[102] *Ibid.,* pág. 28.

[103] Jardón, A.: *Las ideas políticas de Duguit,* Madrid, Editorial Reus, 1919, pág. 16.

[104] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York), trad. y pról. de José G. Acuña (Cónsul de España y Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña), F. Beltrán, Madrid, 1924, págs.222 y sigs. Reeditada, con revisión de la traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

[105] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 242 y sigs. Reeditada, con revisión de la traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012. Sobre la vinculación solidaridad-Estado de servicio público-garantía de los derechos sociales en Leon Duguit y su influencia en la doctrina reformista de nuestro país, y de modo especialmente marcado en Adolfo Posada. Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003, *passim*.

[106] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 244 a 249.

[107] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 56-57.

él —y esto debe ser realzado aquí—, «el concepto de soberanía nacional comprende en sí mismo dos elementos, que si bien se compenetran íntimamente, se distinguen y caracterizan, al mismo tiempo, siendo cometido del sociólogo analizarlos separadamente. Estos elementos son: la nación, desde luego, y la soberanía nacional, como poder de mando, después». Hace notar «que la evolución realizada de un siglo a esta aparte ha consistido, precisamente, en que el elemento nación fue poco a poco adquiriendo la preeminencia sobre el elemento soberanía hasta llegar a eliminarlo casi completamente; y que el año 1918, es decir, la victoria de los aliados en la guerra, marca el término y remate de esta evolución, asegurando el triunfo del Estado-nación sobre el Estado-poder». Para él la primera guerra mundial fue la lucha entre dos conceptos, entre dos maneras de entender la vida social, entre dos formas de Estado: entre el concepto de *Estado-poder y el de Estado-nación*. La derrota de Alemania representó, en su opinión el triunfo del concepto nacional. Estos dos opuestos conceptos del Estado, el Estado-poder y el Estado-nación, se encuentran encarnados en el momento en que estalló la guerra, el primero por el Imperio alemán y el segundo por la República Francesa.

En Alemania publicistas y juristas habían formulado ya, desde muy atrás la teoría del Estado-poder: Treitschke, Laband, Jellinek. Para éste último la soberanía pertenece propiamente, no a la nación, sino al Estado considerado en sí mismo, y que la nación no es más que un elemento del Estado. Con coherencia argumental entiende que el fin de la gran guerra marcó el triunfo del Estado-nación sobre el Estado-poder, y al mismo tiempo señaló una profunda transformación del concepto y aplicaciones del principio de soberanía nacional[108]. Estas teorías jurídico-políticas del Derecho público germano habían, en realidad, culminado el proceso de «absorción» del poder constituyente del pueblo (a veces simbolizado metafóricamente en la nación) en el poder constituido (formalizado e institucionalizado en el «Estado»). En este sentido la operación ideológico-política era evidente: legitimar inicialmente (y con la pretensión de serlo definitivamente) el orden constitucional, para inmediatamente después conservarlo y sujetarlo a lógica político-institucional tendencialmente independiente, evitando, así, su posible mutación por el poder originario del pueblo.

La importancia de ese triunfo del Estado-nación se vislumbra ante el mismo concepto de nación que aporta Duguit: «Lo que realmente constituye el signo distintivo de una nación, lo que la crea y sostiene, en suma, es el hecho de que todos los miembros de la colectividad social establecida en un territorio determinado, desde el más humilde al más poderoso, desde el más ignorante al más sabio, tienen la conciencia más clara y resuelta de que persiguen conjuntamente la realización de cierto ideal que tiene sus raíces en el territorio habitado por ellos y que no podrían lograr si no tuviesen la posesión del territorio mismo. He aquí el fundamento por excelencia de la *unidad nacional»*[109]. Por otra parte, observa que si la soberanía es una voluntad que jamás se determina sino por sí misma, resulta, evidentemente, que no reconoce poder superior ni poder concurrente; que es un poder originario, esto es, que no ha recibido ese carácter de una voluntad anterior o superior a ella, pues de otro modo, dependería entonces de esta voluntad. La soberanía es ilimitada o absoluta, pues si no lo fuese, dependería de otra voluntad, que la limitaría y, por consiguiente, dejaría de determinarse exclusivamente por sí misma. Pero este enfoque no describe la propia concepción de Duguit como él mismo se ocupa de expresar: «Sabido es que en todo esto no son mis ideas las que expongo, sino que traduzco simplemente una doctrina, pero una doctrina que ha desempeñado un primordial papel y que es por sí misma un hecho social de primer orden. Del mismo modo, si es preciso que os diga mi pensamiento, estimo que esta doctrina de la soberanía, por muy lógica que sea, *no existe un átomo de realidad positiva;* es una construcción de metafísica formal curiosa y lógicamente edificada, pero,

[108] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 62-65. Véase, con lucidez, 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, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. 7 y sigs., 71 y sigs., 129 y sigs., y 211 y sigs. ("Esencia y transformación del Estado moderno").

[109] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., pág. 89.

desde luego, extraña a la realidad concreta, y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre»[110].

Entiende Duguit que, desde su misma elaboración y configuración originaria, la soberanía es una voluntad siempre mandante, que detenta un poder de mando. Es una voluntad superior a todas las demás que existen en un territorio determinado. En consecuencia, no entra en relación con ellas por vía de contrato, sino únicamente por vía de mandato. Además, otra consecuencia derivada del carácter de la soberanía es su unidad y su indivisibilidad. El art. 1 del Preámbulo del título III de la Constitución francesa de 1791 rezaba que: «La soberanía es una, indivisible e inalienable». Esto era absolutamente lógico. La soberanía es una, lo que quiere decir que no puede existir en un territorio determinado más que una sola y única soberanía, y que los ciudadanos no pueden estar sometidos sino a una sola y única soberanía. La soberanía es una y además indivisible, lo que significa que no puede ser fragmentada en distintos elementos incorporados en órganos diversos. Una voluntad no puede ser fragmentada. Por último, la soberanía es inalienable, lo que implica que el ser que es titular de la soberanía no puede transferirla otro[111].

Según Duguit, la nación es el «titular originario de la soberanía». Es también Rousseau el primero que ha formulado nítidamente la idea de que la soberanía pertenece a la nación, porque estando el individuo subordinado del todo a esta soberanía, permanece libre[112]. Duguit sorprendentemente olvida a Sièyes, que fue el que edificó, con gran rigor, la concepción de la soberanía y del poder constituyente del pueblo soberano[113].

Pero la crítica de Duguit a la soberanía también apunta hacia el riesgo de que sea sustituida por algo peor, pues reflexiona: «La fe en el dogma de la soberanía nacional está hoy en decadencia, y acaso los jóvenes de ahora presenciarán su completa desaparición. Pero no me atrevo a esperar que no sea reemplazada por otra, acaso por no sé cuál religión bolchevista, que, ciertamente, sería menos fecunda y menos humana que lo ha sido esta de la soberanía nacional»[114]. Porque el problema de fondo que no acierta a vislumbrar Duguit es el carácter profundo y coherentemente democrático de la concepción de la soberanía apoyada, legitimada y limitada por un poder constituyente del pueblo o nación. Hablar de soberanía, como poder constituyente, no es sinónimo de «absolutismo» o autoritarismo, depende de su concreta configuración jurídico-política en el sistema político de que se trate.

Por otra parte, y en relación a esto último que se advertía, Duguit considera que la soberanía nacional no puede ser absoluta en las relaciones exteriores. Por ello mismo defendió el orden internacional surgido tras el Tratado de Versalles y la Liga de las Naciones[115]. Pero reflexiona de modo realista cuando hace notar que: «En las relaciones internacionales, el concepto de soberanía *de los Estados* es aún preponderante, y en tanto que conserve su fuerza será imposible dar un fundamento sólido al Derecho internacional, hacerlo verdaderamente obligatorio para los Estados e instaurar un sistema capaz de impedir y evitar la guerra. La Liga de Naciones no podrá seguramente alcanzar su objeto más que si llega, no a destruir, sin duda— temo que aún por mucho tiempo esto será imposible—, pero al *menos hacer pasar a segundo término este concepto absorbente de soberanía* y a poner en primer lugar, no ya la noción de derecho soberano, sino la del deber que impone a los gobernantes y a los pueblos no turbar la paz y respetar la autonomía nacional y territorial de las demás

[110] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 141-142.
[111] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 145-149.
[112] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 150 y sigs.
[113] Puede consultarse Negri, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad,* trad. C. de Marco, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994, espec., págs. 17 y sigs.; Maiz, R.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*», Madrid, Ed. Tecnos, 2007, espec., págs. 105 y sigs.
[114] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., pág. 170.
[115] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 172 y sigs., y 185 y sigs.

naciones. No desesperemos del porvenir. Han sido precisos esfuerzos para fundar el Derecho público interno, para limitar con obligaciones verdaderamente jurídicas y positivas los poderes del Estado sobre el de los individuos. No se está lejos de haberlo conseguido. Llegará también, tarde o temprano, un momento en que se sabrá fundar sólidamente un Derecho internacional público. Lo cual me lleva naturalmente a hablar de la soberanía en el interior»[116]. Esos esfuerzos de iniciativa político-jurídica se han dirigido también a limitar su poder de actuar en la esfera de las relaciones internacionales.

Precisamente, cuando la soberanía del Estado se ejerce en el interior, se encuentra con la libertad del individuo[117] y con la presencia de los grupos sociales, asociaciones y sindicatos con influencia político-social. Según Duguit el concepto de servicio público (el Estado de servicio público) «que ha venido a sustituir a la noción de soberanía, ha conducido a la formación de otro concepto en extremo importante: el de la responsabilidad jurídica. Cuando predominaba la noción de soberanía, se descartaba completamente, y era lógico, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de los detentadores o, más exactamente, de los representantes de la soberanía»[118]. Para él, el sindicalismo de los grupos es un fenómeno más de integración que de disgregación; un fenómeno que vincula con la «representación profesional»[119], porque desde el momento en que dichas agrupaciones tienden a constituirse y a formar así elementos integrantes de la nación, tienden igualmente a adquirir una representación política, la cual no excluye, además, la representación proporcional de los partidos, pero que se puede establecer paralelamente a ella. Por eso confía en la creación de Cámaras profesionales con carácter complementario y no sustitutivo de la representación política propia del sistema de partidos: «No creo lejano el momento en que, en muchos países y en Francia especialmente, de las dos Cámaras que componen el Parlamento, una de ellas será elegida por sufragio directo y universal, con representación proporcional de los partidos políticos, y la otra elegida también por sufragio directo y universal con representación de los grupos profesionales»[120]. En la defensa de la creación de una Cámara parlamentaria se sitúa Duguit en la misma dirección que Durkheim, Laski, Giner de los Ríos, Adolfo Posada, Fernando de los Ríos….)[121]. Esta doble cámara modularía la soberanía «interna» en el espacio territorial de cada Estado nacional.

[116] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 204-205.
[117] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 206 y sigs.
[118] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 251 y sigs.
[119] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 285 y sigs.
[120] Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 287-287.
[121] Puede consultarse, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, págs. 214 y sigs. [«Reforma de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos» («Parlamento industrial» o «Cámara social»)]; *íd.*: «El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada», estudio preliminar a Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* Granada, Ed. Comares, 2005, págs. VII a CLXIII; Monereo Pérez, J.L.: «Cuestión social y reforma moral: las 'corporaciones profesionales' en Durkheim», estudio preliminar a Durkheim, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y Derecho,* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. VII a LI; Monereo Pérez, J.L., "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en *Civitas. Revista Española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648; Durkheim, E.: *Escritos selectivos,* introducción y selección de Anthony Giddens, edición, revisión y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim: integración social, sociedad civil y democracia" (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2022; Monereo Pérez, J.L.: "Sociología del 'socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim", estudio preliminar a Durkheim, E., El socialismo, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022, Monereo Pérez, J.L., Sociología del 'socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim, estudio preliminar a Durkheim, E.: *El socialismo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022; Monereo Pérez, J.L.: «El organicismo social de Giner de los Ríos», estudio preliminar a Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008, págs. IX a XXXIX; *Íd.: La filosofía política de Harold J. Laski, estudio preliminar a* Laski, H.J.: *La Gramática de la política. El Estado moderno,* trad. de Teodoro González García, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XV a C. (Nótese que Laski dedica un apartado específico de esta obra a

3. EN BUSCA DE LA SOBERANÍA: LA SOBERANÍA Y LA REALIDAD EXISTENCIAL DEL PODER POLÍTICO O «PODERES SOBERANOS»

En la actualidad, la soberanía vuelve a manifestar las tensiones y los límites del poder político en el mundo contemporáneo. No debe extrañar que Otto Kirchheimer pudiera titular un ensayo clásico precisamente de *En busca de la soberanía*[122]*,* donde trataba de plasmar los cambios que se venían produciendo en torno a la idea de soberanía en la doble dimensión interna y externa. La cuestión crítica alcanza a interrogarse sobre «si puede considerarse todavía el término «Estado» como punto de partida apropiado para una investigación acerca de la relación de poder de las fuerzas sociales en la sociedad actual». Las teorías pluralistas han cuestionado la imagen del Estado centralizado y han pretendido entronizar sobre sus ruinas el libre reinado de los grupos voluntarios. Las luchas sociales de poder operan no sólo en el campo del proceso de producción, sino también en la esfera de la distribución, con la presencia de organizaciones de los intereses económicos y de los partidos políticos. Entre los grupos privados y el gobierno se producen interacciones de distinto nivel e intensidad. Si puede obtenerse el consentimiento de los detentadores del poder público, las posiciones de poder existentes consiguen el beneficio adicional de la legitimidad. En la práctica importan más las políticas de apoyo estratégico que la ocupación de los centros neurálgicos de la dirección de la burocracia administrativa por representantes del mundo de los negocios.

En este contexto —como ya advirtieran autores como Durkheim, Duguit, Laski, Sorel[123] o Adolfo Posada[124]— los grandes sindicatos pueden desempeñar un importante rol, pues son un poder social de relevancia política (Autores como M.S. Giannini habían considerado que los sindicatos son «poderes públicos»)[125], que operan en el mercado económico y en la esfera política. La misma lucha por la mejora de las condiciones de trabajo se convierte en un problema político general y los sindicatos articulan acciones políticas, de manera que más ampliamente inciden en los procesos de democratización y *legitimación* del ejercicio del poder político institucional.

Por otra parte, las instituciones tradicionales, como el Parlamento se situaban en una situación crítica: la aparición de bloques económicos sólidos —dice Kirchheimer— quebró el poder político del Parlamento como institución unificada y unificadora. En el estadio avanzado de infiltración universal de grupos en el parlamento, se impide también apelar a las decisiones del Parlamento ante el cuerpo electoral. Éste ha quedado relegado a un papel semejante al del consumidor en un sistema de competencia imperfecta. Con su estructura burocrática especializada y jerarquizada el Estado puede estar en condiciones de ejercer la soberanía garantizando la decisión política final o la elección final. Entiende que la coordinación permanente presupone la compatibilidad de distintas finalidades perseguidas por diferentes grupos o la supresión de «grupos indiseables» o ambas cosas al mismo tiempo. Pero tanto si hay acuerdo para la coordinación como si lo hay para la supresión, los

la soberanía, págs. 22 y sigs.); *Ibid., La democracia en crisis: Harold J. Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

[122] Kirchheimer, O.: «In Quest of Sovereignty», en *Journal of Politics,* vol. 6 (1944), págs. 139-176. Este ensayo *En busca de la soberanía* está traducido e incluido en Duguit, L.: *Soberanía y Libertad,* cit., págs. 129-159. Para un estudio exhaustivo sobre el pensamiento político y jurídico de Ottto Kirchheimer, consúltese Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* extenso y detenido estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos,* trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la amplia bibliografía allí citada.

[123] Sorel, G.: *Reflexiones sobre la violencia,* edición y estudio preliminar, «Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel» (XI-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.

[124] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 506 y sigs.

[125] Giannini, M.S.: *El poder público. Estados y Administraciones Públicas,* trad. L. Ortega, Madrid, Ed. Civitas, 1991; y sobre el papel político de los sindicatos, Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999.

titulares del poder político supremo —un tribunal, un Parlamento o un grupo oligárquico de políticos y profesionales de la violencia —necesitan tener un poder residual suficiente para realizar los arreglos comunes precisos y crear las condiciones generales requeridas para los propósitos apropiados por los grupos. Una vez que existe el acuerdo general y que los órganos privados y públicos están imbuidos del espíritu de las finalidades comunes —sea cual fuere la estructura ideológica utilizada para crear ese espíritu— la *descentralización y la delegación de poder pueden ser instrumentos eminentemente útiles* para garantizar y mantener la autoridad de los titulares del poder político supremo. Con ello es posible que la soberanía pueda quedar limitada, pero no necesariamente suprimida.

Ahora bien, esas interferencias entre organizaciones privadas y poderes públicos, puede alcanzar —como hoy paradigmáticamente— a generar un conflicto entre los grupos y la realización de los fines públicos. Con ello, la soberanía de la comunidad sobre sus diferentes partes había quedado frustrada por la falta de capacidad del gobierno para impedir que las finalidades específicas de la comunidad quedasen sumergidas en la lucha de los diversos grupos por mejorar posiciones. Esto *no es más que un caso particular de sustitución de la soberanía (real o supuesta) de la comunidad por los intereses de los grupos particulares.* Sin embargo, cuando no es posible conciliar los diversos intereses entre las partes contendientes parece que ha de existir una instancia de decisión última que efectúe la «elección final» del Estado.

También el «decisionismo» de Carl Schmitt había abandonado, ya en 1922, la esperanza de encontrar un sujeto permanente de la soberanía que quisiese equilibrar los intereses y voliciones de los diferentes grupos y facciones, y que fuese capaz de asumir esa función. Schmitt atribuía a continuación la soberanía a aquellas personas o grupos que demostrasen ser capaces de ejercer la dominación política en circunstancias extraordinarias. Pero el propio Schmitt señalaba que su concepto de soberanía era estructuralmente afín al concepto teológico de milagro —lo que hace de su sujeto de la soberanía algo bastante problemático. Las circunstancias extraordinarias, como los milagros, pueden ser infinitas. Para reconocerlas como tales tiene que haber algún procedimiento que permita identificarlas. Las circunstancias extraordinarias, como los milagros, son excepcionales a las reglas que prevalecen en situaciones «normales». Sus contornos están determinados por aquellas reglas de «normalidad» a las que «confirman» por el hecho de ser sus excepciones. Ante la carencia de una regla auténtica, las circunstancias extraordinarias permanentes constituyen el símbolo auténtico de la ausencia misma de ese sistema de coordinación político-jurídica al que la historia otorga tradicionalmente el atributo de la soberanía.

Como expone Otto Kirchheimer, las teorías de las «circunstancias extraordinarias» no hacen sino señalar que *la sociedad ha alcanzado un estadio en el cual el equilibrio de las fuerzas de los grupos es enteramente inestable (y la estabilidad sólo puede ser establecida por la imposición de la fuerza o con carácter compromisorio)*; no hay una coordinación automática que pueda garantizar el funcionamiento de la «elección final» sobre la base del sistema de equilibrio eficiente. No obstante, cuando el mecanismo de la coordinación deja de funcionar y de garantizar los acuerdos fundamentales entre los grupos que luchan por el poder de tomar las decisiones finales, los más poderosos de esos grupos se ven obligados a recurrir a la creación de una maquinaria de violencia que les permita suprimir los «grupos indeseables» y restringir instrumentalmente la competencia entre los «deseables». El pacto entre unos pocos grupos se obtiene entonces gracias a un interés común fundamental en la eliminación o restricción de las actividades de muchos otros. El cumplimiento del pacto se confía por necesidad a la maquinaria recién construida, los operadores de la cual, «profesionales de la violencia», constituyen a su vez nuevos grupos, vinculados entre sí por enjambres de *rackets.* Los grupos antiguos tienen que compartir el poder con los nuevos. Los pactos iniciales que garantizaban originalmente la coordinación política tienen que ser revisados y adaptados a las nuevas circunstancias y se impone la exigencia de buscar un nuevo compromiso que exprese política y jurídicamente los nuevos equilibrios

de poder y su distribución asimétrica. Las relaciones entre los grupos están otra vez en estado de flujo y el equilibrio inestable se mantiene sólo por un interés común en la supresión de los «grupos indeseables» y en la decidida defensa de los intereses de los grupos que participan en estas prácticas compromisorias.

Advierte Kirchheimer que la realización más excluyente y totalitaria de esa simbiosis viene constituida significativamente por el fascismo. En efecto, la fuerza más característica de las que han estado operando para realizar transformaciones en las relaciones de los imperios de los grupos es el fascismo. Éste destruyó por entero la organización de todos los grupos considerados «indeseables» (por descontado, todos los de índole democrática), comenzando por las organizaciones de los trabajadores. No obstante, bajo la influencia de la guerra mundial, la política de coordinación política central de propósitos de los grupos se extiende y generaliza prácticamente a todo el mundo. Aunque queda igualmente por verificar si el beneficio diferencial que recibirán los países victoriosos será lo suficientemente firme como para garantizar un compromiso duradero de grupos, por inestable que sea, sin tener que recurrir posteriormente a eliminar y suprimir los intereses singulares de aquellos de los grupos más relevantes que se estime que puedan poner en serio peligro el funcionamiento de la coordinación política pluralista[126].

Pero más allá de esta deriva totalitaria, las tendencias que enlazan los grupos de intereses con los poderes públicos y sus estructuras burocráticas atendía a un fenómeno de pluralismo más que sociopolítico (aunque en este caso tendría que ver con las tendencias del neocorporativismo democrático, la concertación y pacto social; y que parte precisamente de un pluralismo democrático) de carácter «empresarial», esto es, directamente de las fuerzas económicas dominantes y de su organizaciones representativas (De ello resulta un exponente paradigmático la nueva forma política de «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica», donde se hace visible la alianza del poder público con las fuerzas económicas operantes y dominantes en el mercado).

4. SOBERANÍA Y COMPLEJIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO: ESTADOS «SOBERANOS» Y ORDEN GLOBAL

La soberanía enlaza con la idea de decisión orientada hacia el orden, su mantenimiento o instauración, en una situación político-jurídica normalizada o, más visible y propiamente, en una situación de excepción concreta; una situación excepcional o anormal —en este último caso— que exige la instauración de un nuevo orden, reflejo del *nomos,* esto es, del orden concreto subyacente[127] como elemento divisor del espacio político. Este planteamiento pone de manifiesto que Schmitt no comparte la concepción de Kelsen de la soberanía como *ficción*, y su definición formal o «jurídica» como «ordenamiento jurídico coercitivo»[128]. Pero más complejamente —pese a la simplificación que

[126] Sobre el pensamiento político-jurídico de Kirchheimer, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos,* Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV. Kirchheimer había puesto de manifiesto la dificultad de poner los supuestos del pluralismo político y social como vía hacia la profundización del Estado democrático-social. Nótese que se suele hablar de «democracia negociada» como referente a la negociación política entre el gobierno y las organizaciones profesionales.

[127] Nótese que el ensayo de Schmitt hacía referencia explícita a los problemas de la soberanía, *Teología política: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía.* Véase Schmitt, C.: «Teología política» (1922; 20 ed., 1934), en *Escritos políticos*, trad. D.J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975. Véase Bonvecchio, C.: *Decisionismo. La dottrina* di *Carl Schmitt*, Milán, 1984; Caserta, M.: *La decisione sovrana. Potere ed autorità fra Thomas Hobbes e Carl Schmitt*, Torino, 1996. Téngase en cuenta que la concepción schmittiana del orden no puede equipararse a la noción de «orden espontáneo», como orden autogenerado y autorregulado. *Cfr*. Hayek, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Madrid, Unión Editorial, 1978, en particular la «Introducción» del vol. 1.

[128] Véase Kelsen,H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts,* Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920 (No hay traducción castellana, pero sí traducción italiana, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto*

hace Schmitt de su pensamiento—, para Kelsen la soberanía hace referencia a un proceso histórico de racionalización jurídica del poder político, cuya dirección va en el sentido de transformar la fuerza en ley formal, el hecho en Derecho, instaurando una autoridad legítima dotada de prerrogativas absolutas y controlable en todo momento[129]. La soberanía se asocia al Estado siendo equivalente a potestad pública, representando un *modo específico de juridificación del poder político*. Es la soberanía, dentro de una teoría jurídica del poder, una representación del poder en el mundo moderno: la forma moderna del poder político, un poder unificado atribuido al Estado y que refleja en sí el proceso de juridización del mismo. La soberanía presupone la invocación de un *principio de legitimidad del poder*, en cuanto justificación del poder como derecho de mandar[130]. El proceso de juridificación del Estado moderno y su reducción a ordenamiento jurídico-político supone una relativización del concepto de soberanía, porque se formalizan poderes constituidos y limitados, y no un poder constituyente absoluto, un poder domesticado que se manifiesta en situaciones límites cuando se produce una ruptura de la unidad y la cohesión social. En el plano de la soberanía interna, se realza su dimensión unilateral traducida en una relación de subordinación entre el soberano y sus súbditos. En el plano de la soberanía externa, la lógica del poder es algo distinta, pues frente a la decisión unilateral se realza la dimensión bilateral o multilateral de los distintos Estados implicados. De ahí que la soberanía externa o de Derecho internacional tiende a ser relativa, salvo el supuesto —no infrecuente— del ejercicio absolutista o imperialista de la misma[131].

En el discurso de la soberanía adquiere un papel central el proceso de personificación del Estado («persona artificial»), en cuanto sujeto de la soberanía, el cual remitía a una estructura determinada de leyes e instituciones con una vida y una estabilidad propias. De ahí que la idea de la soberanía del Estado fuese la fuente de la idea del poder estatal impersonal. De manera que desde los orígenes la idea de soberanía queda íntimamente vinculada a la idea de Estado moderno[132]. Es el Estado un poder reconocido por la comunidad como la base legítima de la autoridad, la cual se traduce en un poder ilimitado e indivisible de hacer leyes; un poder supremo sobre los súbditos. Hasta tal punto es así que la soberanía es la característica definitoria del poder estatal (Bodin). Por su parte, Hobbes indica que los individuos deben transferir voluntariamente su derecho de autogobernarse a una autoridad única poderosa, para así dar lugar a un gobierno político efectivo capaz de garantizar la seguridad y una paz duradera.

Piensa Schmitt —y no está sólo en este punto— que la soberanía es un poder real, que según el principio democrático reside en el pueblo (sujeto soberano) pero que no desaparece cuando éste se dota de una Constitución (la Constitución es *acto* del poder constituyente y como tal reflejo de una decisión sustancialmente política[133]), ya que puede manifestarse en todo momento en cuanto poder originario

*internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto (*1920), trad. it., de A. Carrino, Milán, Giuffrè, 1989).

[129] Véase Kelsen, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts,* Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; *íd*.: *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, y Est. prel., de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; ID.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. L. Legaz Lacambra y R. Luengo Tapia, y Est. prel. de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

[130] *Cfr*. Ferrero, G.: *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, Tecnos, 1998.

[131] Véase Beaud, O.: *La Puissance de l`État*, París, PUF, 1994.

[132] Véase la exposición de síntesis de Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita,* Barcelona, Paidós, 1997, págs. 60 y sigs., y Zolo, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial,* Barcelona, Eds. Paidós, 2000, págs. 29 y sigs.

[133] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Madrid, Alianza editorial, 1982, págs. 45 y sigs. La Constitución formaliza las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo. En el pensamiento de Schmitt la Constitución en sentido absoluto con la decisión política fundamental, esto es, la decisión sobre la especie y forma de la unidad política del pueblo. Constantino Mortati reprochó a Schmitt, que a pesar de sus posiciones realistas, su concepto carece de determinación y los desarrollos que da a éste son inciertos y oscuros, porque queda enteramente impreciso quién debe considerarse autor de la decisión fundamental. Mortati concluye que, en definitiva, los dos elementos de los que, según Schmitt, se compone el ordenamiento jurídico, el normativo y el Seinmässig del orden concreto, en vez de estar fusionados en una unidad superior, siguen siendo,

con relevancia jurídica. Para Schmitt la soberanía popular reemplaza al monarca por el pueblo, de manera que la soberanía popular no descansa, sino que se encuentra siempre presente y con capacidad para actuar disponiendo del orden existente[134]. Él afirma la *permanencia del Poder Constituyente*; a éste la queda siempre la posibilidad de continuar existiendo, y se halla también por encima de toda Constitución jurídica, derivada de él, y de cualquier determinación legal-constitucional, válida en el marco de dicha Constitución. De ahí la inalienabilidad del *pouvoir constituant* del pueblo, que fue puesta de manifiesto por Sieyès[135]. Pero Schmitt más que defensor de la *soberanía del pueblo* es un acérrimo defensor de la *soberanía del Estado europeo*, y con la mirada puesta tanto en la soberanía externa como en la soberanía interna, aunque ello no le impidió detectar, de modo ciertamente anticipatorio, el declive de la forma estatal soberana (Estado nacional unitario e independiente) ante el proceso de mundialización de la sociedad contemporánea[136]. Schmitt asume la concepción tradicional que ve en la soberanía del Estado la condición para la paz interna, a través del monopolio de la fuerza y de los procedimientos para la solución de los conflictos planteados. En este plano Schmitt dentro de su concepción decisionista entiende que la soberanía interna debe ser absoluta, e incluso no ceder frente a una «reserva individualista inextirpable». De ahí la objeción que hace a Hobbes, quien dentro de una actitud prudente defendió esa reserva individual y la libertad de la conciencia en el plano subjetivo *interno,* aunque la rechazó desde el punto de vista externo donde si tendría una repercusión directa en la gobernabilidad política. A lo cual objeta Schmitt que ello entraña una contribución a la destrucción del Estado soberano que presagiaba males mayores en el declive de la soberanía estatal[137]. Según Schmitt soberano es el que formalmente detenta el monopolio del poder legislativo o del poder ejecutivo, sino el que decide en la situación de excepción, y, por tanto, ostenta el poder de suspender el ordenamiento jurídico y eventualmente instaurar un nuevo orden legitimador en ese poder realmente ostentado. Es, la suya, una posición realista que le hace reivindicar la soberanía y su permanencia frente a la pretensión idealista y utópica de establecer un orden internacional cosmopolita, que supondría una superación de la soberanía de los Estados nacionales y la institucionalización de un nuevo orden internacional diferente al tradicional del *ius publicum europaeum*, pues este se concebía como un orden interestatal y no como un orden transnacional, que sería el resultante de la sociedad cosmopolita. Es cierto que la idea de Estado mundial y de paz mundial es hija de la Ilustración[138], pero ya había sido formulada por Francisco de Vitoria, en el marco de su reflexión sobre la justificación de la toma de tierra en un Nuevo Mundo[139].

como en Smend, expresiones de realidades diferentes. En todo caso, es mérito de Schmitt haber puesto de relieve cómo la constitución normativa postula un principio de ordenación, del que las normas reciben valor; principio que subsiste al lado y por encima de ésta y guía su cambio, superando el marco de toda competencia constitucional. *Cfr*. Mortati, C.: *La Constitución en sentido material*, trad.y Est.prel., de A.Bergareche Gros, Madrid, CEPC, 2000, págs. 51 a 54.

[134] Véase Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., epígrafe 8 y 10. Sobre esta cuestión consúltese Vega, P. De.: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; Palombella, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad., y Est. prel., J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; 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, Cap. III ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional"), págs. 277-631.

[135] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 108 y sigs. Deduce de ello que donde subsiste un Poder constituyente hay siempre por eso también un *minimum* de Constitución que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento de la Constitución, el Poder constituyente, sea del rey, sea del pueblo. Sobre la problemática de la continuidad política del poder constituyente y la reforma constitucional, véase la excelente obra de De Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid, Tecnos, 1991, espec., págs. 60 y sigs.

[136] Véase infra, respecto a las relaciones internacionales.

[137] Véase, al respecto, Schmitt, C.: *El Leviatán en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*, trad. F.J. Conde, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

[138] Kaufmann, A.: *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág.457.

[139] Véase Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum»*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del derecho), 2002, págs. 73 y sigs.

Por el contrario, se ha entendido contemporáneamente que el Estado constitucional era un *Estado sin soberano*, porque los textos constitucionales contemporáneos habían consagrado un poder político legítimo y limitado a través de un complejo entramado institucional. En sentido se ha podido hablar de una renuncia a la idea de soberanía y, de consiguiente, de soberano absoluto en el Estado constitucional, porque el Estado es formalizado y conformado por el sistema constitucional, sus funciones ordenadas y sus poderes divididos y asignados a órganos competentes diversos[140]. En respuesta a la afirmación schmittiana de que soberano dentro del Estado constitucional es aquel que decide sobre el estado de excepción, se ha argumentado que el derecho de excepción no crea ninguna soberanía. El estado de excepción entraña el riesgo de ser utilizado como medio para lograr la violación de la Constitución jurídica, para dejar de lado la constitución en forma permanente, aprovechando los poderes excepcionales. Pero entonces se trataría tan sólo de un golpe de Estado que se sirve del estado de excepción como mero instrumento. El órgano plenipotenciario traspasa sus competencias y se erige en soberano. No se trata entonces de un soberano en el Estado constitucional, sino del fin del Estado constitucional. En el Estado constitucional no puede haber un soberano[141]. En realidad, sólo dónde no hay soberano puede haber derechos humanos *como derechos* subjetivos en sentido propio, asegurados institucionalmente, y no como simples tolerancias[142]. Se afirma que en el

[140] En este sentido Friedrich, C.J.: *Gobierno constitucional y Democracia*, vol. I., Madrid, CEC, 1975, espec., págs. 60 y sigs.; Kriele, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma,1980, págs.150 y sigs., y, en general, caps. 2 y 3. Señala Kriele que «el poder constituyente es el único poder soberano que existe para el Estado constitucional. *Dentro* del Estado constitucional no hay soberanos: sólo hay soberano en el absolutismo, que es justamente lo opuesto al Estado constitucional. La tesis de que en el Estado constitucional no puede haber ningún soberano es un desafío a la opinión dominante» (Ib., pág. 111). La tesis de que en el Estado constitucional no hay soberano se justifica en el epígrafe 28 de dicha obra. Sólo el pueblo cuando actúa como poder constituyente es soberano. Pero esto significa que en esa medida el pueblo está por encima del Estado constitucional, o visto en la perspectiva temporal, es anterior al Estado constitucional. Crea o deroga el Estado constitucional, pero no está *dentro* del Estado constitucional, de modo que la tesis: *en* el Estado constitucional no hay soberano, queda intacta. Por otra parte, según Kriele, el poder constituyente del pueblo es, ciertamente, de hecho, el poder indiviso, incondicionado e ilimitado de crear y violar el derecho. En esa medida cabe hablar de la *soberanía del pueblo*. Pero este poder sólo puede realizarse en el acto único de la *creación de la constitución*. La soberanía del monarca absoluto, en cambio, se realiza en la actividad de gobierno y legislación *permanente y detallada* (*Ibid.,* pág. 152).

[141] Kriele, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 156. Para Krile es preciso distinguir siempre entre la violación del Estado constitucional y la acción dentro del Estado constitucional. Sólo el desconocimiento de esta diferencia explica el malentendido que consiste en suponer la posibilidad de un soberano dentro del Estado constitucional. Aun un partidario tan fervoroso del Estado constitucional como Hermann Heller cae en este error. En su libro *Soberanía* define Heller: «Soberanía es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aun en contra del derecho positivo». Pero no hay una capacidad «jurídica» de decidir en contra del derecho positivo. O bien se trata de una capacidad jurídica, en cuyo caso está contenida en el derecho positivo y no puede decidir en contra de este último, sino lo que se hace es dejar de lado provisionalmente determinadas normas del derecho positivo sobre la base de una autorización jurídico-positiva, lo cual es un procedimiento perfectamente legal. O bien se decide efectivamente en contra del derecho positivo; entonces no se trata de una capacidad «jurídica», sino de una *fuerza fáctica* que se impone al derecho o lo suprime, es decir, se trata de un acto delictuoso, de un golpe de Estado, de una revolución o del uso del poder constituyente democrático. En resumen, en el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio —histórica y conceptualmente—, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público (Ib., págs. 155 a 157).

[142] Kriele, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, cit., pág. 157. Más directamente para el tema que centra ahora la atención, según Kriele los derechos fundamentales y humanos son la *respuesta a las tendencias hacia la soberanía*. La doctrina de la soberanía es un desafío y los derechos humanos son el rechazo de este desafío. Encontramos que los derechos humanos están articulados allí donde hubo tendencias hacia la soberanía. Los derechos humanos son la respuesta a esta tendencia y su rechazo en función de la protección de la libertad humana elemental. Por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible. Ciertamente, los derechos humanos ponen condiciones y límites (precisos) a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho. Ciertamente, los derechos no pueden hacer nada contra un poder fáctico, la desnuda *potestas,* como tampoco puede hacer nada la moral frente al cinismo. *Los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos*, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen

Estado constitucional no puede haber un soberano y que únicamente cuando no existe un soberano, hay una libertad segura, basada en los derechos humanos, y no en mera tolerancia. De ahí se sigue que la democracia presupone un Estado constitucional en el cual no haya ningún soberano. Por otra parte, se afirma dentro de la *crítica negativista de la soberanía,* que la soberanía del pueblo no significa que el pueblo ejerce el poder, sino que el poder que está dividido y ejercido por diversos órganos constitucionales, «proviene» del pueblo. Para el Estado constitucional, la soberanía del pueblo significa, por tanto, que el poder constituyente y la titularidad del poder estatal los tiene el pueblo[143]. Así, puesto que el concepto de soberanía del pueblo se agota en estos dos elementos, cabe decir que la soberanía del pueblo es perfectamente compatible con la afirmación de que no hay ningún soberano dentro del Estado constitucional. La soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado constitucional, cuando éste es creado y cuando éste es abolido. Es así que el *soberano democrático* (el pueblo) renuncia a su soberanía al hacer uso de su poder constituyente[144].

En una dirección análoga, se ha afirmado que la soberanía es un residuo moderno del pasado; que la soberanía interna como potestad absoluta desaparece o se disuelve en presencia de los Estados constitucionales y, en fin, que existe una irreductible antinomia entre soberanía y Derecho, susceptible de anular la legitimidad conceptual de la idea de soberanía: «una soberanía que se hallaría en contradicción no sólo en el ámbito del derecho interno de los ordenamientos avanzados, donde la soberanía se encuentra en conflicto con el paradigma del Estado de derecho y de la sujeción a la ley de cualquier poder, sino también en el ámbito del derecho internacional, donde ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la Carta de la ONU de 1945 y con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948»[145]. En realidad, lo que en la actualidad se rechaza es una concepción absolutista de la soberanía, entendida como poder ilimitado. En este sentido se ha afirmado, con razón, que si hoy se puede seguir hablando de soberanía, y parece inevitable hacerlo en la medida en que se establece la soberanía popular como fuente de todos los poderes del Estado, tendrá que ser respecto al fundamento o legitimación de un Estado constitucional. Y ello comporta referirse no a una voluntad en abstracto, sino a un criterio de razón como fundamento del orden constitucional[146]. En defensa del principio de soberanía popular hay que señalar que el constitucionalismo actual persigue desplazar hacia el pueblo el eje de la soberanía, sustrayéndolo a la doctrina del Estado, elitista y autocrática, heredera del siglo anterior. De manera que el reconocimiento jurídico de la llamada subjetividad del pueblo y la conexa soberanía no es el único dique real a la apropiación de la Constitución por parte de otros, de otras ideologías, de otros poderes (incluida en la época del siglo diecinueve, la soberanía del Estado). Ello supone que las constituciones derivan de la soberanía popular, y no viceversa[147]. Es así que el Estado constitucional

jurídico y cuyo *status* jurídico sea respetado por el titular de la competencia. Ésta es la razón profunda de por qué los derechos humanos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional (*Ib.,* pág.159).

[143] Esa concepción del poder constituyente como poder para crear la Constitución, esto es, como poder soberano en las democracias constitucionales, es una aportación esencialmente debida a Sieyès, para el cual el poder constituyente no está sometido por anticipado a una determinada Constitución, siendo la nación libre para decidir. El poder constituyente se agotaría en el acto en que se manifiesta, como poder excepcional. De lo que resulta que la Constitución es obra del poder constituyente, no del poder constituido que queda sometido a la Constitución. *Cfr*. Sieyès, E.: *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. R. Máiz, Madrid, CEC, 1990. Para su concepción de la nación, soberanía y Constitución, puede consultarse Máiz, R.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès,* Madrid, Ed. Tecnos, 2007, págs. 105 y sigs.; y David, M.: *La souveraineté du peuple,* París, PUF, 1996.

[144] Kriele, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, cit., págs. 315 y 317. Hace notar Kriele que el soberano democrático, a diferencia del soberano monárquico, ya no puede actuar en forma inmediata. Como factor político sólo existe en forma latente: entra a funcionar cuando el Estado constitucional se derrumba. Cabe decir también: la soberanía democrática descansa mientras existe el Estado constitucional (Ib., pág. 318).

[145] En este sentido Ferrajoli, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular pág. 126.

[146] Agapito, R.: «Introducción» a Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 34.

[147] *Cfr*. Palombella, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, cit., pág. 105.

se construye bajo el presupuesto de la soberanía popular como fuente originadora de producción del mismo orden constitucional.

Cuestión distinta es su asimilación reflexiva de la crítica de Max Weber a la democracia parlamentaria como ficción de la soberanía popular, y su moderada inclinación hacia el cesarismo político[148]. La instancia soberana está dotada de una competencia excepcional para ir más allá —incluso en contra— del Derecho válido para hacer frente a situaciones de peligro. Ahí reside el criterio esencial de la soberanía, pues el soberano es quien decide efectivamente sobre la situación excepcional, porque es el que verdaderamente se halla en condiciones de garantizar sustancialmente el orden jurídico y social. Con ello, lo político queda reducido a la excepción, siendo así que la situación límite es contrapuesta a la normalización derivada del orden constitucional definido y del Derecho estatal. La situación de excepción se caracteriza en el pensamiento de Schmitt con base al hecho de eludir a las normas, incluso con el poder de suspender la misma constitución jurídica. El mismo ordenamiento jurídico reposa sobre una decisión político-jurídica y no en una norma por fundamental que ella pueda ser representada[149]. En este sentido ante una situación de excepción Schmitt considera que entre democracia y dictadura —en cuanto dos formas típicas de ejercicio de la soberanía— es ésta última (la cual, con evidente ambigüedad, entiende compatible con su concepción de la democracia[150]) la que permitirá imponer una decisión restauradora del orden o de establecer un orden nuevo adaptado a las nuevas exigencias de gobernabilidad política[151]. Para Schmitt la cuestión fundamental que ha estado en el origen del *ius publicum europaeum* ha sido la cuestión de quien decide sobre la situación de excepción. En esta dirección reformuló el concepto de soberanía como decisión sobre la situación de excepción. A partir de ahí defendió su teoría del decisionismo, la cual está fundada, en sentido histórico-dogmático, sobre la reinterpretación en clave decisionista de la

[148] Véase Weber, M.*: Sociología del Derecho,* Est. prel., «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., Parte II, epígrafe 6 («Parlamentarismo y democracia»). Para una inserción histórica del pensamiento de Schmitt sobre esta materia, véase Lanchester, F.*: Carl Schmitt: un giurista scomodo e Carl Schmitt e la storia costituzionale,* ambos en Lanchester, F.*: Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 221 a 242 y 243 a 268. Entre nosotros puede consultarse Gómez Orfanel, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, págs. 89 y sigs.

[149] Schmitt, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, trad. D.J. Conde, Madrid, Editorial Doncel, 1975. En una posición coincidente, en esto, con la de Schmitt se ha señalado que «con razón se ha afirmado (Schmitt) que quienes están en situación de proclamar el estado de excepción y de suspender las garantías constitucionales son quienes verdaderamente ostentan el poder soberano». De ahí se infiere la necesidad de prever y limitar, sin embargo, dicho poder tendencialmente absoluto. *Cfr*. Hayek, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, vol. 3, Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 214-215.

[150] Schmitt contempla a la democracia tanto como «forma política» (que corresponde al principio de identidad, el cual quiere decir identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política; el pueblo como portador del poder constituyente que se da a sí mismo una Constitución) y como «forma de Gobierno o de la Legislación», que significa que en el sistema de la distinción de poderes, uno o varios de éstos, por ejemplo, la Legislación o el Gobierno, se organizan según principios democráticos con una participación lo más amplia posible de los ciudadanos. Concluye definiendo la democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) como identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que manda y los que obedecen. El poder del Estado y Gobierno emanan del pueblo en la Democracia. Pero el sistema de democracia parlamentaria muestra, según él, sus contradicciones en cuanto que refleja la pretensión de ser un sistema político intermedio entre la monarquía y la democracia proletaria. *Cfr*. Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 221, 230-231 y 294 y sigs.

[151] Es discutible que pueda afirmarse una esencial continuidad entre en esto entre el pensamiento político de Schmitt y la dirección crítica abierta por Max Weber. Puede verse, Mommsen, W.: *Max Weber: Sociedad, política e historia (*1974), trad. E. Garzón Valdés, Barcelona, 1981; Galli, C.: *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996, págs. 477 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L.: «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología», Est. prel., a Weber, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. 49 y sigs.; y ampliamente, y 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.

misma doctrina de Bodin y, en sede más estrictamente teórica, sobre la correlación del concepto de soberanía (y de «decisión soberana») por un lado a la noción de «teología política», y por el otro, a la de «lo político» (cuyo criterio viene individualizado en la antítesis amigo-enemigo)[152]. Para Schmitt, soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción. Y en ese plano, observa que la soberanía es de todos los conceptos jurídico-políticos el que dominado se encuentra por intereses reales. Para Schmitt la excepción es un *concepto límite* (*Grenzbegriff*) que revela la decisión, no la norma en sí, como forma específica del Derecho. La excepción puede tener una previsión genérica (situaciones imprevisibles de emergencia o riesgo para la seguridad del Estado), pero no específica de ante mano en el sistema legal. Según Schmitt, en lo sustancial, el problema de la soberanía es ante todo un *problema de la forma jurídica y de la decisión*[153]. Esta concepción —ciertamente lúcida— culmina, sin embargo, en su modo de pensar, en la justificación de la dominación total del Estado como poder soberano, el cual se reserva para sí la verdad y la neutralidad valorativa característica de un instrumento técnico, que se fundamenta por el extraordinario poder del mecanismo de mando que detenta[154].

Para Schmitt[155] el ámbito propio de la política se asimila unilateralmente a la esfera de relación y contraposición amigo-enemigo, presuponiendo el conflicto y su función de defensa del amigo y de combate del considerado enemigo. Llegado al extremo estos conflictos políticos sólo pueden ser resueltos mediante el uso de la fuerza que es monopolizada por el poder político (y cuya expresión más abierta sería el paradigma de la guerra como choque violento a través de la fuerza armada entre unidades políticas soberanas). Leo Strauss criticó el enfoque decisionista de Schmitt, porque su concepción conduciría a situar el estado de naturaleza (situación anormal) en el lugar mismo de lo político[156]. En efecto, en Schmitt el *status naturalis* es el estado auténticamente político; pues igualmente según él lo político reside no en la lucha misma, sino en un comportamiento determinado por esta *posibilidad real*. Con todo, de ello se desprende que lo político es para él el estado de naturaleza que sustenta toda cultura, de manera que Schmitt honra el concepto hobbesiano de estado de naturaleza. Así la diferencia específica de lo político reside en «el» *status natural*», el *status* fundamental y extremo del hombre. Sin embargo, es de destacar que Schmitt determina el estado de naturaleza de un modo fundamentalmente distinto al que le otorga Hobbes. Como señala Leo Strauss para Hobbes, el estado de guerra entre individuos —para Schmitt es el estado de guerra entre grupos (particularmente, entre pueblos). Para Hobbes, en el estado de naturaleza todos son enemigos entre sí —para Schmitt todo comportamiento político está adjudicado al *amigo* o al enemigo. La diferencia reside en que la

[152] Véase Marramao, G.: *Dopo Il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Torino, G.Giappichelli Editore, 1995, cap. 2 («Soberanía: por una crítica del concepto»), págs. 305 y sigs.; Bolaffi, A.: *Il crepuscolo della Sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento,* Roma, Donzelli editore, 2002, espec., págs. 133 y sigs.

[153] Es significativo el ensayo de Schmitt, C.: «El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión», recogido como Anexo a la edición de su obra, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938)*,* trad. F. Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de los político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004, págs. 79 a 94.

[154] *Cfr*. Schmitt, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938)*,* trad. F. Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de los político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004, espec., págs. 59 y sigs. Sobre la concepción de la soberanía en Carl Schmitt, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt»,* estudio preliminar a Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum,* Granada, Ed. Comares, 2002, págs. XI a CXXVIII; Kennedy, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución (*2004)*,* Prefacio de E. García, trad. P. Lomba Falcón, Madrid, Ed. Tecnos, 2012, págs. 101 y sigs.

[155] Como también para Freund, J.: *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968, que sigue, y profundiza, en esa dirección de pensamiento.

[156] Strauss, L.: «Apuntaciones sobre El concepto de lo político de Carl Schmitt», en *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política,* Valencia, Eds. A. El Magnànim, 1996, pág. 38.; también en la versión francesa, Strauss, L.: «Comentaire *de La Notion de politique* de C. Schmitt» en Meier, H.: *Carl Schmitt-Leo Strauss. Un dialogue entre absents,* París, Julliard, 1990.

determinación hobbesiana del estado de naturaleza se constituye *polémicamente:* el hecho de que el estado de naturaleza sea el estado de guerra de todos contra todos, debe motivar el abandono del estado de naturaleza. A esta negación del estado de naturaleza o de lo político contrapone Schmitt la posición de lo político[157]. Frente a la negación liberal de lo político Schmitt reafirma la realidad de lo político, más allá de que se considere deseable o no; la política es el sino del hombre. Con su teoría decisionista (conforme a la cual el corazón de la idea política reside en la omnímoda decisión) Schmitt trataba conscientemente de articular una ofensiva contra el Estado liberal en situación crítica[158].

En el caso excepcional —dice— el Estado suspende el Derecho en virtud de un *derecho de autoconservación* del orden existente, a través del reconocimiento de poderes decisorios ilimitados a una instancia soberana[159], lo cual no parece compatible con las exigencias de un moderno Estado de Derecho, sino de los Estados autoritarios[160]. La noción de *legitimidad* en la que acaso se pueda basar Schmitt es el concepto de *legitimidad funcional*, que remite a la cualidad de la instancia política de ser capaz de garantizar la paz. El Estado asume, pues, la función básica de asegurar la paz, como institución que existe para satisfacer necesidades sociales en un cierto estadio de desarrollo humano[161]. No le interesa la *legitimidad* a través del consentimiento, ni tampoco la legitimidad moral. Él opera más bien con la distinción problemática entre legitimidad dinástica y democrática de una Constitución, existiendo ésta cuando el poder y la autoridad del poder constituyente (el pueblo o un monarca), en cuya decisión se basa, es *reconocida*[162].

El decisionismo encuentra una plasmación típica en la obra de Schmitt, *Politische Theologie* (*Teología Política*), donde se justifica la necesidad de una instancia política que tome decisiones extraordinarias ante situaciones de excepción por ella misma definidas, y se argumenta que el objeto político del poder soberano es básicamente la conservación del orden estatal imponiendo con competencias ilimitadas las medidas de excepción necesarias. Todo orden —dice en frase memorable— se basa en una decisión[163]. Esa competencia ilimitada incluso para modificar una Constitución no puede ostentarla un parlamento, ya que éste, en tanto poder constituido legitimado a través de la Constitución, no tiene la *legitimidad* para revocar la decisión del poder constituyente del pueblo en favor de esa Constitución (el poder constituyente del pueblo está por encima de la Constitución). Nótese que para Schmitt el fundamento de validez de la Constitución reside en la voluntad del poder constituyente. Lo importante aquí no es tanto la racionalidad de la elección como la capacidad de imposición de un actor político, por contraposición al relativismo político liberal. De ahí a la formulación de que Derecho es lo que aprovecha al pueblo hay un sólo paso que Schmitt

[157] Strauss, L.: «Apuntaciones sobre *El concepto de lo político* de Carl Schmitt», cit.,págs.38-39. Prolonga su reflexión indicando que «Si es verdad que la definitiva conciencia de sí propio del liberalismo es la filosofía de la cultura, podemos decir a modo de resumen que el liberalismo, a salvo y sereno en un mundo de cultura, olvida el fundamento de la cultura, el estado de naturaleza, es decir, la peligrosidad y contingencia de la naturaleza humana. Yendo en contra del liberalismo, Schmitt retoma a su fundador, a Hobbes, para alcanzar la raíz del liberalismo en la expresa negación hobbesiana del estado de naturaleza. Mientras Hobbes cumple la fundación del liberalismo en un mundo liberal, Schmitt emprende la crítica del liberalismo en un mundo liberal» (*Ibid.,* pág. 41).

[158] Véase Conde, F.J.: *Introducción al Derecho político actual,* estudio preliminar, «Un anticipador de la Constitución política española. Las posiciones jurídico-políticas de Javier Conde» (IX-LII), por J. Molina, Granada, Ed. Comares, 2006, págs. 96 y sigs.; y ampliamente Estévez Araujo, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal,* Barcelona, Ariel, 1989.

[159] Schmitt, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, cit.

[160] Véase Kriele, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980. Para la concepción schmittiana del Estado de Derecho, véase Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 141 y sigs.

[161] La vinculación de ese institucionalismo schmittiano con el pensamiento de Arnold Gehlen es notoria. Véase la obra de Gehlen, A.: *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, 2.ª ed., Salamanca, Eds. Sígueme, 1987, espec., «Introducción».

[162] Véase Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, *cit*. Véase, al respecto, Kaufmann, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J. M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 155 y sigs.

[163] Schmitt, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, cit.

efectivamente dio en el plano discursivo y político: teorizando sobre el Derecho del Estado total del Führer, como expresión de un decisionismo orientado hacia la autoconservación del orden estatal frente a los enemigos internos y externos[164]. Una posición de la cual marca implícitamente las distancias oportunas en un ensayo posterior[165]. Es la consideración del Estado como una máquina de guerra.

La soberanía opera sobre un orden concreto, acotado desde el punto de vista físico, social, político y jurídico[166]. Para Schmitt el hombre es un ser situado en un espacio físico, la tierra. Sobre ese ámbito espacial se produce el asentamiento de los pueblos, se establecen los distintos modos de convivencia y las relaciones de poder[167]. Para él la Historia Universal no es sino la historia de la lucha permanente entre sí de las potencias marítimas y de las terrestres, aunque esa lucha se produce contemporáneamente también en el dominio de los nuevos espacios (el espacio aéreo o cósmico), más allá de que puedan ser «habitados» efectivamente por el hombre[168]. En el fondo, con ello evidencia la presencia en su pensamiento del modelo político espacial de la Grecia antigua, que representa la organización de la ciudad bajo la forma de un esquema espacial. En gran medida las mismas divisiones del espacio y del tiempo se correspondían, en dicha concepción, con la idea de que el espacio y el tiempo se modelan tanto el uno como el otro sobre orden divino del cosmos. Es en las

[164] Véase Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución*, *cit*. Al respecto, puede consultarse las reflexiones críticas de Kaufmann, M.: ¿*Derecho sin reglas*?, trad. J. M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 166 y sigs. Este posicionamiento más proclive al nacionalsocialismo corresponde más propiamente a una época intermedia con algunos ensayos significativos, por lo que tienen de toma de posición al respecto: «Estado, movimiento, pueblo (1933)», «El Führer protege el Derecho (1934)» y «Posiciones y conceptos (1940). Véase la trad. it., Schmitt, C.: *Principii politici del nazionalsocialismo*, trad.it. D. Cántimori, Firenze, 1935; *Scritti politico giuridici: 1933-1942,* selección de A. Campi, Perugia, 1983. Véase también Schmitt, C.: «Hacia el Estado total», en *Revista de Occidente*, mayo, 1931.

[165] Schmitt, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP,* núm. 10. Nueva Época (1979), espec., págs. 16 a 20.

[166] Véase Herrero López, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en Negro Pavón, D. (Coord*.).: Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, págs. 263 y sigs.; Id.: *El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Pamplona, Eunsa, 1997.

[167] Véase Schmitt, C.: *Tierra y mar*, Madrid, IEP, 1952, pág. 7; Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002. Véase Schmitt, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938)*,* trad. F. Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de lo político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004, espec., págs. 59 y sigs. Sobre la concepción de la soberanía en Carl Schmitt, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt»,* estudio preliminar a Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XI a CXXVIII; 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, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631; Kennedy, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución (*2004)*,* Prefacio de E. García, trad. P. Lomba Falcón, Madrid, Ed. Tecnos, 2012, págs. 101 y sigs.

[168] *Cfr*. Schmitt, C.: *Tierra y mar*, Madrid, IEP, 1952, pág. 16; Schmitt, C.: «Der Aufbruch ins Weltall», *Chist und Welt,* 23 junio 1955, Nr. 25 VIII. Jhg., pág. 10. Entiende, sin embargo, que la tierra es el dominio propio del hombre y la esfera determinante del poder: «Todos hablan de que la moderna técnica ha hecho nuestra Tierra irrisoriamente pequeña. Los nuevos espacios, de los que procede la nueva llamada, deben por eso buscarse en nuestra tierra y no fuera, en el cosmos. *Aquel que logre apresar la técnica desencadenada para dominarla e insertarla en un orden concreto, habrá dado una repuesta a la actual llamada antes que aquel que intente, con los recursos de una técnica desencadenada, aterrizar en la Luna o en Marte*». *Cfr*. Schmitt, C.: «La tensión planetaria entre oriente y occidente y la oposición entre tierra y mar», en *REP*, núm. 82 (1955), pág. 28. Véase también su ensayo «El orden del mundo después de la segunda guerra mundial», en *REP*, núm. 122 (1962), págs. 19 y sigs., donde hace referencia a la «toma del espacio cósmico». *Cfr*. 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, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631.

Leyes de Platón donde el modelo de un espacio político geometrizado, que caracteriza a la civilización griega, se localiza en sus rasgos específicos más firmemente dibujados[169].

El espacio es también determinante de un modo de ser del hombre, donde éste instaura su orden: es, pues, un espacio espiritual y civilizatorio[170]. En este espacio «localizado» física y espiritualmente encuentra su pleno sentido la noción de orden concreto, el cual tiene como elemento caracterizador fundamental el ser un orden del espacio concreto, un *nomos* de la tierra. El *nomos* es un acto espacial concreto que constituye y representa una disposición y un orden[171]. El *nomos* de la tierra, como espacio de actividad, tiene una fuerza explicativa sobre todos los ámbitos de la vida social, interna e internacional, porque a través de esa fijación espacial un pueblo adquiere una posición determinada y diferenciada respecto de los demás («los otros») y le permite ser soporte de un orden de convivencia y desarrollo del hombre.

Existe una estrecha relación entre espacio y poder, porque éste último opera bajo los límites de aquél y sobre esa localización originaria se enmarcan las relaciones entre los respectivos poderes soberanos[172]. El espacio físico es una condición del poder y un elemento delimitador del ámbito en que el mismo se ejerce. La frontera delimita la posición del «extranjero» y, en su caso, un enemigo y un modo de realizar la guerra[173]. Esa delimitación espacial del enemigo está en la base de su configuración como espacio político y las mutaciones que se operan en cada momento histórico sobre el espacio suponen una transformación de los modos de manifestación del poder[174]. Schmitt centrará su concepto de política en base a esa teoría amigo-enemigo[175], que no obstante su indudable fuerza, ha podido expresarse críticamente que muestra una manifiesta *debilidad sistemática y su incoherencia lógica*[176]. Es dudoso, sin embargo, que sea acertado el desconocimiento de la utilidad histórico-analítica de ese esquema de pensamiento schmittiano[177]. Para él la distinción amigo y enemigo es la *distinción política*

[169] Vernant, J.P.: *Mito y pensamiento en la Grecia Antigua (*1965), Barcelona, Ariel, 1983, cap. III («Organización del Espacio»), págs. 135 y sigs. Una perspectiva más general, en Musti, D.: *Demokratía. Orígenes de una idea*, Madrid, Alianza, 2000; *Ibid., Exportar la libertad: el mito que ha fracasado,* Madrid, Ed. Akal, 2008; Confora, L.: *La democracia, historia de una ideología,* Barcelona, Ed. Crítica, 2004.

[170] Schmitt, C.: *Glossarium. Aufzeichnunger der Jahre 1947-1951*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, pág. 317. Traducción, Schmitt,C.: *Glossarium. Anotaciones desde 1948 hasta 1958* (2015), trad. G. González Viñas, Sevilla, Ed. El Paseo, 2021.

[171] En este sentido Herrero López, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en Negro Pavón, D. (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, pág. 272. No se debe olvidar el peso cada vez mayor del pensamiento institucionalista de Hauriou en Schmitt. Sobre ello llamó la atención Mortati, C.: *Brevi note sul rapporto fra Costituzione e Politica nel pensiero di Carl Schmitt,* en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, págs. 512 y sigs.

[172] Véase Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum, cit*. En realidad esta visión comprensiva de lo político enlaza también con misma actitud personal: «Schmitt vivió para la política; ninguna otra cosa podía penetrar en él. Cualquiera que fuera el alimento intelectual que ingiriera, al final emergía como política». *Cfr*. Frye, Ch. E.: «Carl Schmitt's Concept of the Political», en *The Journal of Politics* (1966), págs. 818 a 830, en particular pág. 822.

[173] Schmitt hace entroncar su pensamiento con Hobbes, indicando que éste «hace lo político ya no es neutralidad, sino la clara delimitación de la línea de amistad». *Cfr*. Schmitt, C.: *Ex Captivitate Salus*, cit., pág. 71.

[174] En este sentido Herrero López, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en Negro Pavón, D. (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, pág. 276.

[175] Véase, al respecto, Bendersky, J.W.: *Carl Schmitt teorico del Reich*, trad.it., e Introducción de M.Ghelardi, Bolonia, Il Mulino, 1989, cap. V («La tesis del amigo-enemigo y la constitución inviolable»).

[176] Véanse las reflexiones de Kaufmann, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J.M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 26 y sigs.

[177] Una posición manifiestamente contraria a la de Kaufman es la mantenida por Freund, J.: *La esencia de lo político,* Madrid, Editora Nacional, 1968. Véase el propio Schmitt, C.: *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, trad. A. Schmitt de Otero, Madrid, IEP, 1966.

específica a la cual pueden remitirse las acciones y motivos políticos[178]. Este criterio identificador de lo político y la teoría decionista en combinación con la teoría del orden concreto se mantiene y utiliza analíticamente por Schmitt también en los últimos años, en una obra más significativa de lo que se piensa del último Schmitt, y que lleva por subtítulo significativamente «Acotamiento al concepto de lo político»[179]. No puede equipararse lo estatal y lo político. Es más: el concepto de Estado *presupone* el concepto de lo político, sin identificarse con él, porque él no es más que el *status* político de un pueblo organizado en una unidad territorial, sin ostentar en la modernidad el monopolio de lo político. Habla de enemigo público en el sentido de *hostis,* no de adversario privado conforme al uso cotidiano del lenguaje[180].

Con la formación del *ius publicum europaeum* se distingue entre el enemigo y el criminal, de manera que la noción *jurídica* de enemigo deja de ser objeto de aniquilación, haciéndose posible asimismo pactar un tratado de paz con el vencido: es así que el Derecho europeo de gentes permitió el acotamiento de la guerra con ayuda de la noción de Estado soberano. Se conseguía así un sistema de Estados europeos cuya ordenación quedó legitimada como un imperio de razón relativa: la igualdad de los Estados soberanos los convierte en «partenaires» de guerra con derechos idénticos y evita los métodos de la guerra de aniquilación[181]. El enemigo es el otro, el extraño, y es suficiente para su esencia el que en un sentido especialmente intenso sea existencialmente algo diferente y extraño, de modo que, en un caso extremo, sean posibles conflictos con él, que no pueden ser decididos por cauces normales (normación previa o decisión de un tercero imparcial). Esa distinción fundamental permite determinar una concreta unidad política respecto de otras unidades políticas diversas. La capacidad para determinar al enemigo «interno» o «externo» en cada caso corresponde a la unidad política soberana. Subyace a la teoría amigo-enemigo el entendimiento de del Estado como la expresión suprema de la unidad política, la delimitación de la guerra entre los Estados como un elemento de civilización en las relaciones humanas y la concepción del Estado como una instancia suprema de la sociedad capaz de garantizar el orden y la paz en la guerra civil y en las relaciones con otras unidades políticas soberanas. Ese elemento político traducido en la dialéctica amigo-enemigo es inevitable, en contra de la posición del liberalismo (que según él se caracteriza incluso como negación de lo político) que trata de introducir una moralidad universalista con la pretendida finalidad de evitar la posibilidad de una guerra, cuyo surgimiento, sin embargo, depende de factores reales no dependientes de principios morales. Lo político y sus manifestaciones dinámicas no tiene ningún sentido normativo, sino sólo *existencial* (de un pueblo políticamente existente donde el Estado es su *status* político) en la realidad de una situación concreta de la lucha real contra un enemigo real más allá de razones éticas o ideales[182]. La percepción del enemigo es una cualidad constitutivo del poder

[178] Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit.

[179] Schmitt, C.: *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político* (1963), cit.

[180] Se ha señalado que la situación polémica es la de violencia abierta y directa o la del combate regulado. Representa una situación conflictiva o que corre el riesgo de llegar a serlo, poco importa la forma o el grado de la violencia, pues puede tratarse tanto de una querella con golpes y heridas, como de un enfrentamiento en un espacio más vasto en el caso de la guerra (guerra exterior y guerra civil), de un motín, de una sedición, de un golpe de estado o de una revolución. *La característica esencial es que los protagonistas se enfrentan como «enemigos*», lo que quiere decir que se dan, con o sin razón, legítima o ilegítimamente, el derecho de suprimir físicamente, llegado el caso o en último extremo, a los miembros del campo opuesto a fin de romper inmediatamente o a plazo fijo (en el caso de la lucha de clases) la resistencia de los que se oponen o de supuestos oponentes. *Cfr*. Freund, J.: *Sociología del conflicto,* Madrid, Ed. Ministerio de Defensa, 1995, pág. 71.

[181] Schmitt, C.: *El nomos de la tierra*, de la presente edición, págs. 126 y sigs.

[182] Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), *cit*. La acotación a lo político está presente en toda obra fundamental de Schmitt. Así en su *catolicismo y forma política* señala que el Catolicismo es político en sentido eminente, a diferencia de esta objetividad absolutamente económica. Ahora bien, aquí «político» no significa precisamente el manejo y dominio de determinados factores de poder sociales e internacionales, como pretende el concepto maquiavélico de lo político, que hace del mismo una mera técnica, en la medida en que aísla un único momento (el externo) de la vida política. La mecánica política tiene sus propias leyes, que se hacen extensivas al catolicismo,

soberano, la cual se debilita en las sociedades industriales contemporáneas, con Estados de pluralidad de clases[183], donde se resquebraja la unidad de la soberanía por la atribución de poderes políticos a asociaciones privadas, deviniendo el Estado en una instancia política más, como evidenciaron las teorías pluralistas de Laski y Cole[184].

El binomio amigo-enemigo es un presupuesto constitutivo de lo político. La relevancia para la filosofía política de esa relación ha sido calificada justamente de genial, como elemento de comprensión no sólo de la guerra, sino como una de las bases de cualquier política[185]. Y es que ciertamente la pareja amigo-enemigo es criterio de la política, pudiendo presentarse con independencia de otros criterios (morales, económicos, estéticos, etc.). El enemigo es sencillamente «el otro» con cual se tienen relaciones de conflicto de difícil o imposible resolución por los cauces normales de institucionalización. De ahí que el Estado trata de impedir en su interior este tipo de conflictos abiertos. Dentro del pluriverso político, la unidad política presupone la existencia efectiva o posible de un enemigo. Para él sólo hay auténtica política donde existe un enemigo real o virtual, dividiéndose las colectividades en amigas y enemigas. El Estado ha constituido la unidad política histórica que ha conseguido —o al menos lo ha hecho en larga duración— suprimir al enemigo en el interior de su espacio, desplazándolo hacia el exterior, y como presupuesto de la política exterior. Lo que no significa que el enemigo interior renazca en una guerra civil, ni tampoco que el Estado sea la única unidad política capaz de conseguir una paz duradera. Ya en sí, al ser el Estado una soberanía absoluta dentro del largo proceso de racionalización del poder, se infiere que éste no admita una dependencia respecto de otra unidad política. En esta dirección interesa tener muy presente que el Estado no puede identificarse con lo político, es una instancia creada artificialmente. Pero, en todo caso, cualquiera que sea la unidad política, todas tienden por hecho de serlo inevitablemente a eliminar el enemigo interior para hacer reinar la concordia civil, porque de no ser así su existencia quedaría gravemente comprometida. De manera que el binomio amigo-enemigo acaba por condicionar la conservación de la unidad política[186]. Una unidad política soberana si quiere permanecer en el tiempo debe garantizar la concordia interior, la amistad[187] interna, y la independencia de decisión respecto de las demás unidades del pluriverso político. La política presupone en sí un enemigo: la pluralidad de los Estados proviene del concepto de lo político. La noción de unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y, por este hecho, la coexistencia de otra unidad política. Esta es la razón por la cual habrá varios Estados mientras haya un Estado en la Tierra[188]. El enemigo político es el otro que se combate

como a cualquier otra magnitud histórica implicada en la política». Cfr.Schmitt, C.: *Catolicismo y forma política* (1923-1925), trad. y Est. prel. de C. Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 20.

183 Por utilizar la fórmula expresiva de Giannini, M.S.: *El poder público*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, cap. III. La perspectiva pluralista es especialmente singular en Gurvitch, véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: Est. prel. a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

184 Laski, H.J.: *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 446-469; Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

185 Freund, J.: *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968, pág. 555. Reeditado: Traducción S. Nöel, edición y estudio preliminar J. Molina Cano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

186 Freund, J.: *La esencia de lo político*, cit., págs. 562-563. Para Freund el Estado es una de las confirmaciones históricas posibles o una de las fisonomías históricas por la cual una colectividad afirma su unidad política y cumple su destino, es decir, se hace voluntad coherente y común (*Ibid.,* pág.701).

187 Para la relevancia política de la «amistad», véase el detenido análisis de Freund, J.: *La esencia de lo político*, cit., págs. 565 y sigs. Véase la obra clásica de Aron, R.: *Paix et guerre entre les nations* 1.ª ed., París, 1962 (trad. *Paz y guerra entre las naciones,* 2 vols., Madrid, Alianza editorial, 1985).

188 Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), *cit*. En esa dirección discursiva se ha señalado que «la enemistad está relacionada con la simple coexistencia de los Estados o grupos políticos; quiere decirse que éstos son

en cuanto perteneciente a una unidad política. El enemigo político está integrado por el conjunto de miembros de una colectividad, que los miembros de otra combaten en nombre de los intereses de su colectividad, con posibilidad de usar, en ciertas condiciones, la violencia física[189]. El enemigo es una colectividad que discute la existencia de otra colectividad. La dialéctica entre el amigo y el enemigo, la guerra es la expresión extrema de la enemistad (*El concepto de lo político*). La guerra es, en efecto, una situación límite elevada a categoría política esencial en el esquema de pensamiento de nuestro autor[190].

En el plano estrictamente jurídico, Schmitt se coloca frente al positivismo formalista (especialmente contra el normativismo de Kelsen), al considerar como elemento pre-jurídico que en la vida real existe un orden que es formalizado por el Derecho. El Derecho se encuentra determinado y prefigurado por el *nomos*, su misma fuente generadora es ese orden real concreto previo que ha sido formado en la vida de los pueblos en un espacio y tiempo determinado. Es así que el Derecho presupone un orden, esto es, un *nomos*. Para Schmit existe, en efecto, una «unidad evidente de espacio y Derecho, de ordenación y asentamiento»[191]. En este sentido el Estado aparece como *entidad portadora de una ordenación espacial*[192] y esa cualidad presenta tanto una proyección interna como externa, ya que el propio carácter interestatal del Derecho de Gentes europeo, en su configuración clásica, sólo es comprensible a partir de una amplia ordenación del espacio en que se basan los propios Estados[193]. Según Schmitt, «el Estado es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales»[194]. El Derecho exterioriza mediante reglas jurídicas un orden interno de un pueblo situado en un espacio en un momento histórico determinado. De manera que ese orden social se forma de modo esencialmente institucional, y no es generado artificialmente sino atendiendo al mismo orden material que se expresa en la forma jurídica[195]. El Estado es en el modo de pensar de Schmitt la unidad política del pueblo[196]. Más precisamente es un determinado *status* de un

espontáneamente rivales, aunque sean democráticos». *Cfr*. Freund, J.: *La esencia de lo político,* cit., pág. 615.

189 Freund, J.: *La esencia de lo político*, cit., pág. 618. Como hace notar, en coincidencia con Carl Schmitt, la enemistad política, y correlativamente la guerra, son, por tanto, específicamente distintos a la vez de la enemistad privada y consecuentemente de la querella, disputa o venganza de particulares y de la violencia que ejercen los ladrones y los «gangsters» (Ib., págs. 618 y sigs.).

190 Véase Gómez Orfanel, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, págs. 71 y sigs.

191 *Cfr*. Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., pág. 16, y más ampliamente a propósito de su conceptualización de la palabra «nomos», págs. 48 y sigs.

192 Véase, por ejemplo, Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., págs. 157 y sigs.

193 Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., pág. 258.

194 Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 49.

195 Son significativas las referencias de apoyo en el institucionalismo de Maurice Hauriou. Véase, por ejemplo, Schmitt, C.: *El Nomos de la Tierra, cit*., pág. 259. Le atribuye expresamente la condición de «maestro de nuestra ciencia». *Cfr*. Schmitt, C.: «Sobre las posibilidades y elementos no estatales del Derecho internacional», en *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 142. La vinculación de su teoría del orden concreto con el pensamiento institucionalista es desarrollada sistemáticamente en *Los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. y estudio preliminar, de M. Herrero, Madrid, Ed. Tecnos, 1996. Schmitt sustituyó la expresión «institución» por «orden» a fin de evitar la impresión de «fijación y anquilosamiento». En este sentido Kaufmann, M.: *¿Derecho sin reglas?,* trad. J.M. Seña, rev. E. Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1993, pág. 188, nota 91.

196 Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y presentación de F. Ayala y Epílogo de M. García-Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 46. Precisamente, para él la Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*. De modo que la unidad de la Constitución no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se *fija* (pero no se crea propiamente) mediante el acto constituyente (Ibid., pág.46). De ahí que, observa, el acto constituyente, del cual surge la Constitución, no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política. cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta *forma* se puede cambiar, sin que el Estado (unidad política del pueblo) cese (*Ibid.,* págs. 45-46).

pueblo, el *status* de la unidad política. El Estado es una situación la situación de un pueblo[197]. Pero, para él, el Estado, pieza brillante de forma europea y del racionalismo occidental, es una instancia que se sitúa por encima de la sociedad. El Estado es una instancia de intermediación y arbitraje que ostenta un poder absoluto sobre la sociedad civil y reflejo de un poder soberano en el ámbito de las relaciones con otros Estados, lo que le permite ser «parte» de las guerras civiles e interestatales, para así llevar a cabo su función característica de garantizar una paz duradera[198].

Existe una cierta proximidad en esa dimensión espacial del poder como caracterizador de la soberanía con el pensamiento de *Hermann Heller*. Sucede, no obstante, que Heller se sitúa más bien en una posición intermedia entre el positivismo jurídico de Kelsen y el decisionismo Schmittiano[199]. En efecto, según Heller la soberanía es la propiedad específicamente política de una unidad de acción y de decisión universal sobre un territorio, por fuerza de la cual para garantizar el Derecho ella se afirma de modo absoluto, eventualmente también contra el Derecho vigente[200]. Sin embargo, aun todavía marcada por la connotación decisionista, su noción se desvincula de la elaboración de Schmitt para el cual la situación de excepción adquiere, como se vio, un significado equiparable al milagro en la teología. Indica que «al decisionismo de Carl Schmitt se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de voluntad. Pero Schmitt, que en términos generales ve en el Estado una dictadura de la voluntad, no ha podido, como tampoco lo logró Kelsen en su defensa del Estado de Derecho liberal racionalista, descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía: la teoría pura de la soberanía del derecho del jefe de la Escuela vienesa no puede captar el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo; en tanto la doctrina de la soberanía del órgano desconoce el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de voluntad soberana»[201].

Heller reconduce la soberanía de la situación excepcional en que la sitúa Schmitt a la normalidad de la vida institucional del Estado de Derecho democrático. Se trata de resolver los problemas y conflictos sociales en una situación normalizada, formalizada e institucionalizada jurídicamente. En

[197] Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución* (1928), cit., pág. 205.

[198] Schmitt, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit.

[199] El mismo reconoce que la crítica de Schmitt a la doctrina de la soberanía «es, sin género alguno de duda, concluyente y, en muchos aspectos, nos ha servido de modelo». Pero, apunta de inmediato, que «su concepción de la soberanía, aun cuando hiciéramos a un lado su insuficiencia en el campo del derecho internacional, es contradictoria e insostenible». *Cfr*. Heller, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional,* 2.ª ed., trad. y Est. prel., de M. de la Cueva, México D.F., FCE,1995, págs.154-155. Heller articula su crítica en tres aspectos: En primer lugar, para él la posición de Schmit resulta contradictoria, pues no puede sostenerse, al mismo tiempo, que la dictadura del presidente sea del tipo comisorio y que dicho funcionario sea, precisamente, la instancia a la que compete dictar actos soberanos. En segundo lugar, tampoco puede pensar Schmitt, cuando habla de «las medidas en casos extremos», en el estado de necesidad o en el llamado derecho del estado de necesidad, pues éste, según la definición excelente propuesta por el autor de la *Teoría de la Constitución*, consiste en que, a fin de salvar al Estado, cualquier órgano que tenga poder para actuar, debe obrar, en casos extremos e imprevistos, más allá o en contra de las disposiciones constitucionales, ejecutando todo aquello que demanden las circunstancias; la explicación no resuelve el problema, pues lo que Schmitt trata de contestar es la pregunta relativa al titular de la soberanía, esto es, al sujeto a quien corresponde resolver en los casos de conflicto. Por último, la definición de soberanía de Schmitt es, además, insostenible desde el punto de vista de su teología política: Schmitt entiende que, para la jurisprudencia, el estado de emergencia tiene el mismo significado que el milagro para la teología. Quién acepte seriamente esta analogía y la definición de soberanía de Schmitt, ¿no debería identificar la creencia en dios con la creencia en un hechicero o en un curandero? Pero dios no dispone sólo de milagros, ni siquiera los realiza de manera preponderante, sino que, compárense las ideas de Schleiermacher, actúa más bien sobre la totalidad del orden de la naturaleza, el cual, por lo demás, es tan milagroso como lo sería su rompimiento (Ibid., págs. 156-157).

[200] *Cfr*. Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 291 («La soberanía es la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho»).

[201] Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 158.

esa línea de pensamiento entiende que la soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Ello supone que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema del orden de poder de que se trate. De ahí que, en confrontación con Kelsen, no considera que la unidad del Estado no sea una simple ficción, porque todo concepto jurídico verdadero es la imagen reconfigurada de un proceso social real[202]. La soberanía es para él la cualidad esencial del Estado, siendo éste una *unidad decisoria* para un territorio determinado y, por consiguiente, es soberano; de ahí deriva su peculiaridad[203]. Se podría hablar así de «soberanía legal», haciendo referencia a la idea de supremacía y en función de la autoridad legal, de tal modo que afirmar que el Estado es soberano supone decir que sus normas tienen una autoridad final, una autoridad suprema; no puede recurrirse contra ellas contra otro conjunto de normas con mayor capacidad decisoria. Por el contrario, las normas creadas por otras asociaciones o comunidades, se encuentran subordinadas a la autoridad de las leyes estatales. Se ha considerado que el concepto legal es imperfecto para fines políticos. Junto a esa idea formal de soberanía se ha de atender también, en otra perspectiva diferente, a la «soberanía política» que se define en términos de relaciones de poder en vez de simple autoridad legal, esto es, como autoridad soberana[204].

Reivindica el papel del Derecho del Estado constitucional para componer pacíficamente los conflictos sin tener que acudir a un «Dios» soberano en vía de excepción que se substraiga al sistema de formación y de controles que caracteriza a la democracia parlamentaria. Esa reivindicación de la normalidad de las decisiones en el sistema democrático contrasta no sólo con la proclividad hacia la dictadura de Schmitt, sino también con la base de su concepción de la política construida con base a la dialéctica amigo-enemigo[205]. En esta dirección se puede hablar de un decisionismo *moderado* en Heller (una soberanía «moderada»), no absoluta[206], pues la soberanía es para Heller quien decide sobre la situación de excepción, incluso eventualmente contra la ley escrita, pero ateniéndose a principios de Derecho (puede decir «natural») que inspirar a todo sistema jurídico democrático dentro de un Estado como formación histórica real asentado en una comunidad social a partir del ámbito de actividad histórico-social[207]. El Derecho internacional positivo tiene como presupuesto inquebrantable la soberanía de Estados independientes[208]. En ese orden internacional, soberano es, dentro de su territorio, la unidad universal de decisión y acción. Quien no tiene poder necesario para garantizar el derecho no es soberano[209].

Para Heller el concepto de sujeto de Derecho internacional presupone el de soberanía: son sólo las unidades territoriales decisorias (unidades decisorias soberanas) las que alcanzan la categoría de sujetos de Derecho internacional. Dada la conformación del mundo en unidades decisorias soberanas,

[202] *Cfr*. Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 197.

[203] Heller, H.: *La soberanía*, cit., págs. 214 y sigs.

[204] Esa diferencia de perspectiva puede hallarse en Raphael, D.D.: *Problemas de filosofía política,* Madrid, Alianza, 1983, págs. 65 y sigs.

[205] Véase Heller, H.: *La soberanía*, cit.; I Heller, H.: *Teoría del Estado* (1934), prólogo de G.Niemeyer, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares,, 2004; y su ensayo *Bemerkungen zur staats und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, págs. 338 y sigs., con una crítica explícita a la concepción reductora schmittiana sobre la reconducción estricta del ámbito de lo político a la tensión amigo-enemigo. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho: El pensamiento político de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

[206] Véase Frosini, T.E.: *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milán, Giuffré, 1997, págs. 37 y sigs.

[207] Véase Heller, H.: *Teoría del Estado*, cit.

[208] Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 228.

[209] Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 237. Y añade que «el derecho positivo no puede ser soberano, porque, en primer término, necesita de uno o varios legisladores para su propia existencia o positividad y porque, en segundo término, necesita también de un sostén para su garantía total. Para caracterizar este elemento, que es, frente al derecho positivo, la *soluta potestas*, no existe más concepto que el de soberanía» (*Ibid.,* pág. 237).

se puede decir que la soberanía es un elemento constitutivo del concepto de Derecho internacional[210]. Por otra parte, el Derecho internacional se dirige directa y únicamente a los Estados, de manera que es indispensable el advenimiento de un acto especial de la voluntad del Estado encaminado a otorgar validez interna a la norma internacional. Por tanto, la soberanía no puede concebirse como una esfera de libre acción concedida por el Derecho internacional. Para Heller —en contra de la doctrina kelseniana— en realidad las normas de los Estados particulares y las del Derecho internacional *no* integran un sistema jurídico-político unitario; los Estados individuales se construyen en orden jurídico estable como miembros externos y autónomos del orden jurídico internacional[211]. Mientras exista el Derecho internacional y en la medida en que no se encuentre sustituido por una suerte de Estado mundial que actúe como una unidad decisoria universal, han de existir Estados soberanos, por lo que es posible que un acto estatal contrario al Derecho del Estado o del internacional, cree finalmente un Derecho nuevo. En su opinión la creación de organizaciones políticas internacionales como la Sociedad de las Naciones no comprometió la soberanía de los Estados, la cual quedó esencialmente salvaguardada[212]. Según Heller, no es la Sociedad de las Naciones, sino el Estado, la unidad decisoria universal. Por otra parte, no es el Derecho internacional quien delega la soberanía, sino que el Estado, a través de actos de su voluntad propia, delega ciertas competencias en la Sociedad de las Naciones[213]. La interdependencia social y económica de los Estados no suprime su independencia jurídica[214].

La aspiración por el poder es el elemento diferenciador de la política internacional, al igual que de la política en general[215]. No es irrelevante realzar aquí que el modelo de soberanía estatal externa entra en crisis con el proceso de institucionalización de la comunidad internacional. Tras la guerra mundial el Derecho internacional y los distintos Derechos estatales tienden a concebirse como un ordenamiento jurídico unitario[216]. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948 (junto con otros grandes documentos internacionales, como los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales de 1966, y del Derecho internacional regional como la Convención Europea de los derechos del hombre de 1950 y la Carta Social Europea de 1961) suponen la formación de un nuevo Derecho internacional supraestatal y el final del antiguo paradigma —el modelo de westfalia— implantado después de la guerra europea de los treinta años. En este sentido se ha expresado que esa construcción de un ordenamiento jurídico verdaderamente internacional conduce directamente a la crisis de la soberanía estatal externa (en un momento donde ya estaba siendo también puesta en cuestión la soberanía interna con la creación de los Estados constitucionales). Basta reparar en el hecho de que en el nuevo orden jurídico internacional

[210] Heller, H.*: La soberanía*, cit., pág. 267.

[211] Véase Heller, H.: *La soberanía*, cit., págs. 279-280.

[212] Heller, H.: *La soberanía*, cit., págs. 281-282.

[213] Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 286.

[214] Heller, H.: *La soberanía*, cit., pág. 289. Para él «en tanto la pretensión absoluta de los Estados a la propia conservación se encuentra únicamente asegurada por el Derecho internacional y en la medida en que no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de decisión y acción que sustituya al Derecho internacional e impida que la historia universal se erija en jurado asimismo universal, cuya función consista en otorgar su aprobación al Estado delincuente internacional que logre imponer su voluntad, la soberanía de cada Estado particular debe ser, en el *caso de la soberanía,* ante todo el Derecho positivo y la Sociedad de las Naciones, *legibus soluta potestas»* (Ibid., pág. 304). Por otra parte, en el plano de la valoración ético-política entiende que un pensamiento socialista no puede desconocer que un movimiento que tiene como punto central de su programa el imperio de la voluntad popular, organizada en el Estado, libre delante de la economía, tiene que aspirar a un extraordinario aumento del dogma de la soberanía. Entiende que el Estado universal o el Estado europeo único es una utopía imposible de realizar. En esta perspectiva, esto es, desde el punto de vista de la organización social, considera que su época se caracterizaba por la urgencia de decidir en ese marco geopolítico (Ibid., págs. 310 y sigs.).

[215] Morgenthau, H.J.: *Politics among Nations* (1948), New York, Alfred A. Knopf, 1978, pág. 35.

[216] Esta es la concepción de Kelsen, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts,* Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; ID.: *La paz por medio del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946. Véase Monereo Pérez, J.L.: Est.preliminar a Kelsen, H.: *Teoría del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

son sujetos tanto los Estados como los individuos y pueblos[217]. Es la «realización» formal del ideal de una comunidad internacional sometida al Derecho (Vitoria[218]; Kelsen y su doctrina del globalismo jurídico[219]).

En un orden internacional vinculante para los Estados no existe —al igual que en el Estado de Derecho interno— ningún soberano; de ahí —se afirma— que Schmitt tuviera que recurrir a la figura extrema de una situación de excepción como expresiva de la soberanía. Desde la perspectiva del garantismo o constitucionalismo internacionalista (de autores como De Stefani y de Ferrajoli en la dirección que marcara básicamente antes el mismo Hans Kelsen), la crisis no sólo de la soberanía sino de su mismo objeto, porque lo que está en serio declive es el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función es necesario revisar en atención a las transformaciones contemporáneas que de hecho y de derecho se están produciendo en el sistema de relaciones internacionales. De ahí, se afirma, que el Estado nacional como sujeto soberano se encuentra actualmente en crisis tanto por arriba como por abajo, se podría decir igualmente tanto desde fuera como desde dentro[220]. No cabe duda que la dimensión internacional no puede ser ignorada ya como elemento esencial de garantía del sistema de valores de la democracia contemporánea. Sobre este esquema de pensamiento (el garantismo jurídico en su proyección universalista internacional) se ha podido defender la instauración de un *constitucionalismo mundial, de Derecho internacional,* en cuyo marco sea la humanidad el punto de referencia unificador en sustitución del viejo paradigma estatal, y el horizonte la consagración de la universalidad de los derechos fundamentales, incorporando una lógica propia de la racionalidad jurídico-material en las formas del Derecho internacional, de manera que la validez de las normas internacionales se sometan al mismo tiempo a las condiciones de validez formal y sustancial o material. En cualquier caso, si se desea garantizar efectivamente los derechos fundamentales es preciso dar una repuesta frente a la globalización del orden económico y cultural.

[217] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, cit., pág. 145. Con cierta ligereza, todo hay que decirlo, Ferrajoli, se deja llevar por el juridicismo, cuando afirma sin más que «al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aún, como una categoría anti-jurídica. Tanto en su dimensión interna como en la externa su crisis, podemos afirmar ya, se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas (*sic*), es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos —derecho y soberanía— lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí». Hay en su discurso cierta extrapolación de planos difícilmente asumibles. Es el caso de su posición de «reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional» (*Ibid*., págs. 147-148). Es equiparar algo que al menos por el momento no se puede equiparar ordenamiento jurídico internacional con Derecho constitucional nacional.

[218] De cuyo pensamiento se ocupó, por cierto, Schmitt, C.: «La justificación de la ocupación de un Nuevo Mundo: Francisco de Vitoria», *Revista de Derecho Internacional,* Madrid, 1949, vol. II, págs. 13 a 46.

[219] Globalismo jurídico kelseniano que ha sido criticado con agudeza por Zolo, D.*: I signori della pace. Una crítica del globalismo giuridico* Roma Casa Editrice Caroci, 2004 (trad. *Los señores de la guerra. Una crítica del globalismo jurídico,* Madrid, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005). espec., págs. 21 y sigs., y 133 y sigs. Véase Monereo Pérez, J.L.: , 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"), págs. 103-295, Capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad"), págs. 297 y sigs.; 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 1–74. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370.

[220] Esta es la posición de Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, cit., págs. 148 y sigs. Para Ferrajoli ante la crisis del Estado es necesario vislumbrar la superación de la forma misma del Estado nacional y la refundación del Derecho internacional no ya sobre la soberanía de los Estados sino sobre la autonomía de los pueblos (Ib., pág. 151). No deja de ser esto una bella aspiración cuya cristalización puede hoy más nunca ponerse en cuestión en la contemporaneidad. Se ha defendido una reforma de la ONU en el sentido de consagrar un *constitucionalismo jurídico de la comunidad humana mundial. Cfr*. Stefani, P. De: *Il Diritto internazionale dei diritti humani. Il diritto internazionale nella comunità mondiale,* Padova, Cedam, 1994, Parte 3ª, págs. 134 y sigs., también con referencia a Hans Kelsen, en un sentido coincidente con su pensamiento cosmopolita.

Es necesario globalizar los derechos fundamentales atendiendo al pluralismo cultural existente a nivel mundial, pero también a las pretensiones de hegemonía de las grandes potencias mundiales que utilizan instrumentalmente los derechos humanos y el "Derecho Internacional Humanitario" al servicio de sus propios fines geopolíticos.

Sin embargo, la *idea "evolutiva"* del reconocimiento y garantía de los derechos humanos, tiene que ser desplazada por la idea de *"lucha por el reconocimiento"* de tales derechos, pues ningún derecho humano ha sido verdaderamente reconocido –y menos aun efectivamente garantizado jurídica e institucionalmente-, sino a través de un proceso histórico de luchas de los movimientos sociales y políticos por el reconocimiento de tales derechos. Ha sido una lucha por una condición humana digna de la persona, que no ha sido alcanzada de una vez por todas, aunque ya las grandes Declaración y Cartas de Derechos Internacionales enuncian esos derechos y los fundamentan en la dignidad humana como eje de todos los derechos fundamentales. El que ahora se atribuyan a la persona no es un elemento ontológico, sino la expresión jurídica y política de un reconocimiento que se ha establecido tras largas luchas sociopolíticas[221]. Los nuevos derechos (derecho al desarrollo, al medio ambiente, derechos digitales, etcétera) no han sido una excepción a esa historicidad de luchas por el reconocimiento de los derechos. Es más, actualmente se ha acentuado la tensión entre los derechos humanos y la racionalidad económica de los mercados, lo cual se hace visible a través de las fuerzas las poderes fuerzas económicas de nuestro tiempo y de las distintas corrientes de pensamiento político y jurídico, que apuesta por la contracción del Estado Social de Derecho y una mayor liberalización de los mercados, con un ataque frontal a los fundamentos de los derechos económicos, sociales y culturales (unificados en la fórmula de síntesis: "derechos sociales") y el sometimiento a la lógica de la transacción económica, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la utilización de la reducción del "gasto social" como criterio de competitividad nociva para atraer empresas y capitales: el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social queda, así, subordinado a la lógica de la racionalidad económica y la competitividad a escala internacional. Lo que nos hace ver que el problema del reconocimiento y garantía de los derechos humanos no es un problema de "esencias abstractas", sino de "existencia concreta", siendo particularmente relevante la acción colectiva para la creación de las condiciones sociales, materiales, de existencia y eficacia de estos. Por ello vienen exigidas transformaciones *en las mismas estructuras socio-económicas y culturales de las sociedades fragmentadas* del capitalismo en la era de globalización y de la financiarización de la economía mundial[222]. Los derechos deben contemplarse en la cultura jurídica y en la política del Derecho como imbricados con el conjunto de las relaciones sociales, político-jurídicas y económicas. El proceso de juridificación de los derechos humanos ha estado siempre vinculado a las luchas sociales por la remoción de las desigualdades y situaciones de vulnerabilidad que impiden el desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Para ello, las Declaraciones y Cartas de Derechos Internacionales deberían contener verdaderas garantías jurisdiccionales y no simples declaraciones programática cuando no retóricas; en una línea

[221] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid., La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, Capítulo I ("La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humana. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de la libertad, igualdad y solidaridad"), págs. 9 y sigs., 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"), págs. 161 y sigs.

[222] No es posible entrar aquí a fondo en esta importante materia vinculada a las corrientes neoliberales y neoconservadoras. Se hace remisión, al respecto, a Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017. Sobre la inefectividad real de los derechos humanos en condiciones de pobreza, véase Pogge, TH.: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos,* Barcelona, Paidós, 2005.

avanzada en la segunda postguerra mundial por Kelsen, en su obra *La paz por medio del Derecho*[223], pero incluso antes que él por Gurvitch en su propuesta de *Declaración de los Derechos Humanos*[224]. El Derecho puede llevar a cabo las transformaciones de las estructuras sociales y económicas necesarias para la eficacia real de los derechos fundamentales y puede atribuir poder a los sujetos titulares de los derechos garantizados (especialmente de los individuos más débiles). Y más allá de ello –y con carácter complementario- su reconocimiento debe venir acompañado de acciones positivas encaminadas a remover todos los obstáculos que impidan que la libertad e igualdad sean reales y efectivas, en el sentido paradigmático de los artículos 3 de la Constitución Italiana y 9.2 de la Constitución Española. Ello enlaza con la superación de la escasa relevancia de la persona en el Derecho internacional tradicional (que era un sistema jurídico interestatal regulador de las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos), el cual se entendió como un sistema de Derecho pensado para los Estados como creadores y destinatarios de las normas jurídicas internacionales: a partir de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se producirá un reconocimiento, y al mismo tiempo una tensión dialéctica, entre la soberanía de los Estados y la protección internacional de los derechos humanos en cuanto principios constitucionales del orden internacional[225]. Lo cual exigiría una reforma del modelo actual de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, que ha mostrado una escasa operatividad. Por otra parte, se debería de prohibir el recurso a la guerra para resolver las contiendas internacionales y garantizar efectivamente esa prohibición a través de medidas adecuadas[226]. La guerra debe ser considerada como un fenómeno incompatible con el Derecho internacional, como *legibus soluta.* La guerra moderna debe estar fuera de todo posible criterio de legitimación y de legalización: ella es incontrolada e incontrolable por el Derecho, como un terremoto o como una tempestad. La guerra moderna, más allá de las modernas argumentaciones de la doctrina del *iustum bellum*, conducida con armas nucleares o cuasi-nucleares es un evento inconmensurable en el plano ético y jurídico porque tiene por su naturaleza la función de destruir —sin proporciones, sin discriminaciones y sin medida— la vida, los bienes y los derechos del hombre, prescindiendo de una consideración de sus comportamientos responsables[227].

Ese discurso prolonga las reflexiones de Morgenthau sobre la irracionalidad actual de la guerra moderna, indicando que el aumento de la capacidad de destrucción de las armas ha alterado fundamentalmente la función de la guerra. La guerra ya no es la continuación de la diplomacia por otros medios. La guerra total de nuestra época ha alterado esta relación tradicional entre fines políticos y medios militares. La guerra en la *era atómica*, acometida por ambos bandos con todos los instrumentos de la tecnología moderna, se ha convertido en la *reductio ad absurdum* de la política. En la actualidad la guerra constituye un instrumento de destrucción universal, un instrumento que

[223] Kelsen, H.*: La paz por medio del derecho* (1944), L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946 (reeditada por editorial Trotta, Madrid, 2003). Sobre el pensamiento internacional de Hans Kelsen, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría política y jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad"), págs. 297-470.

[224] Véase Gurvitch, G.: *La Déclaration des droits sociaux*, París, Librairie Philosophique J.Vrin, 1946. Véase Monereo Pérez, J.L.: «Pluralismo jurídico y Derecho social», Est. preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social,* edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

[225] Carrillo Salcedo, J.A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo,* 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, págs. 12 a 15. Igualmente, Stefani, P. De.: *Il Diritto internazionale dei diritti humani,* cit., espec., Parte 2.ª y 3.ª .

[226] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, cit., págs. 152-153.

[227] En este sentido Zolo, D.: *I signori della pace,* cit., pág. 143; y Bobbio, N.: *Una guerra giusta?,* Venecia, Marsilio, 1991. También el estudio más detenido del propio Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Ed. Trotta, 2007, espec., págs. 67 y sigs.

destruye a los vencedores con los vencidos[228]. La primacía de la política sobre las reglas formalizadas del Derecho Internacional se impone aquí de manera visible y contundente, y así es analizada desde el realismo político[229]. No obstante, cabe matizar que superada la política de los dos bloques mundiales se están utilizando *estrategias de guerra controladas* que destruyen a los enemigos, pero sin cuestionar la subsistencia de los vencedores, utilizándose para ello armas convencionales o cuasi-nucleares. Las nuevas grandes potencias nacionales —todavía con el predominio de Estados Unidos— tienden a formular una «guerra justa» con base a la defensa de sus intereses nacionales[230]. En los inicios del siglo veintiuno se constata que el poder económico y militar de los Estados Unidos no tiene precedentes en la historia. Por el momento el mundo vive con el Estados Unidos «imperial», que en cuanto «Estado comercial abierto» («Estado de competencia económica» o «Estado-Mercado») ejerce un poder a escala planetaria capaz de instrumentalizar los grandes organismos comerciales y financieros internacionales y de controlar el desarrollo del comercio mundial. Ello le permite imponer un modelo de regulación autónoma del mercado a escala global.

También en una línea próxima y confluyente con la dirección constitucionalista se sitúa la propuesta de una *democracia cosmopolita*, la cual supondría un nuevo complejo institucional de alcance global que, siempre y cuando esté avalado por el Derecho democrático básico y lo respete, implemente y ejecute, puede adquirir el *status* de gobierno[231]. Una posición como esta, sin duda loable, puede carecer también de un mínimo de realismo político y jurídico, ante la conformación todavía actual y presente de un Derecho internacional del que forman parte Estados nacionales soberanos, que sólo han cedido en parte su soberanía, reservándose en muchos aspectos fundamentales su poder de decisión. Por tanto, no parece que debe caerse en un formalismo en la afirmación de una unidad indivisible en el plano jurídico de toda la sociedad internacional, olvidando el dato fáctico de relevancia jurídica y política de que en mucho el constitucionalismo internacional continúa siendo todavía más una aspiración que una realidad viva. Ello no impide valorar positivamente el avance civilizatorio innegable que ha supuesto el reconocimiento de cierto status del individuo y de los pueblos en el Derecho internacional y la obligación de respecto por parte de los Estados nacionales del *standard internacional* de derechos fundamentales.

---

[228] Morgenthau, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, cit., págs. 80-81.

[229] Morgenthau, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960)*,* trad. F. Cuevas Cancino, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, el cual asume, significativamente, una teoría política realista en las relaciones internacionales y una concepción realista del Derecho Internacional público. Véase, Russel, G.: *Hans J. Morgenthau and the Ethics of American Statecraft,* Louisiana State, University Press, 1990; Scheuerman, W.: *Morgenthau. Realsim and Beyond,* Cambridge, Polity, 2009; Schupmann, B.A.: *Morgenthau Mal Compris: Investigating the Philosophical Roots of Han Morgenthau's Political Realism*, VDM, Saarbrücken, 2011; entre otros, García Ruíz, J.A.: *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y Derecho Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 271 y sigs.

[230] Se ha señalado que «el mismo Estado nacional es obviamente un producto de la historia y, como tal, destinado a dar lugar con el tiempo a otros modos de organización política. Mientras que el mundo esté políticamente organizado en forma de naciones, el interés nacional constituye la última palabra en la política mundial. Cuando el Estado nacional haya sido reemplazado por otro modo de organización, la política exterior deberá proteger entonces el interés de supervivencia de esa nueva organización, la política exterior deberá proteger entonces el interés de supervivencia de esa nueva organización. En beneficio de quienes insisten en descartar el Estado nacional y construir organizaciones supranacionales a través de un mandato constitucional, debe señalarse que esas nuevas formas de organización aparecerán o bien por medio de la conquista, o bien gracias al consentimiento basado en el reconocimiento mutuo de los intereses nacionales de las naciones afectadas, pues ninguna nación renunciará a su libertad de acción si no tiene motivos para pensar que obtendrá beneficios para compensar esa pérdida». *Cfr*. Morgenthau, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, cit., pág. 101.

[231] Es la posición mantenida en el conocido libro de Held, D.: *La democracia y el orden global*, cit., 4.ª Parte. Held indica que «lo deseable es implementar el derecho público democrático como un derecho cosmopolita que puede sancionar y hacer cumplir sus provisiones a través de la vida económica nacional, regional y global» (Ib., pág. 302).

En las últimas décadas se ha redescubierto una concepción del «derecho de gentes», entendiendo por tal una concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y las normas del derecho internacional y su práctica. Con ello se haría referencia no tanto al tradicional *ius gentium* como a los principios políticos que regulan las relaciones políticas entre los pueblos. Este derecho aspira a presentar cómo es posible una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes[232]. A diferencia de los planteamientos de Schmitt sobre el rechazo de toda pretensión de una «guerra justa» en términos de moralización o conducción de la guerra, se ha señalado que es preciso establecer ciertos principios para la conducción de la guerra justa:

a) el fin de una guerra justa llevada a cabo por un pueblo justo y bien ordenado es una paz justa y duradera entre los pueblos y en especial con el actual enemigo del pueblo;

b) los pueblos bien ordenados no realizan la guerra entre sí, sino sólo contra Estados que no están bien ordenados y cuyas políticas expansionistas amenazan la seguridad y las instituciones libres de los regímenes bien ordenados, y fomentan la guerra;

c) en la conducción de la guerra, los pueblos bien ordenados deben diferenciar tres grupos: los dirigentes y funcionarios del Estado proscrito, sus soldados y su población civil, porque la guerra es obra de los dirigentes y funcionarios, con el apoyo de otras élites que controlan el aparato del Estado. Ellos son los responsables en la guerra; «y por eso son criminales» (sic). Sin embargo, la población civil, mantenida en la ignorancia y abrumada por la propaganda oficial, no es responsable en términos generales.

d) Los pueblos bien ordenados deben respetar, tanto como sea posible, los derechos humanos de los miembros del otro bando, por dos razones. Una es simplemente que el enemigo, como todos los demás, posee estos derechos según el derecho de gentes.

e) En sus actos y declaraciones, cuando ello sea factible, los pueblos bien ordenados deben prefigurar el tipo de paz y de relaciones que buscan. Y, en fin,

f) el razonamiento práctico (los medios más eficaces para alcanzar el fin) ha de ocupar un lugar restringido en la evaluación de las acciones o las políticas. Las normas sobre conducción de la guerra establecen ciertas líneas que no podemos cruzar, de suerte que las estrategias y tácticas de la guerra y de sus batallas se deben confinar dentro de los límites que ellas definen. La única excepción está constituida por las situaciones de emergencia suprema[233]. Dentro del esquema del liberalismo político se ha afirmado que éste «se basa en lo políticamente razonable. La paz no se logra mediante la guerra irracional o de desgaste, aunque puede ocurrir, sino a través del esfuerzo de los pueblos por desarrollar una estructura básica que sustente un régimen razonablemente justo o decente y que haya posible un razonable derecho de gentes». Por ello entiende que la sociedad de los pueblos es posible[234], acabando así por concluir en una propuesta próxima a las direcciones del constitucionalismo internacional[235], mediante el redescubrimiento de un derecho de gentes basado en la idea de humanidad[236]. Esta es

[232] En este sentido Rawls, J.: *El derecho de gentes,* Barcelona, Eds. Paidós, 2001, págs. 13 y 16, y más ampliamente el cap. 2.

[233] *Cfr*. Rawls, J.: *El derecho de gentes*, cit., cap. 14, con referencia a la obra de Walzer, M.: *Guerras justas e injustas* (1977; 3.ª ed. 1997), Barcelona, Paidós, 2001, del cual llega a decir que «es un libro impresionante, del cual no me aparto en ningún aspecto esencial» (Ib., pág. 113, nota 2).

[234] Rawls, J.: *El derecho de gentes*, cit., pág. 145.

[235] Con sustento en el garantismo de los derechos, aunque en términos más generales, en Rawls, J.: *El derecho de gentes,* cit., págs. 165 y sigs.

[236] Sobre la emergencia de esa idea puede consultarse Truyol y Serra, A.: *La sociedad internacional*, cit., espec., págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

la base de la política exterior de una sociedad liberal en una razonablemente justa sociedad de los pueblos. En este sentido cabe retener nuevamente como uno de los principios del derecho de gentes que idealmente las democracias constitucionales bien ordenadas no libran la guerra entre sí y sólo lo hacen en defensa propia o en alianza para defender a otros pueblos liberales o decentes[237].

En la postguerra Schmitt señalo que la particularidad del conflicto actual entre Oriente y Occidente consiste en que la tensión se ha hecho global y comprende a todo el Planeta[238]. Es de significar que el proceso de mundialización económica y cultural ha supuesto una transformación de la noción de espacio como límite de la política, y lo ha hecho en un sentido confirmatorio de la tendencia hacia la formación de «grandes espacios» en el dominio internacional. En verdad, la globalización económica representa un fenómeno muy selectivo y contradictorio, haciendo referencia a una integración sistémica de la economía en el ámbito supranacional, motivada en gran medida por la creciente diferenciación estructural y funcional de los sistemas productivos y la ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial, que actúa de manera cada vez independiente respecto del sistema de controles políticos y jurídicos en el ámbito nacional[239]. Es también la globalización un proceso de mercantilización del mundo de la vida a escala global o planetaria. Los Estados menos poderosos (no así las grandes potencias mundiales) disponen de un limitado margen de maniobra ante los imperativos económicos de las relaciones de comercio internacional y las exigencias de la división del trabajo en el plano global[240]. Ese limitado margen de maniobra encuentra expresiones tan significativas como las dificultades de construcción autónoma del Derecho económico y del Derecho social. Paradójicamente esas dificultades de regulación «autónoma» se aprecian también en el mismo Derecho internacional contemporáneo para elaborar un Derecho transnacional de viable realización y que cuente con plenas condiciones de efectividad. El «sistema-mundo», cuya gestación se viene produciendo desde la misma génesis del capitalismo[241], ha encontrado un apogeo inusitado en la globalización económica contemporánea. Ese más intenso «sistema mundial» tiende a *insertar* en su propia a lógica a los Estados nacionales, los cuales encuentran en gran medida prefigurados sus ámbitos de decisión en cuestiones fundamentales. Con todo se produce un replanteamiento de la función de las políticas estatales en el gobierno de la economía mundial. Existe una elección por la desregulación en el gobierno internacional, lo que supone una política de *laissez-faire* como modelo de regulación jurídica autónoma, intencionalmente propiciada por los Estados nacionales y no sólo por la acción autónoma de las fuerzas económicas dominantes en la esfera económica internacional. Es éste «un modelo de gobierno y de «regulación» de la economía

[237] Rawls, J.: *El derecho de gentes,* cit., pág. 148. Añade el autor que «si no es posible una razonablemente justa sociedad de los pueblos cuyos miembros subordinen su poder a fines razonables, y si los seres humanos son en gran medida amorales, si no incurablemente egoístas y cínicos, podríamos preguntar con Kant si merece la pena que los seres humanos vivamos sobre la tierra» (Ib., pág. 151).

[238] Schmitt, C.: «La tensión planetaria entre oriente y occidente y la oposición entre tierra y mar», en *REP,* núm. 82 (1955), págs. 3 y sigs., en particular pág. 3. No obstante, Schmitt sin ignorar los nuevos aspectos del fenómeno percibe que el horizonte global ya existía mucho antes: «De todos modos —afirma— existía el horizonte global ya en tiempos de Napoleón y provocó la conciencia de una situación mundial, determinada por la oposición de los elementos, en la que debía optarse entre tierra y mar» (Ib., pág. 9).

[239] Véase Faria, J.E.*: El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, págs. 42 y sigs.; Santos, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido del derecho,* Madrid, Ed. Trotta, 2009, págs. 29 y sigs., y 290 y sigs.

Es bien significativo, que la globalización se está realizando bajo el impulso y control de los Estados nacionales, con una redistribución interna de las relaciones de poder entre los mismos. De ahí que la globalización no sea una auténtica alternativa al poder estatal. De ser ello así se confirmaría en gran medida la tesis de Carl Schmitt sobre la relativa persistencia del Estado soberano en el proceso de mundialización.

[240] Véase Held, D.: *La democracia y el orden global*, cit.; Habermas, J.: «Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa», en *Debats,* Valencia, núm. 39 (1992), págs. 18 a 21.

[241] Véase Braudel, F.: *Civilización material, económica y capitalismo*, Madrid, Alianza, 1984; Wallerstein, I.: *El moderno sistema mundial,* 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1984-1987; Wallerstein, I.: *El capitalismo histórico*, Madrid, Siglo XXI, 1988; Harvey, D.: *El nuevo imperialismo,* trad. J. M. Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007.

mundial. Esta visión de las tareas del Estado (que le convierte en un «Estado comercial abierto»[242]) se sitúa frente al paradigma liberal del «Estado comercial cerrado»[243]. No obstante, recuérdese que la era moderna se ha caracterizado por la existencia de dos procesos interdependientes: la creación de un sistema nacional de Estado y, ya originariamente, la formación de un sistema capitalista de alcance mundial. En realidad, la economía liberal suponía que el mercado era un árbitro suficiente del bienestar público o general. En la actualidad, los Estados se conforman como «Estados de competencia económica», cuyo principio axial es la eficiencia de la economía y la mejora de las condiciones de competitividad de las empresas[244].

Existe así un cierto agotamiento —ya ampliamente reconocido— en el paradigma o modelo de configuración tradicional de las relaciones internacionales y del Derecho internacional. Éste último sigue centrado todavía en el esquema clásico del Estado nacional soberano, de ahí también muchas de sus aporías. Ciertamente, la creciente globalización reduce los ámbitos de autonomía decisoria (y por consiguiente de ejercicio material de la soberanía) del Estado nacional. En este sentido la nueva coexistencia de soberanías nacionales y la misma complejización de las relaciones internas se refleja en tensiones internacionales (nueva dialéctica entre la paz y la guerra, en sus distintas manifestaciones). En el plano jurídico-político las tensiones en el ámbito de la soberanía se traducen en nuevas manifestaciones del pluralismo jurídico internacional, superpuesto al monismo jurídico estatalista[245], el cual ha perdido peso en el espacio geopolítico internacional, pero sin desaparecer en la teoría y en la práctica.

Los Estados nacionales siguen siendo instancias políticas que impulsan el proceso de mundialización y reivindican para sí un poder absoluto de autodeterminación política y jurídica (mediante la positivación en normas jurídicas fundamentales). Así se considera como atributo de la soberanía el «decir el Derecho» en cuanto Derecho «puesto» o «impuesto». Sin embargo, el avance de la mundialización ha supuesto la necesidad de introducir nuevos criterios de racionalización jurídica de la soberanía como poder tendencialmente absoluto, siendo cada vez menos expresión de un poder político incontrolable. El proceso de mundialización supone que la autonomía de los Estados-nación se encuentra gravemente comprometida por la misma interdependencia que se produce en el seno de una economía globalizada y, en general, en otros ámbitos de la sociedad mundial, aunque en el plano político-institucional la soberanía no es formalmente puesta en cuestión, en la práctica y en la experiencia jurídica se aprecia una cierta pérdida de control de los procesos de internacionalización y la tendencia a la fragmentación de la soberanía y la segmentación del poder como rasgo caracterizador de las sociedades contemporáneas: existen formas no estatales de autorregulación en el ámbito internacional, transferencias crecientes hacia organizaciones supraestatales y actores o instituciones no estatales[246]; donde cabe llamar la atención sobre la emergencia de movimientos sociales siempre

[242] Véase Mercado Pacheco, P.: «Estado comercial abierto». La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en Capella, J.R. (Coord.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999.

[243] Ese era el paradigma dibujado por Fichte, J.G.: *El Estado comercial cerrado,* trad. y Est. prel., J. Franco Barrios, Madrid, Tecnos, 1991, *passim.* Fichte considera esencial el acotamiento del mercado nacional para conseguir una armonía perfecta entre producción y consumo.

[244] Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía», Est. prel., a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. LXVIII y sigs.; 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; 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, pp. 161-224.

[245] Véase Arnaud, A.-J.: *Entre modernidad y mundialización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 83 y sigs., y 255 y sigs.

[246] Véase Thomson, J.E.: «State Sovereignty in International Relations: Bridging the gap Between Theory and Empirical Research», en *International Studies Quartely,* núm. 39, 1995, pág. 214.

nuevos y multiformes que piden la democratización de la sociedad internacional global. Es lo cierto que en un mismo espacio geopolítico coexisten diversos órdenes jurídicos estatales y no estatales que constituyen un desafío para la concepción clásica del Estado soberano.

Con todo, las herramientas conceptuales del Estado-nación[247] soberano están siendo replanteadas y redefinidas en el nuevo contexto del «sistema mundo», lo que se manifiesta, entre otras expresiones, en la relativa pérdida de autonomía para adoptar determinas decisiones fundamentales respecto al gobierno político interno y externo del Estado. De este modo muchas categorías elaboradas en torno al principio de soberanía estatal (como el poder constituyente, el monismo jurídico, la norma fundamental, jerarquía normativa, seguridad jurídica, etc.) están siendo objeto de una transformación interna de sus contenidos y funcionalidad. Pero junto a la devaluación de ciertas categorías políticas clásicas emergen otras nuevas derivadas de las nuevas exigencias vinculadas, a su vez, a las nuevas formas de intervención económica y social que tal proceso de globalización requiere, porque es manifiesto que los Estados nacionales son todavía indispensables para estructurar el orden internacional actual. La crisis económica y político-institucional a escala mundial, con la puesta en cuestión del modelo de capitalismo tal como lo conocemos actualmente[248], evidencia esa realidad política del carácter no suprimible de los Estados nacionales (ante todo de las grandes potencias estatales) en el horizonte de una intensa mutación de los equilibrios que presiden hoy el sistema de relaciones internacionales. El fenómeno de la globalización ha acrecentado un elemento ya presente en épocas pasadas, consistente en que la «seguridad» tiende a escapar de modo progresivo de la soberanía de los Estados nacionales. La seguridad global, exponente cualificado de la «sociedad del riesgo» del mundo contemporáneo, exige nuevos procedimientos de intervención y regulación pública. Aquí la sociedad civil ha sido absorbida como por el espacio de mercado, de manera se convierte en una sociedad de mercado, y como tal pivota sobre la primacía de la racionalidad económica que preside las instituciones económicas de la economía del capitalismo avanzado. Y se tiende a transitar del Estado Social de Derecho al "Estado de mercado" regulador y gestor de las nuevas reglas de juego del gran capital (detentatario de un inmenso poder propiciado por la financiarización de la economía) y de los complejos empresariales transnacionales. Especialmente a partir del crack de 2008 –aunque el proceso iba madurando antes- el capital financiero ha articulado toda una estrategia de acumulación por desposesión de "lo público" y del Sector Público (pensiones, sanidad, etcétera, y servicios públicos de interés social), que conduce a una expansión de las bases de poder e influencia de la acumulación del capital privado con una absolutividad que relega a límites insospechados las políticas redistributivas y fomenta justamente lo contrario: las políticas antidistributivas. Con apoyo –a menudo- de las grandes potencias mundiales involucradas ese sector del capital financiero es capaz de arruinar a los Estados más débiles y desestructurar y desestabilizar las instituciones políticas nacionales y transnacionales. Todo ello con una importante incidencia del poder financiero en el control y condicionamiento económico de las políticas sociales del Estado Social y en el sistema de relaciones laborales orientándolas en un sentido neoliberal que se ha hecho dominante en la coyuntura actual. Ello supone una ruptura de los equilibrios existente entre la racionalidad económica dominante y la racionalidad social subordinada a la misma. Es un proceso de hegemonía del sector del capitalismo

[247] Para el análisis de esas herramientas constitutivas del Estado nacional en su formulación clásica continúan siendo muy útiles las indagaciones hechos por Akzin, B.: *Estado y Nación* (1964), México, FCE,1968, con particular insistencia en el estudio del último elemento del binomio («Nación»). Las discontinuidades respecto al paradigma pueden detectarse en Held, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita,* Barcelona, Paidós, 1997; y por lo que se refiere a las rupturas «internas» de la Nación, Kymlicka, W.*: Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías,* Barcelona, Paidós, 2000; *íd.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad,* trad. F. Beltrán, Barcelona, Eds. Paidós, 2009, espec., Primera Parte (La (re)internacionalización de las relaciones entre el Estado y las minorías) y Tercera parte («Paradojas de la difusión global del multiculturalismo liberal»).

[248] Véase Altvater, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos,* trad. A. Ferrero y R. Alfred Enzenbach, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, espec., capítulos sexto y séptimo.

financiero sobre el sector productivo, que ha supuesto una política de rentas regresiva y una creciente precarización de la fuerza de trabajo en el marco de unas relaciones de poder asimétrico entre los poderes colectivos del trabajo y del capital, lo cual conlleva una ruptura del pacto distributivo de inspiración keynesiana y un desmantelamiento parcial y degradación de las instituciones públicas estatales (que se mueven entre privatización total y recortes sociales que abren espacios vitales al mercado generando una re-mercantilización de los derechos sociales). El capital financiero actúa como un poder económico y político en un contexto presidido por la mayor limitación de la soberanía económico-política de la mayor parte de los Estados nacionales (que, por definición, no ostentan la condición de ser grandes potencias mundiales). Tanto en el sistema de relaciones laborales como en el sistema de Seguridad Social la financiarización de la economía ha acabado por traducir en una reconfiguración de las políticas sociolaborales del Estado del Bienestar marcado una dirección de política económica y del Derecho desequilibrada en el reparto de rentas en el capital y el trabajo, al acrecentarse la redistribución a la inversa en beneficio del gran capital financiero y económico en detrimento de las rentas del trabajo. La fractura social creada –fabricada- ha sido inmensa pues las relaciones laborales han quedado sometidas a una racionalidad técnico-científica y productivista desconociendo la politicidad y la "constitución social del trabajo" y lo que ello supone de atención a los problemas vinculados al respecto de los derechos de la persona que trabaja, en la lógica amplia de la justicia social. Ello plantea el problema de establecer un marco jurídico e institucional que sitúe el desarrollo de la economía y de la tecnología al servicio del progreso social y propicie las necesarias nuevas formas de organización y acción colectiva y la dignificación de la condición de la persona que trabaja en este nuevo contexto de época.

La justicia social presupone un *orden* social justo y para ello de suyo viene exigida la creación de las condiciones materiales de la libertad y esto conduce a la intervención correctiva y promocional de los poderes públicos a través de un derecho de la economía y un derecho social que van de la mano para garantizarla. En esa dirección se inserta el constitucionalismo de derecho privado imbricado con el constitucionalismo de derecho público. Este constitucionalismo de derecho privado (paradigmáticamente sintetizado disposiciones constitucionales como el artículo 3 de la Constitución Italiana y el artículo 9.2 de la Constitución Española) introduce un elemento redistributivo en la elección pública social a la par que un elemento de materialización de los derechos humanos en su conjunto, y en particular de los derechos sociales (como fórmula de síntesis y simplificación de los derechos económicos, sociales y culturales) para ser verdaderamente operativos desde un punto de vista existencial y no meramente retórico. Pero añadiendo inmediatamente que un derecho ineficaz no es negar su existencia sino afirmar la realidad de su incumplimiento y la posibilidad de su exigibilidad como tal, siendo así que legitima para acción colectiva y la actuación de los poderes públicos en el nivel de decisión correspondiente. Los derechos incorporar una dimensión de garantía jurídica e institucional y una dimensión de norma directiva que obliga a los poderes públicos y legitima las acciones colectivas a través del movimiento social correspondiente (lo que ha sido denominado como "ciudadanía de los poderes colectivos" que acompaña a la ciudadanía como dotación y garantía jurídico e institucional de los derechos)[249]. Y aquí cabe postular el pacto constitucional como elección colectiva de la sociedad que se constituye en comunidad política democrática. La ciudadanía activa en defensa del sistema democrático exige de una "democracia militante". Juristas y politólogos como Heller, Radbruch, Kirchheimer, Neumann, e incluso el mismo Kelsen (para el cual la tolerancia es un valor esencial para la democracia, pero cuyo alcance no es ilimitado[250]) defenderían una

[249] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulo III ("Una estrategia de la ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía"), págs. 159 y sigs.

[250] Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia,* edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen" (pp. XI-LX), a cargo d J.L., Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Kelsen, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1952), traducción por H. Caminos y Ernesto C. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen" (pp. IX-LVII), a cargo

"*democracia militante"*, en el sentido de defensa jurídica y política activa de los principios y valores fundamentales garantizados en la Constitución o Norma de rango fundamental de un régimen de democracia constitucional pluralista[251]. Karl Mannheim advertía sobre el peligro para la democracia constitucional de confundir la neutralidad con la tolerancia indiferenciada[252].

Importa la delimitación del objetivo a alcanzar de una sociedad justa pero ante todo sus realizaciones efectivas y conquistas reales que se orientan a avanzar hacia ella, esto es, centrada en los instrumentos e institucionales para materializar y la percepción de sus realizaciones en la práctica. En todo esto la igualdad y la libertad están inevitablemente asociadas; y lo están en la defensa contra todos los poderes y para la realización del bienestar, la libertad efectiva y la participación activa en los distintos ámbitos donde se desarrolla la personalidad de los individuos[253]. Se trata de *materializar la idea de justicia social y de la democracia* en sus distintas dimensiones. De este modo, la libertad y la igualdad adquieren un carácter –y plasmación- multidimensionales dentro de los contenidos que las identifican y las condiciones de posibilidad que las hacen posibles. Y esta concepción compleja enlaza con la concepción de la democracia como razón pública por discusión, diálogo e interacción pública y de plasmación en las dimensiones de la democracia declinada como democracia procedimental, democracia sustancial, social y económica (traducida en la esfera de la producción –y del ciudadano como productor- en la denominada "democracia industrial", lo cual conduce a una visión alternativa –"constitucional"- de las relaciones laborales dentro de la empresa y obliga a reconfigurar la problemática de la participación, el control, el poder y la división social del trabajo). Todo ello teniendo en cuenta los límites que impone la lógica de un contrato de trabajo "dependiente" o "subordinado" y los límites de la subjetivación colectiva/sindical del trabajo dentro de la empresa y atendiendo a los poderes directivos y libertades económicas de los empresarios en el contexto del modelo actual de capitalismo organizado de mercado.

Ello ha servicio al modelo neoliberal, que se ha visto cuestionado precisamente por las políticas públicas de "salvamento" del sistema del capitalismo en virtud de las intervenciones estatales y de los organismos internacionales. Friedrich Hayek había defendido la privatización o remercantilización de los servicios públicos, la desregulación prácticamente completa de los mercados de trabajo, el desmantelamiento de las protecciones sociales públicas -hasta hacerlas meramente residuales-, e incluso una democracia limitada. Todo ello acompañado de una teoría (presupuesta al análisis

de J.L., Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; *In extenso,* 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"), págs. 103-295; 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 1–74. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370.

[251] Denninger, E.: "Democracia militante y defensa de la Constitución", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde: *Manual de Derecho Constitucional,* Presentación de Conrado Hesse, traducción y estudio preliminar de A. López-Pina, Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, págs. 445 y sigs. El concepto es tributarios de Loewenstein, K.: «Militant Democracy and Fundamental Rights, I». *The American Political Science Review*, vol. 31, (1937), nº 3, pp. 422 y 423; Loewenstein, K.: «Militant Democracy and Fundamental Rights, II». *The American Political Sciences Review*, vol. 31, nº 4, 1937, pp. 638-658

[252] Mannheim, K.: *Diagnóstico de nuestro tiempo,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969, págs. 16-17. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024, Capítulo 3.3. (Diagnóstico de su tiempo histórico. La crisis en la estimativa, las nuevas técnicas de control social y el tercer camino: "*democracia militante"* y educación de las masas para la democracia), págs. 173 y sigs.

[253] Más allá de que se coincide con toda su argumentación, importa hacer nota la concepción de la justicia social en Sen, A.: *La idea de justicia social* (2009)*,* trad., H. Valencia Villa, Madrid, Ed. Taurus, 2010, espec., págs. 61 y sigs, y 255 y sigs.

empírico) del orden espontáneo del mercado o "Catalaxia"[254]. Sin embargo, después del fracaso de las políticas neoliberales de austeridad para hacer frente al crack de 2008 y el reclamado generalizado de las políticas públicas para afrontar la "crisis social total" en la que se había convertido la pandemia covid-19, parece muy difícil sustentar las políticas neoliberales propias de un capitalismo "puro" supuestamente libertado –por innecesario y contraproducente- de todo intervencionismo público regulador y controlador; por no hablar del fracaso social del fracaso del supuesto orden espontáneo del capitalismo neoliberal para resolver los problemas sociales y de empleo (crisis de empleo) generados a causa de la pandemia. Está por ver que la ortodoxia neoliberal no reoriente su discurso para continuar apostando por orden espontáneo del mercado y la política de fomento público de las actividades económicas privadas (y en beneficios de intereses particularistas de una élite económica cada vez más selectiva)[255]. En una sociedad del riesgo la fragilidad de las sociedades humana exige de una sociedad organizada con intervención de los poderes públicos tanto a escala nacional como europea y mundial. Lo que se pone en cuestión en la práctica –y no sólo en la teoría- es la falsificación del discurso del neoliberalismo y su revolución del mercado, es decir, la pretensión de despolitizar las cuestiones distributivas, incluidas las muy desiguales consecuencias de los riesgos sociales, ya sean causados por cambios estructurales en el reparto mundial del trabajo, al daños medioambiental o a las enfermedades propiciadas por el crecimiento económico irresponsable desde el punto de vista social y ecológico. La versión ortodoxa del neoliberalismo radical en materia de política económica siempre había decaído en sus postulados ideológicos ante el pragmatismo que siempre ha aconsejo un *determinado modelo de intervención pública* en la regulación de la economía y de las condiciones materiales para el ejercicio de las libertades económicas. En las crisis de 2008 y la crisis provocada por la pandemia covid-19 exigieron un intenso intervencionismo en materia de política económica y social evidenciando no sólo los límites, sino también las falacias de los experimentos del neoliberalismo del "libre" mercado desregulado. La ideología liberal radical trasmite la inherencia de la racionalidad económica (su apelación a la primacía de la eficacia en términos de rentabilidad sobre la racionalidad social en términos de justicia social y de redistribución y de participación activa en la creación del producto social) y la mentalidad empresarial como si constituyeran elementos necesarios para la democracia y la libertad, ignorando las condiciones materiales de la libertad social realmente practicable. En esa ideología neoliberal el Estado es un instrumento del mercado y al servicio de las fuerzas económicas que lo gobiernan como espacio de intercambio en condiciones de regulación –o en su caso desregulación- que prefigura condiciones favorables para los grandes grupos de intereses organizados y selectivos. Aquí se evidencia que el "laissez-faire" del poder estatal es una falacia mítica, esto es, un constructo ideológico que enmascara una función de cobertura del orden económico-social establecido precisamente encaminado a crear las mejores condiciones de su reproducción dinámica. El poder público y la legislación –o sus silencios o ausencia- establecen las reglas de juego unilateral y globalmente más favorable para la paz y el orden económico que conviene al mantenimiento del orden y de la lógica de racionalización instrumental imperante. A ello se añade un discurso político tecnocrático y el funcionamiento de una concepción de base economicista de la democracia política (que suele acabar en una democracia restringida, débil y elitista)[256]. La política y

[254] Hayek, F.A.: *Derecho, legislación y libertad: Una nueva formulación de los principios liberales de justicia y libertad y de la economía política,* 3 Vols., Madrid, Unión Editorial, 1978-1979-1982, con varias reediciones posteriores; Hayek, F.A.: *Camino de servidumbre,* Madrid, Alianza editorial 1978 (2ª ed., 1990); Hayek, F.A.: *Los fundamentos de la libertad,* Madrid, Unión Editorial, 1975 (8ª ed., 1991).

[255] Son de interés, al respecto, las reflexiones de Tooze, A.: *El apagón. Cómo el coronavirus sacudió la economía mundial,* trad. I. Barbeltos, Barcelona, Ed. Crítica, 2021.

[256] Paradigmática es la elaborada construcción de Hayek, F.A.: *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política,* Vol. 1: *Normas y orden,* Madrid, Unión Editorial, 1978 (2ª ed., 1985, 3ª ed., 1994), Vol. II: *El espejismo de la justicia social,* Madrid, Unión Editorial, 1979 (2ª Ed., 1988); Vol. III: *El orden político de una sociedad libre,* Madrid, Unión Editorial, 1982. En esta magna obra la defensa utópica del orden espontáneo de mercado (o "Catalaxia") en condiciones de competitividad vinculada la optimización de los intercambios se hace acompañar un crítica de la "justicia social" (que para él es un "espejismo": "el espejismo de la justicia social") que deriva necesariamente en una "lógica redistributiva" a través

el Derecho constituye reguladores económicos garantizando reglas de juego y la reproducción de las condiciones de existencia de las fuerzas productivas y de los derechos y libertades cuya garantía es ineludiblemente necesaria para la organización jurídica del capitalismo; sin una política económica, un Derecho económico y un Derecho del Trabajo no es posible en el estadio histórico actual un buen funcionamiento del mercado bajo condiciones capitalistas de producción y financiarización y asimismo de organización de la sociedad. El capitalismo actual es un capitalismo "organizado" e intervenido (vale decir también, regulado, aunque sea regulador de los procesos de "desregulación" y "flexibilidad" requerida, porque desregulación jurídica es también "re-regulación" normativa). Por ello mismo la idea de un mercado autorregulado solo puede admitirse con carácter relativo y partiendo de la idea de una intervención pública en materia de política económica y de Derecho de la Economía, las cuales conforman la "constitución económica".

La crisis integral ideológica[257] y práctica del neoliberalismo había quedado puesta de relieve; y con ella el cuestionamiento de su discurso y la irresponsabilidad organizada (respecto de los nuevos "riesgos" e incertidumbres) que pretendida por en su practicabilidad política. La crisis estructural de las primeras décadas del siglo veintiuno no se han resuelto con un modelo liberal residual de Estado del Bienestar, sino como un modelo social institucional-redistributivo e intervencionista de Estado Social de Derecho, en que se éste planifica y regula en orden económico y al mismo tiempo garantiza los derechos de ciudadanía social[258]. El modelo social institucional-redistributiva de ciudadanía social comporta una reconfiguración de la teoría de la ciudadanía plena enmarcada no sólo en obligaciones morales, sino ante todo en un típico lenguaje de los derechos fundamentales de las personas y el fomento del pluralismo y la democracia participativa. Y en particular en el campo de los derechos sociales éstos se configuran técnicamente como "derechos sociales de desmercantilización relativa del trabajo", en virtud de los cuales se garantizan posiciones jurídico-subjetivas de ventaja en favor de las personas con independencia de su poder en el mercado de la provisión privada de bienes y servicios y en el mercado de trabajo; en la lógica interna del orden público socio-económico del orden normativo (del Estado u organización pública supraestatal) está la defensa del interés público en los términos constitucionalmente diseñados de defensa de la efectiva horizontal de los derechos, la dignidad de las personas y de los bienes comunes. Ello exige que de Estados Sociales Activos (u otros poderes públicos a distinto nivel) que dirigen, intervienen y regulación las relaciones económicas y sociales para garantizar los derechos a todas las personas, desvinculando su titularidad exclusivamente de la condición de la nacionalidad, de manera que pueda hablarse –a estos efectos- de una ciudadanía cosmopolita[259]. Este enfoque garantista presupone la existencia de distintos centros de poder

de una intervención pública conformadora del orden económico y de las relaciones sociales. Todo ello implica una intensa *politización y juridización del orden económico (como orden no tanto dado como construido) y de las relaciones sociales y las reglas del juego político que gobiernan también las sociedades avanzadas como sociedades eminentemente jurídicas.*

[257] Los límites del discurso de una economía desprovista de ideología y su falacia para una ciencia económica configurada como ciencia social, puede consultarse, Meek, R.L.: "Economía e ideología", en Meek, R.L.: *Economía e ideología y otros ensayos. Estudios sobre el desarrollo del pensamiento económico* (1967)*,* trad. M. Sacristán, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, págs. 294-338; Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico,* Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

[258] Para estos modelos de Estados del Bienestar, véase en los orígenes Titmuss, R.: 1981; y su desarrollo hacia la teoría de los derechos de ciudadanía social e industrial, en Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Cap. II ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social moderna en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica"), págs. 45 y sigs., y Cap. III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), págs. 159 y sigs.

[259] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Cap. II ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social moderna en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica"), págs. 45 y sigs., y Cap. III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), págs. 159 y sigs.

organizados multinivel (Estatales y supraestatales) capaces de garantizar esa ciudadanía cosmopolita y el pleno disfrute efectivo de tales derechos. Y ello, en el campo político y jurídico, comparta la existencia de ámbitos de soberanías limitadas y ámbitos de soberanía compartidas en un espacio de lo común. (Paradigmática resulta la función promocional de los poderes públicos diseñada en artículos como el 3 de la Constitución Italiana y 9.2 de la Constitución Española, que ponen de manifiesto la necesidad de una política activa de dichos poderes para remover los obstáculos derivados de las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas para que la libertad y la igualdad sean realidades y efectivas; al fin y al cabo, el Derecho y el Poder –privado y público- son la otra cara del Derecho). Este comportamiento pro-activo del Estado Social intervencionista es que permite evitar una disociación aporética entre el ordenamiento jurídico y la realidad social materialmente "constitucional", presidida por poderes detentados por fuerzas sociales y económicas que pueden operar una inefectividad de la Constitución jurídica e incluso operar en la práctica un "mutación constitucional" regresiva. En la Constitución del Estado Social Activo "lo constituido" (el poder constituido legítimo) debe de estar permanente nutriéndose de "lo constituyente" (el poder constituyente de sociedad donde se producen tensiones y conflictos que se resuelven según la conformación de la correlación de fuerzas; realidad social constitucional que enlaza con la constitución material); y el resultado de esa interconexión permanente da lugar al surgimiento de un nuevo Derecho vinculado a las constante transformaciones sociales y exigencias del sistema democrático. De este modo, el texto constitucional puede cumplir su función *dinámica* de servir a la organización de una determinada comunidad política organizada reflejando sus principios y valores, pero también su cultura (incluida la cultura de los derechos fundamentales); y puede ser también continuamente abierta y adaptable al cambio a través de los procesos de interpretación de la Constitución en una *sociedad abierta de sus intérpretes*[260]. Es así que la estructura interna de la Constitución jurídica combina dinámica la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad jurídico-material en permanente apertura e interacción con la esfera discursiva y comunicativa pública y de los grupos sociales dotados de autonomía regulativa dentro de un sistema jurídico que impulsa el pluralismo como extensión del proceso de democratización. Lo cual introduce *en la misma lógica interna de la Constitución* la racionalidad jurídica-reflexiva de los grupos sociales organizados (paradigmática, la potencialidad reflexiva recogida en el bloque o grupo normativo sindical en la Constitución Española -Norma Fundamental del ordenamiento jurídico- en virtud de los artículos 7, 9.2, 28, 37, 103, 129.2, etcétera)[261].

[260] Aunque no exactamente en el mismo sentido Peter Häberle ha pido hablar de la "constitución cultural". *Cfr*. Häberle, P.: *El Estado constitucional,* trad. H. Fix-Fierro, estudio preliminar de Diego Valadés, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, espec., págs. 11 y sigs. ("La teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura"), y Capículo Tercero ("Tratamiento por la ciencia cultural"), págs. 79 y sigs.; Capítulo Cuarto ("Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional"), págs. 129 y sigs. Asimismo, Häberle, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* traducción e introducción de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, págs. 33 y sig., 39 y sigs., 68 y sigs., y 159-161.
En realidad, la fuente de inspiración de Häberle viene de Hermann Heller (en parte también con Rudorf Smend, y su teoría de la integración y la concepción de los derechos fundamentales como expresión de valores existentes en una sociedad), que vincula la Constitución jurídica con el hecho nacional y la comunidad nacional de cultural en la que se insertan los ciudadanos participando de una igualdad de condiciones materiales de existencia digna (esto es, la garantía del principio de igualdad material como condición de posibilidad de forjar una ciudadanía activa y la participación efectiva en la acción de gobierno de la sociedad democrática), elevada a precondición del sistema de democracia social que postula. La juridización de esa legitimidad material o sustancial establece las bases del ejercicio del poder en la democracia constitucional pluralista y la transición hacia un socialismo democrático capaz de construir una nueva constitución jurídica. Puede consultarse, al respecto, 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 I.4. ("Teoría jurídico-social: homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 67 y sigs., y Capítulo III.5 ("Heller y debate totalitario"), págs. 234 y sigs., con referencia a la labor de defensa de la democracia constitucional hecha junto con los pensadores socialistas Otto Kirchheimer y Franz Neumann.

[261] Para la inherencia y operatividad de la *racionalidad tridimensional* (racionalidad formal, racional material y racionalidad reflexiva y comunicativa de la "constitución del trabajo" en el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, véase Monereo Pérez, J.L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso

En una línea de discurso crítico se ha acometido una crítica al sistema actual de relaciones internacionales (dominado por instancias internacionales tecnocráticas y políticas no elegidas democráticamente, como los grupos G-7 y G-8, FMI, Banco Mundial, etc., pero que ejercen como instancias legitimadas fácticamente)[262] y al modelo vigente de Derecho Internacional. Una línea que ha venido estando más cubierta en el plano económico-institucional de dicha teoría crítica[263], pero que estaba más descuidada en la perspectiva jurídico-política. Danilo Zolo (perteneciente a la que se podría llamar «ala izquierda» de la escuela de Norberto Bobbio, y en todo caso a la teoría jurídica crítica italiana). Su crítica presenta una doble dirección: por un lado, al modelo vigente de globalización neoliberal que actúa como un mecanismo que disuelve al sistema democrático a favor de un orden internacional dominado por las grandes potencias estatales (incluido el recurso discrecional a la guerra)[264] y por las grandes empresas multinacionales; y, por otro, una crítica a la que se ofrece como alternativa a dicho orden internacional, el que el mismo denomina «globalismo jurídico» (especialmente en la tradición de la escuela analítica y que encuentra su expresión más reciente en la propuesta de Luigi Ferrajoli[265], pero que incluye también la crítica a la propuesta de Jürgen Habermas de construir un «derecho cosmopolita»[266]), que en su opinión desconoce la realidad política del poder internacional y presenta el riesgo paradójico de una utilización totalitaria de la teoría y de los textos internacional sobre los derechos fundamentales[267].

---

de racionalización jurídica de la "cuestión social"", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica,* núm. 2, 2001, págs. 197-254; 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, págs. 1–44. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2896. Asímismo, Monereo Pérez, J. L. : "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, págs. 682–735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080; Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría jurídica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., págs. 157 y sigs.

[262] Rosanvallon, P.: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad,* Barcelona, Ed. Paidós, 2010, págs. 298 y sigs.

[263] Es suficiente con recordar las obras de neomarxistas como G. Frank, S. Amin, Arrighi, Palloix, Chesnais, Aglietta, Wallesterein, E. Hobsbaws y un largo etcétera.

[264] Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Ed. Trotta, 2006; ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico,* Madrid, Dykinson, 2005. Zolo mantiene dos tesis confirmadas: En primer lugar, la tesis de que sólo las guerras pérdidas son de hecho consideradas crímenes internacionales, mientras que las guerras ganadas, aunque se trata de guerras de agresión que conllevan una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a reglas y los vencedores no sufren ninguna sanción política o jurídica. En segundo lugar, se confirma la idea según la cual la justicia internacional —incluida la justicia penal internacional— sigue la voluntad y sirve a los intereses de las grandes potencias, que son tales sobre todo gracias a su enorme superioridad militar. En tercer lugar, en fin, resulta llamativa la impotencia normativa y reguladora de las Naciones Unidas: ha sido hoy relegada a desempeñar una función legitimadora, acomodaticia y apologética del statu quo por las grandes potencias, y desde este punto de vista el Derecho internacional y sus instituciones parecen hoy del todo irreformables. Por ello, afirma, «la «justicia de los vencedores» es la regla de hierro que hoy domina las relaciones internacionales y que continuará dominándola todavía por mucho tiempo, mientras dure el actual, abismal desequilibrio en la distribución del poder y de la riqueza a escala global (cfr, Zolo, D.: *La justicia de los vencedores,* cit., págs. 17 y 21).

[265] Anotar la por la demás excelente obra de Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 3 tomos, traducción de P. Andrés Ibáñez et. altri, Madrid, Ed.Trotta, 2011.

[266] Habermas, J.: «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años», en *La inclusión del otro,* Barcelona, Eds. Paidós, 1999, págs. 147-187; *Ibid.,* «Bestialidad y humanidad. Una guerra en límite entre derecho y moral», en *Nueva sociedad*, núm. 162 (1999), págs. 60-67; y más recientemente, *íd.*: *La Constitución de Europa,* Madrid, Ed. Trotta, 2012.

[267] Zolo, D.: *Cosmópolis: perspectiva y riesgos de un gobierno mundial,* Barcelona, Ed. Paidós, 2000; ID.: *Globalización: un mapa de los problemas,* Bilbao, Mensajero, 2006; *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico,* Madrid, Dykinson, 2005. Véase también críticamente sobre el intervencionismo humanitario y la justificación de la guerra, Losurdo, D.: *Marx e il bilancio storico del Novecento,* Napoli, La Scuela de Pitagora editrice, 2009, págs. 139 y sigs. y 371 y sigs. («Derechos humanos e «imperialismo de los derechos humanos»); y el propio véase Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Trotta, 2007, Capítulo 3 ("Universalidad de los derechos y guerra humanitaria"), págs. 87 y sigs.

Danilo Zolo no cuestiona la necesidad de una protección internacional —y no sólo internacional— eficiente de los derechos fundamentales, pero entiende que resulta ilusorio pensar que sea posible construir una suerte de Estado de Derecho cosmopolita que sea capaz de trascender las estructuras de los Estados nacionales. Para él, el problema real es el de compatibilizar las intervenciones internacionales para garantizar los derechos fundamentales con la diversidad cultural, la identidad y la dignidad de los pueblos, con la integridad de las estructuras jurídico-políticas que ellos se dieron libremente en su momento constituyente. El militarismo de las grandes potencias ha producido un auténtico colapso del ordenamiento jurídico internacional, que es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la parálisis política de Naciones Unidas. Tras las intervenciones esporádicas, lo que se está dando lugar es a una guerra permanente e limitada[268]. Por el momento, no parecería exagerado afirmar que el «pacifismo jurídico» que, de Kant a Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Jürgen Habermas, señaló al Derecho y a las instituciones internacionales como los grandes instrumentos principales (y casi exclusivos) para llevar a cabo la paz y la protección de los derechos fundamentales. Para Danilo Zolo, ello refleja una ilusión ilustrada, un optimismo normativo y la ingenuidad de un universalismo cosmopolita. Una vez rota la biopolaridad hasta el momento presente, las grandes potencias occidentales utilizan arbitrariamente la fuerza militar, y no contentándose con ello proceden a utilizar el Derecho internacional en nombre de su incondicionado *ius ad bellum.* En este balance de fracasos se añade la de la jurisdicción penal internacional, pues ante la creciente concentración del poder político-militar internacional, que está conformando una especie de «constitución imperial del mundo», una corte penal internacional puede convertirse en un simple instrumento tendencioso bajo el control subordinado de las grandes potencias imperiales. Y, en el caso de que pretenda asumir un papel independiente, puede que su destino sea el mismo que la Corte Penal Internacional de la Haya[269].

En todo caso, resulta significativo el hecho de que las relaciones internacionales están sometidas a una lógica schmittiana de la excepción permanente —y excepción totalitaria—, donde imperan las relaciones de fuerzas y la decisión política de los Estados más poderosos respecto a un precario orden jurídico-institucional internacional[270]. La crisis económica de la primera década del siglo veintiuno y las decisiones aparentemente impuestas por los «mercados» reflejan esa situación de excepción.

El nuevo orden imperial no ha desplazado completamente a los Estados nacionales. Es más, aunque el capitalismo globalizado se dote de instituciones interestatales o supraestatales, es innegable que el horizonte político actual continúa necesitando y dependiendo de las políticas estatales. «Su forma política global es la de un sistema múltiple de Estados territoriales (no necesariamente nacionales). Para garantizar la seguridad y rentabilidad del capital, los Estados con pretensiones hegemónicas deben civilizar no sólo las relaciones sociales internas, sino también el sistema global de las relaciones internacionales. Ni el imperio de Negri ni el ultraimperialismo imaginado antaño por Kautsky ha tomado el relevo del orden internacional constituido por una jerarquía de Estados

[268] Bensaïd, D.: *Elogio de la política profana (2009),* Barcelona, Ed. Pensínsula, 2009, págs. 95 y sigs.

[269] Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Ed. Trotta, 2006, págs. 84-85; Zolo, D.: *Terrorismo humanitario. Dalla guerra del Golfo alla strage di Gaza,* Regio Familia, Diabasis, 2009; Zolo, D.: *Tramonto globale. La paurla, i diritti, la guerra,* Firenze, UP, 2010. Nótese que esa idea de «justicia de los vencedores» debe conectarse con el extraordinario estudio, desde el marxismo crítico de la Escuela de Frankfurt, del Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos,* edición y estudio preliminar «Estado y democracia en Otto Kirchheimer» (pp.XVII-CLXXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, el cual advertía de los riesgos de una neutralización de la distinción funcional entre política y justicia, pues si se consuma, el proceso penal acaba desplegando tan sólo funciones parajudiciales o extrajudiciales, es decir, la teatralización ritual de la lucha política, la personalización y la estigmación del enemigo, la legitimación procedimental de las medidas que se pretenden tomar en su contra, el sacrificio expiatorio.

[270] La amplitud y alcance de esa lógica de la excepción, en Bensaïd, D.: *Elogio de la política profana* (2009), Barcelona, Ed. Pensínsula, 2009, págs. 54 y sigs., y 81 y sigs.

territoriales». El mercado capitalista requiere de mecanismos institucionales que garanticen su funcionamiento y reproducción. En relación a ello, no se trata de regresar hacia utópicos automatismos mercantiles supuestamente naturales, y ello es así tanto en el plano nacional como internacional. En el ámbito internacional la globalización capitalista —incluso bajo esquemas de una renovada ideología económica pragmática— exige una decida «contrarreforma» político-institucional con la finalidad imponer nuevos instrumentos jurídicos e institucionales globalizados, nuevos recortes territoriales, nuevas reglas comerciales y jurídicas internacionales[271].

Lo que resulta hoy obvio es que el orden del capital descansa en una pluralidad de Estados, cuya cooperación en el marco de la «gobernanza global» no sustituye (todavía) a sus tradicionales funciones gubernamentales. Por el contrario, su función tendrá que evolucionar, en la medida en que ya no garantizan solamente sus mercados internos, sino que deben asegurar el crecimiento de la reproducción social y proteger la propiedad más allá de sus fronteras específicas[272]. No parece que todavía estemos ante el fin de la modernidad organizada de los territorios y los Estados-nación —como afirma Jürgen Habermas[273]—, porque el capital continúa necesitando del poder de regulación, racionalización y estrategia militar de los Estados nacionales[274]. Por lo demás, la utopía de la razón comunicativa y del formalismo jurídico se ve obstaculizada por el proceso liberal de desintegración y desafiliación social. La propuesta de Habermas de construir una democracia cosmopolita deliberativa y procedimental, cuyo marco normativo estaría representado por los derechos humanos, opera como la profesión de fe de un universalismo abstracto que oculta la razón del más fuerte. Los acontecimientos internacionales de los últimos años cuestionan seriamente este optimismo cosmopolita y ha hecho dudar al mismo Habermas de la viabilidad de su propuesta de entendimiento mutuo en el marco de su teoría de la acción comunicativa[275]. Es lo cierto que la inserción del Estado-nación en el mercado mundializado plantea una creciente tensión entre Estado-Mercado y democracia constitucional. La misma forma de «Estado-Mercado» incrementa la exclusión social y la precarización del trabajo (que eufemismos aparte determina una progresiva remercantilización del trabajo y de los derechos sociales de ciudadanía)[276]. Cuando el poder económico se impone a la política democrática, el autoritarismo acaba implantándose.

Sin duda, se está formando una nueva forma de «Estado-Mercado» comprometido al mismo tiempo con las condiciones de competitividad de sus economías y empresas y con la seguridad pública (el «Estado-Mercado» es también un «Estado de Seguridad»). Se plantea actualmente el tendencial

[271] Bensaïd, D.: *Elogio de la política profana (2009),* Barcelona, Eds. Pensínsula, 2009, págs. 242-243.

[272] Bensaïd, D.: *Elogio de la política profana (2009),* cit., pág. 248.

[273] Habermas, J.: *Más allá del Estado nacional,* Madrid, Ed. Trotta, 1997; *íd.: El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional,* trad. D. Gamper Sachse, Madrid/Buenos Aires, Editorial katz, 2008.

[274] En esto coinciden a pesar de sus diferencias David Harvey (*El Nuevo imperialismo (2003),* Madrid, Ed. Akal, 2007; *ID.: Los límites del capitalismo y la teoría marxista,* México, FCE, 1990); E. M. Wood (*Empire of capital,* Verso, 2003; *Capitalismo contra democracia,* México, Siglo XXI, 2000); Hirsch, J.: *Globalización, capital y Estado,* México, UNAM, 1996.

[275] Bensaïd, D.: *Elogio de la política profana (2009),* cit., pág. 256. En realidad, la disolución del Estado-nación en el imperio, el Estado mundo o la «estatificación mundial» dista de ser algo inminente. En cambio, asistimos a la metódica destrucción del modelo keynesiano de regulación y al fracaso de los pactos sociales o populistas de la posguerra. Si bien estos Estados nacionales no han desaparecido en el contexto de la mundialización, sí que se han debilitado. Se efectúan traspasos de soberanía en beneficio de instituciones como las de la Unión Europea o las de la «gobernanza mundial». Es cierto que las formas democráticas se desintegran a medida que el Estado competitivo se impone sobre el Estado garante de solidaridades, pero los mecanismos de dominación no se debilitan, más bien todo lo contrario. El antiguo Estado social degenera en un Estado disciplinario de talante neoliberal, cuya prioridad es la seguridad pública. Paralelamente, el pueblo de ciudadanos se divide en grupos, comunidades, tribus y multitudes. La sociedad pierde sus espacios (págs. 264-265).

[276] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, E. Bomarzo, 2011.; *íd.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

desplazamiento de los Estados keynesianos de bienestar a una forma de Estado competitivo schumpeteriano o, más exactamente «Estado-Mercado», el cual prioriza la competitividad económica y la innovación. Pero sucede que este desplazamiento de formas políticas se ha hecho acompañar de retrocesos en materia de derechos sociales, destruyendo la solidaridad social y fomentando el individualismo posesivo, dando lugar a una creciente polarización social que se traduce en niveles, cada vez más elevados, de exclusión social. Este proceso de transición de formas políticas se está efectuando en las condiciones impuestas por una globalización neoliberal liderada por los intereses del capital financiero. Lo cual determina el surgimiento de un modelo de Estado competitivo, que lejos de optimismos precedentes, tiende visiblemente a conformarse como «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica» *subordinada* a escala internacional[277]. La arquitectura específica del Estado contemporáneo facilita que determinadas fuerzas sociales utilicen el poder público para defender sus intereses y valores por contraposición a otras fuerzas sociales con diversos horizontes de acción. En estas coordenadas políticas, no parece admisible la idea de que haya una *única* lógica del capital, pues se opera una serie de dinámicas que compiten entre sí, asociadas con las diversas fracciones del capital. De manera que la tarea de identificar los intereses del capital en su conjunto («capital colectivo») es difícil y siempre contingente[278].

No parece que haya llegado la hora en que pueda afirmarse sin más que la era de la estatalidad estaría próxima o tocando a su fin. Ciertamente, se puede constatar que se viene produciendo una relativa pérdida de «soberanía» estatal, tanto en el ámbito interno, como en el externo. Pero ni los procesos internos ni los pretendidamente externos (la globalización) han comportado la pérdida del poder del Estado en términos generales. La desaparición y la pérdida de poder de los Estados nacionales es un mito político. No obstante, se tendrá que convenir que el orden establecido en la globalización neoliberal si ha supuesto el visible dominio e imposición de las «reglas de juego» por parte de los Estados más poderosos a nivel mundial (precisamente estos Estados son los más decididos impulsores de la globalización), con el consiguiente detrimento del espacio de poder y de maniobra política de los Estados «más débiles» en el sistema internacional. En todo caso, es difícil pensar en sociedad complejas (donde se garantizan los derechos fundamentales de la persona y se racionalizan las variables económicas) se produzca una ausencia de dominación política, y, por otra parte, solo se atisba a vislumbrar en la superposición a la forma Estado de estructuras supranacionales de organización política (paradigmáticamente, Unión Europea[279], integrada como unidades constituyentes consistentes en Estados constitucionales democráticos que deciden formar

[277] 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 la crisis del Estado Social de Derecho"), págs. 8 y sigs., Capítulo II, págs. 137 y sigs., y 213 y sigs.

[278] Jessop, R.: *El futuro del Estado capitalista,* Madrid, Libros de la Catarata, 2008; y, en una línea pluralista revisada, Migdal, J.S.: *State in Society Studyng How States And Societies Transform And Constitute one Another,* Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

[279] Ya es significativo, que al margen de la tradición cultural del pensamiento crítico, se haya apreciado la emergencia de una suerte de Estado multinivel como nueva forma de dominación política dentro de la transformación —que no desaparición— del Estado moderno. Así, Benz, A.: *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs.456 y sigs. («¿Estado europeo o «*Multilevel governance*»?, y «el Estado multinivel como nueva forma de dominación»), que hace notar que el proceso de globalización e internacionalización no supone la decadencia del Estado muchas veces pronosticada. El Estado moderno sigue siendo más fuerte y capaz de lo que muchos observadores han supuesto o afirmado. En él se ponen, como ha sucedido siempre, las experiencias de los ciudadanos referidas a todas las funciones del Estado surgidas a lo largo de la historia. El Estado es, como siempre, la única institución verdaderamente reconocida en la que se ha podido *diseñar y ejecutar la dominación de forma democrática.* Y como ha sucedido siempre, las competencias de poder legítimo se han ejercido eficazmente sobre todo el Estado (págs.468-469). Pero no se puede dudar de que siempre se encuentra en constante proceso de transformación. Una reflexión crítica sobre la *Multilevel governance,* en Scarlatti, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel,* trad. A. Lasa López, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, espec., págs. 93 y sigs.

un nuevo orden superpuesto de dominación geopolítica definida), que no han surgido en lugar de la estructura de dominación estatal, sino como una nueva forma de dominación política asociada a los Estados miembros.

Nos encontramos, pues, con transformaciones de la estatalidad. Entre ellas la transformación del Estado Social intervencionista por una nueva forma de Estado neoliberal o postsocial, que puede calificarse de emergente «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica», donde la competitividad se hace prevalecer sobre el pleno empleo (éste se corresponde a lo que se dio en llamar, equívocamente, «Estado de Trabajo»). Ello es coherente con la perspectiva crítica que considera al Estado como la forma de dominación política específica de una época de la historia, y que como tal fenómeno histórico sufre transformaciones constantes que obligan a revisar la teoría política crítica. El Estado moderno se encuentra sometido a un proceso incesante de cambio. En este contexto la relación entre globalización y Estado nacional es compleja[280]. Por lo pronto es de señalar que la globalización capitalista y el Estado nacional de competencia económica («Estado-Mercado») tienen la virtualidad conjunta de socavar dos fundamentos principales de la democracia constitucional, a saber: el principio del gobierno responsable y el principio de un pueblo democrático con capacidad consensual efectiva, de manera que mientras se dicten mayores decisiones políticas fundamentales por parte de aparentes «circunstancias forzosas» de la economía global, más vacía y carente de sentido será la función de los procesos democráticos a nivel estatal nacional. Y mientras más pronunciadas sean las desigualdades de «ciudadanía». El «pueblo» se desintegra con mayor fuerza en grupos que no se toleran, combatiéndose entre sí[281].

En ese nuevo contexto de mundialización del capital, el «Estado nacional de competencia», constituye un tipo de Estado cuya política y estructura internas son determinadas decisivamente por las presiones de la competencia internacional por el «lugar óptimo». Esta forma de Estado trata de hacer óptimas las condiciones de valorización del capital a escala nacional en relación con el proceso de acumulación rentable a escala global en continua competencia con otros «lugares óptimos nacionales». Por otra parte, se tiende hacia la des-democratización real dentro del marco institucional de la democracia liberal, lo que significa que las grandes decisiones políticas principales son substraídas a los procesos democráticos de formulación de voluntades y de los intereses expresados por la población. Ese «Estado nacional de competencia» económica no es un Estado liberal a la antigua usanza (si alguna vez existió como tal), pues se caracteriza por un fuerte intervencionismo económico y social, ordenando los procesos económicos y sociales con sometimiento a las fuerzas de los hechos del mercado mundial, pero a costa de una desvirtuación y desnaturalización de las instituciones de la democracia representativa, quedando éstas relegadas a mecanismos para la implantación de los intereses del capital internacional y para la autorreproducción de las élites de poder político y económico. Interesa reparar en el dato fundamentalmente que fueron precisamente los propios Estados dominantes los que impulsaron la globalización y, con ello, su propia transformación. Su debilitamiento en cuanto a la efectividad de los procesos democráticos es el resultado de un cálculo político estratégico, con independencia —es preciso matizar— del éxito a largo plazo de dicha nueva estrategia de racionalización instrumental del capitalismo a escala nacional e internacional (como, por cierto, la crisis estructural del presente ha evidenciado; son, por así decir, los límites de auto-racionalización eficiente del sistema capitalista contemporáneo). Al instante se vislumbra que la nueva forma de «Estado de competencia», y su política de «lugar óptimo» en el orden económico internacional (con la consiguiente exigencia de austeridad en el gasto social y subsidiariedad competitivas), facilita que se arguya, de modo abiertamente explícito y generalizado, que no existe una alternativa «realista»

[280] Para la relativa crisis de la soberanía estatal en el contexto de la globalización, por la pérdida de control de importantes aspectos decisionales, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La tradición del marxismo crítico,* Granada, Ed. Comares, 2011, espec., cap. IV, págs. 119 y sigs.

[281] Véase Hirsch, J.: *Globalización, capital y Estado,* México, UAM-X, 1996, pág. 119.

o «pragmática» al desmantelamiento progresivo y sistemático del Estado Social. De este modo, se comprenderá, que se afirmen y desarrollen rasgos totalitarios, aun ahí donde formalmente todavía funcionan las instituciones democráticas (propias de la democracia constitucional). Si la democracia ya no significa más que un medio para combatir a los otros y con esto se convierte en un mecanismo de administración del dominio, la explotación y la subyagación, entonces la democracia se transforma en su contrario[282].

Esas dificultades se intensifican ante la concurrencia de dos fenómenos encadenados: el desplazamiento de la forma política de Estado Social por la distinta forma política de «Estado-Mercado», por un lado, y, por otro, la formación de un modelo de globalización «neoliberal» —gobernada por las grandes potencias y empresas internacionales— que deja poco espacio de maniobra para la realización de políticas reformistas comprometidas no ya sólo con la construcción progresiva de un Estado democrático de Derecho socialista, sino con el mantenimiento del actual Estado Social de Derecho.

Los Estados nacionales y sus respectivos ordenamientos internos están siendo intensamente afectados por el proceso de globalización, condicionando sus decisiones en materia política, económica y sociolaboral. Las grandes potencias estatales, además, son las grandes impulsoras de la globalización en las circunstancias actuales. En el plano político y jurídico se están poniendo en cuestión las grandes categorías de la teoría político-jurídica clásica, como las nociones de soberanía, representación parlamentaria, principio de responsabilidad política, democracia, participación política, Constitución jurídica (especialmente con la generalización del fenómeno de la «*desconstitucionalización*») y, en general, el papel que se le hace corresponder al Estado nacional en el contexto de la presente fase de la mundialización. Ello es el resultado del impulso de los nuevos espacios de poder y de la emergencia de nuevas realidades políticas e institucionales a escala internacional y europea. Todo ello en un contexto inestable donde coexisten los Estados nacionales (pretendidamente «soberanos» y con pretensión de soberanía, interna y externa) y las nuevas instancias de poder político «supranacional»; una coexistencia problemática con difícil punto de equilibrio de poderes.

En el proceso de integración europea ha quedado implicada la exigencia de una profundización teórica sobre el concepto de poder constituyente y la misma idea de democracia constitucional. En la lógica interna del constitucionalismo democrático el poder constituyente, que expresa la participación popular activa en el proceso político, constituye un elemento ineludible de la democracia constitucional[283]. Y es indiscutible porque no sólo pertenece a la esencia de la democracia moderna, sino que, en relación a ello, constituye el elemento primordial de legitimación de todo orden político-jurídico que merezca ser calificado como democrático[284].

---

[282] Hirsch, J.: *Globalización, capital y Estado,* México, UAM-X, 1996, págs. 100-104.

[283] Véase Böckenförde, E.W.: «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en Böckenförde, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia,* trad de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Ed. Trotta, 2000, págs.159 y sigs.; Ruipérez, J. : *La «Constitución europea» y la Teoría del Poder Constituyente,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, espec., págs. 1 y sigs.; Buelga, G. M.: «Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea», en *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 15 (2004), págs. 133 a 158; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *íd.: Fundamentos doctrinales del derecho socila en España,* Madrid, Ed. Trotta, 1999. En una perspectiva general, Negri, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad,* trad. Clara de Marco, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994; Häberle, P.: *«Potere costituente (teoria generale)»,* en *Enciclopedia giuridica Treccani,* XXIII, Roma, 2000; Pissarello, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático,* Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 70 y sigs.

[284] Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 63 y sigs. También VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2012, espec., comentarios al Título VII de la Carta de la Unión Europea, págs. 1299 y sigs.

En ese contexto, se puede reflexionar sobre la problemática legitimación de la Unión Europea en la perspectiva del constitucionalismo «multinivel». La reflexión tiene que partir de la interrogante sobre la posibilidad de una Constitución europea independiente del marco territorial de un concreto Estado nacional: es lo que se ha dado llamar constitucionalismo multinivel, propuesta problemática y discutible que rompe con la tradición del constitucionalismo liberal, y que configuraría un sistema constitucional unitario integrado por las Constituciones jurídicas de los Estados miembros. Ese pluralismo constitucional interdependiente determinaría que el conjunto del sistema constitucional europeo sería *ordenamiento jurídico en continua evolución;* y, por tanto, un marco supranacional siempre en construcción.

En relación a esa «Constitución multinivel» se puede observar críticamente que esa Constitución jurídico-política «sin nación», «sin Estado» y «sin pueblo», se alejaría explícitamente de una opción en favor de un paradigma de Unión Europea del tipo «Estado federal» y sobre todo, y más importante, de la forma clásica de entender la democracia constitucional. Con ello, se prescinde de los clásicos fundamentos de legitimación social y cultural (la «nación»), políticos e institucionales (el Estado) y democráticos (el pueblo) del constitucionalismo moderno y de la teoría democrática de la Constitución, al que le es inherente los principios constitutivos de la democracia contemporánea[285]. Esta idea de una constitución compuesta de Europa y la propuesta de una Constitución europea entendida como «constitución de constituciones» (Unión de constituciones), expresa una reformulación de la idea político-jurídica de la Constitución, pues tiende a emanciparse de un fundamento único y homogéneo de legitimación del poder (europeo) orientado a satisfacer el «bien común» de la comunidad política formalizada al máximo nivel. No sólo se aparta de la idea (con independencia del hecho de que tuviera como máximo teorizador a Carl Schmitt) de unidad política de un Estado determinado por la decisión fundamental del poder constituyente respecto a fines, valores e intereses, sino que también se aparta de la idea de una Constitución jurídico-política reflejo de la integración de una sociedad pluralista en torno a valores comúnmente compartidos[286] y garantista de una identidad *plural* donde el poder constituyente de los pueblos europeos sea un instrumento de legitimación política de los poderes constituidos de la Unión Europea[287].

Queda difuminada la idea de un sistema de democracia constitucional que formalice una identidad político-jurídica de todos los ciudadanos de la unidad política de referencia; una Unidad Política Europea que no podrá tener nunca una identidad única y excluyente si quiere reflejar el pluralismo realmente existente en la compleja sociedad europea. Precisamente, la Unión Europa debería de formalizarse en una Constitución jurídico-política que *funde, defina y organice una entidad política pluralista y determine los mecanismos de integración y valores compartidos,* que sirvan de soporte para hacer valer de manera autónoma, en el interior y en el exterior, el interés general y los valores europeos compartidos; es decir, una *Unión Europea de identidad plural* (y con un marco común compartido) de inevitable (y positiva) conformación pluralista y culturalmente abierta, dotada de entidades político-jurídicas comunes y tradiciones culturales diversas que la enriquecen y han de ser respetadas. La Unión Política Europea necesita de un *poder democrático*; necesita dotarse

[285] Cantaro, A.: *Europa sovrana,* Bari (Italia), Edizioni Dedalo, 2005; trad. *Europa soberana. La construcción de la Unión entre guerra y derechos,* Prólogo de P. Barcellona, trad. y presentación de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Barcelona, Eds. De Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, Capítulo cuarto («Europa mínima»), págs. 77 y sigs.

[286] Smend, R.: *Constitución y Derecho Constitucional,* trad. J. M. Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, espec., págs. 62 y sigs., y 225 y sigs. («Contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial los Derechos Fundamentales»). Véase también 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, págs.. 127 y sigs., 161 y sigs., y 179 y sigs.

[287] Es significativa la concepción del Estado constitucional que realizara Heller, H.: *Teoría del Estado,* edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann Heller" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

de instituciones verdaderamente identificables como tales, que permita, ante todo, garantizar la participación política a todos los niveles, una identidad plural compartida y el respeto a la misma coexistencia de identidades particulares y culturales diversas.

No obstante, en el momento presente, lo que impera más bien es la ideología jurídico-política europea de una «*soberanía compartida*», *imperfecta e insuficiente*, que en el plano teórico se trataría de una soberanía plural al mismo tiempo europea y de carácter nacional, pero que en la práctica no se acaba construyendo una Unión Europea como unidad política definida; a la par que los Estados nacionales —parcialmente soberanos—, pierden ámbitos fundamentales de su autonomía decisoria en el plano político-jurídico, económico, fiscal y parcialmente iusocial (de manera que el Derecho Social del Trabajo en el ámbito europeo y nacional tiende a quedar siempre subordinado —e «infiltrado» por su lógica de racionalización instrumental— al Derecho Europeo Económico de la Competencia, dentro y fuera de las fronteras estatales, pues lo que impera es la constitución económica material europea sobre una debilitada constitución social europea) [288].

Se puede, así, defender la instauración de una soberanía europea integrada y plural, a través de un proceso constituyente democrático que necesariamente tiene que reclamar el protagonismo de todos los ciudadanos de la Unión Europea. Dentro del equilibrio inestable que siempre ha existido entre el proceso de integración europeo y las soberanías nacionales, el proceso ha ido avanzando atendiendo a la concurrencia de diversas fuentes de legitimación (que giran sobre el principio de soberanía popular), que han permitido al mismo tiempo construir un poder europeo soberano y original distinto a los poderes nacionales de soberanía limitada situados en permanente tensión política y competencial. En todo caso, la teoría de la Constitución jurídica «supranacional» europea se emancipa, por así decirlo, del presupuesto clásico de estatalidad, es decir, fuera del espacio político acotado bajo la forma política del Estado nacional, y no sólo desde el particular enfoque del constitucionalismo «multinivel». Ello implica un replanteamiento de la teoría tradicional que delimita exclusivamente la idea de constitución jurídica a la Constitución propia del Estado-nación, pudiéndose hablar de una teoría constitucional que no se limite a las fronteras del Estado nacional, sino que pueda abarcar a las Constituciones jurídicas de unidades políticas supranacionales.

Ahora bien, el enfoque particular del llamado constitucionalismo multinivel resulta cuando menos problemático. La creación de un sistema constitucional europeo integrado y multinivel llamado a legitimar el propio poder soberano sobre su fundamento originario que se afirma sobre la base de una perspectiva unitaria, una teoría de la legitimación europea que incorporando al nivel supranacional la contribución de la dimensión democrática que pertenece a los Estado miembros identifica en los ciudadanos de la Unión el presupuesto de la legitimación democrática, es fuente de importantes ambigüedades y merecidas objeciones. Ciertamente, la necesidad de disponer de un fundamento democrático que legitime la Unión Europea parece, desde el punto de vista del constitucionalismo multinivel, redimensionar su relevancia, *ocultarse y tender diluirse o desaparecer en una fina red de reenvíos y continuas remisiones a los procedimientos y a las dinámicas específicas de las democracias nacionales*. Es así que el constitucionalismo multinivel postula una solución en la teoría político-jurídica de carácter artificial que presupone legitimado democráticamente por los ciudadanos

[288] En estas cuestiones la reflexión de Cantaro es altamente sugerente en muchos aspectos, aunque discutible en otros, que justifican su propuesta arriesga de reformación política de la Unión Europea como «Europa Soberana» frente a otras potencias que operan a nivel mundial y con carácter sustitutivo de la esfera de soberanía retenida aún por los Estados miembros. Véase Cantaro, A.: *Europa sovrana,* Bari (Italia), Edizioni Dedalo, 2005; trad. *Europa soberana. La construcción del a Unión entre guerra y derechos,* Prólogo de P. Barcellona, trad. y presentación de G. Pisarello y A. de Cabo, Barcelona, Eds. De Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, págs. 182-183. Sobre los procesos de involución actual del constitucionalismo democrático, despojando al principio democrático de su componente igualitario y emancipador, puede consultarse las sugerentes reflexiones críticas de Pissarello, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático,* Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 169 y sigs.

europeos un ordenamiento jurídico supranacional cuyo Derecho se fundamenta, por lo demás, en los principios de la primacía comunitaria (ordenación jerárquica del nivel europeo sobre el estatal) y del efecto directo de las normas europeas, y que al mismo tiempo diluye el contenido de aquella pretensión de legitimación en la relación de integración y compenetración que conecta los múltiples ordenamientos constitucionales de los Estados miembros al ordenamiento jurídico supranacional en un sistema unitario dotado de principios y reglas propias. Por otra parte, la remisión a los imperativos de funcionalidad, a una idea de supremacía comunitaria, revela una peligrosa apertura hacia una forma de legitimación de la Unión Europea autocomprensiva y de contenidos no atribuibles a la democraticidad[289]. Sin embargo, será necesario trabajar por la instauración de un constitucionalismo europeo que vaya más allá del Estado nacional, pero no en contra de su misma realidad existencial.

Se puede objetar, en este orden de ideas, atendiendo al estado actual del proceso de integración europea y a las propuestas del constitucionalismo multinivel, que las bases de legitimación democrática de la Unión son insuficientes y deficientes. En particular, el constitucionalismo multinivel está basado en un modelo de legitimación europea básicamente autorreferencial que remite a un concepto de legitimación no participativa, cerrada y, en consecuencia, no democrática, generando una fuerte revisión de las instituciones de legitimación directa y participativa que caracterizan a los modelos de legitimación construidos por el constitucionalismo democrático sobre todo a partir de la segunda postguerra mundial de las experiencias históricas de los Estados europeos, y desatendiendo la importante cuestión de las carencias y los límites de democraticidad que afectan al ordenamiento jurídico de la Unión. De este modo, la solución político-jurídica que propone el constitucionalismo multinivel pone de manifiesto una apertura hacia un enfoque de la legitimación del poder europeo de carácter eminentemente tecnocrático y funcionalista. Será necesario establecer una síntesis equilibrada y coherente entre las constituciones nacionales y la experiencia de construcción jurídica de la Unión Europea. Ahora bien, la idea de una implicación no meramente formal y artificiosa de las dimensiones democráticas propias de los Estados miembros, de las instituciones públicas nacionales y de los espacios y circuitos de la política interna, si por un parte puede contribuir a la determinación de un espacio político-jurídico europeo democrático, por otra, no es susceptible de sustituir a una teoría de la legitimación democrática del ordenamiento jurídico-político de la Unión Europea propia y autónoma y, por tanto, constituir el presupuesto imprescindible en la actual configuración de un modelo de legitimación europea adecuado y coherentemente democrático. La garantía de una autónoma y más sólida legitimación democrática del ordenamiento jurídico-político europeo permanece como una exigencia fundamental e irrenunciable para el proceso de integración supranacional[290].

No hay que olvidar que, partiendo de la relación biunívoca entre Poder y Derecho, el Estado constitucional de Derecho supone la progresiva positivación del sistema de límites y los vínculos jurídicos del poder detentados tanto en el ámbito interno (o nacional) como en el internacional y europeo. El Derecho contribuye a limitar y legitimar el poder, procedimentaliza la decisión política, aunque sin poder clausurar «lo político», que no es susceptible de una juridización integral y definitiva. Es aquí donde debe fortalecerse la democracia mediante la persistencia y la potenciación del poder popular, precisamente como condición para el mantenimiento y profundización en la lucha por la garantía efectiva de los derechos. El poder constituyente del pueblo (metafóricamente, la «soberanía popular»), por más que a veces se afirme lo contrario, no se agota en su ejercicio, es decir, en el acto constituyente; está llamado —y es necesario que sea así— a persistir durante la vigencia del orden constituido. Es la única manera de contrarrestar al poder no sólo instituido, sino también a los

[289] Scarlatti, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel,* A. Lasa López, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pág. 121 y sigs.

[290] Scarlatti, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea,* cit., págs. 135 y sigs.

poderes fácticos que ostentan las grandes organizaciones de intereses económicos que estructuran en la práctica las Constituciones materiales de los sistemas democráticos actuales, pues la política no se agota en la política institucional legítimamente instituida. Esos poderes invisibles o intransparentes desvirtúan el principio democrático poniendo incluso los poderes públicos –estatales o supraestatales- al servicio de sus intereses particularistas[291].

5. OBRAS SELECCIONADAS Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO

Le droit constitutionnel et la socilogie, *Revue internationale de l´enseignement*, 1889.

La séparation des pouvoirs et l´Assemblée nationale de 1789, *Revue d´economie* politique, 1893. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789,* Presentación y trad. de P. Pérez Tremps, Centro de Estudios Cconstitucionales, Madrid, 1996.

Un séminaire de sociologie, en *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1, 1893.

Des fonctions de l' Etat moderne*, Revue internationale de sociologie*, 1894.

L'Etat, le droit objectif et la loi positive (Estudes de Droit public, I), 2 vols., Fontemoing, Paris, 1901.

Les transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon, Félix Alcan, Paris, 1902 (2ª ed.1920) ; *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón,* trad. de C. González Posada, doctor en Derecho, de la 2ª ed. corregida y aumentada, Francisco Beltrán, editor, Madrid, 1921.

L'Etat, les gouvernants et les agents (Estudes de Droit public, II), Fontemoing, Paris, 1903.

Discours lors du Congrès nacional de la propiété bâtie de France, G. Delmás, Bourdeaux, 1905.

Manuel de Droit constitutionnel, Fontemoing, Paris, 1907, 2 vols. (2ª ed. 1911, 4ª ed. 1923). *Manual de Derecho constitucional*, trad., prólogo y apéndice sobre "La representación proporcional" por José G. Acuña, Francisco Beltrán, editor., Madrid, 1926.

Manual de Derecho Constitucional, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat (Conferencias impartadas en 1908), 3ª ed., 1921. *La transformación del Estado,* trad. de la 2ª ed., corregida y aumentada, seguida de un estudio sobre "La nueva orientación del Derecho político"*,* por A. Posada, Profesor en la Universidad de Madrid, con un prefacio del autor, F. Beltrán, editor., Madrid, 1909.

Las transformación del Estado, incluida Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado,* edición crítica y estudio preliminar, «Objetivismo jurídico y teoría de los «derechos » en León Duguit » (pp. XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Traité de Droit constitutionnel, 1ª ed., en 2 vols., E. De Boccard, Paris, 1911, con sucesivas ediciones (2ª. ed. en 3 t. 1923; 3ª ed. y última, en 5 t., 1927-1928). La 3ª ed. del t. III, al cuidado de Michael Duguit, E. De Boccard, Paris, 1930.

La représentation syindicale au Parlament, *Revue politique et parlamentaire*, juillet 1911.

Les transformations du Droit public, Armand Colin, Paris, 1913 (otras eds. en 1914 y 1921. Las transformaciones del Derecho Público, trad con Estudio preliminar de A. Posada y R. Jaén, F. Beltrán, editor, Madrid, 1915.

The Law and the State, número especial de la *Harward Law Review,* noviembre, 1917.

Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel, *Revue du Droit Public*, 1918. (versión reducida del anterior estudio).

Souveraineté et liberté, Félix Alcan, Paris, 1922. *Soberanía y Libertad,* Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York), trad. y pról. de J. G. Acuña (Cónsul de España y Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña), Francisco Beltrán, Madrid, 1924.

[291] De interés Wolfe, A.: *Los límites de la legitimidad: contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo,* México D.F., Siglo XXI, 1980. Norberto Bobbio, hace también referencia a los poderes invisibles y la neutralización de los principios de la democracia constitucional. Véase Bobbio, N.: *El futuro de la democracia,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 2007.

Soberanía y libertad, Lecciones dazdas en la Universidazd de Columbia (New-York), trad. y Prólogo por J. G. Acuña, revisión y estudio preliminar, "La soberanía en la modernidad: León Duguit y la "crisis" de la soberanía" (pp. IX-LXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

El pragmatismo jurídico, Conferencias pronunciadas en francés en la Universidad de Madrid, recogidas y traducidas por alumnos de doctorado bajo el encargo del Profesor Olariaga, Catedrático de Política Social, y la corrección del Profesor Saldaña, Catedrático de Derecho de la Universidad Central, quien realiza un Estudio Preliminar, F. Beltrán, Madrid, 1924.

El pragmatismo jurídico, México D.F., Ed. Coyoacán, 2008.

Las transformaciones del Derecho (Público y Privado), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975. (Reedita y compendia en un mismo volumen las traducciones de *Les transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon* y *Les transformations du Droit public*). Duguit, L. : *Las transformaciones del Derecho público y privado,* edición crítica y estudio preliminar, «Objetivismo jurídico y teoría de los «derechos » en León Duguit » (pp. XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Leçons de Droit public général, E. De Boccard, Paris, 1926

Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 7ª éd., Paris, 1952.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Laborum

nº 12 (3er 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 12 (2024): 323-369.

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. UNIÓN EUROPEA

-Inteligencia artificial. - Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). (DOUE L 2024/1689, 12-07-2024)

El objetivo de este Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Al mismo tiempo, este Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios basados en la IA, con lo que impide que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de IA, a menos que el presente Reglamento lo autorice expresamente.

Las normas armonizadas que se establecen en este Reglamento deben aplicarse en todos los sectores y deben entenderse sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos, protección de los consumidores, derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores y seguridad de los productos, al que complementa el presente Reglamento.

En el contexto del empleo y la protección de los trabajadores, se establece que *este Reglamento no debe afectar*:

— Al Derecho de la Unión en materia de política social ni al Derecho laboral nacional —de conformidad con el Derecho de la Unión— relativo a las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas la salud y seguridad en el trabajo y la relación entre empleadores y trabajadores;

— Al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluidos el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas

en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros y el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o a llevar a cabo acciones colectivas conforme al Derecho nacional;

— A las disposiciones destinadas a mejorar las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales establecidas en una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales;

— Al Derecho laboral nacional ni al Derecho en materia de protección de menores, a saber, de personas de menos de dieciocho años.

El objetivo de este Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión así como prestar apoyo a la innovación.

El Reglamento establece: a) normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA en la Unión; b) prohibiciones de determinadas prácticas de IA; c) requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones para los operadores de dichos sistemas; d) normas armonizadas de transparencia aplicables a determinados sistemas de IA; e) normas armonizadas para la introducción en el mercado de modelos de IA de uso general; f) normas sobre el seguimiento del mercado, la vigilancia del mercado, la gobernanza y la garantía del cumplimiento; g) medidas en apoyo de la innovación, prestando especial atención a las pymes, incluidas las empresas emergentes.

Se establecen reglas de clasificación de los *"sistemas de IA de alto riesgo"* (art. 6 del Reglamento), respecto de los cuales se establecen *limitaciones* importantes:

Así, un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación: a) que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos, y b) que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad de terceros para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I.

Además, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III, entre los cuales se incluyen:

1- *Biometría*, en la medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable.

2- *Infraestructuras críticas*: Sistemas de IA destinados a ser utilizados como componentes de seguridad en la gestión y el funcionamiento de las infraestructuras digitales críticas, del tráfico rodado o del suministro de agua, gas, calefacción o electricidad.

Los sistemas de IA pueden tener un efecto adverso para la salud y la seguridad de las personas, en particular cuando funcionan como componentes de seguridad de productos, por ello es importante prevenir y mitigar debidamente los riesgos de seguridad que pueda generar un producto en su conjunto debido a sus componentes digitales, entre los que pueden figurar los sistemas de IA (por ejemplo, los robots cada vez más autónomos que se utilizan en las fábricas o con fines de asistencia y atención personal). Del mismo modo, en el sector sanitario, los sistemas de diagnóstico y de apoyo a las decisiones humanas deben ser fiables y precisos.

3- *Educación y formación profesional*.

4- *Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo*:

a) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos;

b) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones.

Deben clasificarse como de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en los ámbitos del empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, en particular para la contratación y la selección de personal, para la toma de decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral, la promoción y la rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales y para la supervisión o evaluación de las personas en el marco de las relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales, a los medios de subsistencia de dichas personas y a los derechos de los trabajadores. Las relaciones contractuales de índole laboral deben incluir, de manera significativa, a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el programa de trabajo de la Comisión para 2021.

Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, determinados grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad.

5- *Acceso a servicios privados esenciales y a servicios y prestaciones públicos esenciales* y disfrute de estos servicios y prestaciones:

— Sistemas de IA destinados a ser utilizados para servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, incluidos los servicios de asistencia sanitaria, prestaciones de seguridad social, servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez y la pérdida de empleo, asistencia social y ayudas a la vivienda. No obstante, el Reglamento no debe obstaculizar el desarrollo y el uso de

enfoques innovadores en la Administración mediante la utilización de sistemas de IA conformes y seguros, siempre y cuando no supongan un alto riesgo para las personas jurídicas y físicas.

— Sistemas de IA usados para evaluar la calificación crediticia o solvencia de las personas físicas, ya que deciden si dichas personas pueden acceder a recursos financieros o servicios esenciales como la vivienda, la electricidad y los servicios de telecomunicaciones. No obstante, los sistemas de IA previstos por el Derecho de la Unión con vistas a detectar fraudes en la oferta de servicios financieros y, a efectos prudenciales, para calcular los requisitos de capital de las entidades de crédito y las empresas de seguros no deben considerarse de alto riesgo en virtud del presente Reglamento.

— Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y de salud, que también pueden afectar de un modo considerable a los medios de subsistencia de las personas, vulnerar sus derechos fundamentales y tener graves consecuencias para la vida y la salud de las personas, como la exclusión financiera y la discriminación.

— Sistemas de IA empleados para evaluar y clasificar llamadas de emergencia de personas físicas o el envío o el establecimiento de prioridades en el envío de servicios de primera intervención en situaciones de emergencia, incluidos policía, bomberos y servicios de asistencia médica, así como sistemas de triaje de pacientes para la asistencia sanitaria de emergencia, también deben considerarse de alto riesgo, dado que adoptan decisiones en situaciones sumamente críticas para la vida y la salud de las personas y de sus bienes.

6- *Migración, asilo y gestión del control fronterizo*, en la medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable: Sistemas de IA destinados a ser utilizados, entre otras cosas, para evaluar un riesgo para la seguridad, la salud o de migración irregular, para examinar las solicitudes de asilo, visado o permiso de residencia o para la migración, el asilo o la gestión del control fronterizo.

7- *Administración de justicia y procesos democráticos*.

-Prevención trata seres humanos y protección de las víctimas. - Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. (DOUE L 1712, 13-06-2024)

1.2. TRATADOS INTERNACIONALES. CONVENIOS DE LA OIT

- Instrumento de adhesión al Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, hecho en Ginebra el 22 de junio de 1988 (BOE 31-7-2024)

Mediante este Instrumento España se adhiere al Convenio sobre seguridad y salud en la construcción de 1988. Este Convenio se aplica a todas las actividades de construcción, es decir, los trabajos de edificación, las obras públicas y los trabajos de montaje y desmontaje, incluidos cualquier proceso, operación o transporte en las obras, desde la preparación de las obras hasta la conclusión del proyecto.

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, si las hubiere, excluir de la

aplicación del Convenio o de algunas de sus disposiciones determinadas ramas de actividad económica o empresas respecto de las cuales se planteen problemas especiales que revistan cierta importancia, a condición de garantizar en ellas un medio ambiente de trabajo seguro y salubre.

El Convenio se aplica también a los trabajadores por cuenta propia que pueda designar la legislación nacional.

- Instrumento de adhesión al Convenio relativo a la seguridad y la salud en la agricultura, hecho en Ginebra 21 de junio de 2001 (BOE 1-8-2024).

Mediante este Instrumento España se adhiere al Convenio relativo a la seguridad y la salud en la agricultura de 2001. A los efectos de este convenio, el término «agricultura» abarca las actividades agrícolas y forestales realizadas en explotaciones agrícolas, incluidas la producción agrícola, los trabajos forestales, la cría de animales y la cría de insectos, la transformación primaria de los productos agrícolas y animales por el encargado de la explotación o por cuenta del mismo, así como la utilización y el mantenimiento de maquinaria, equipo, herramientas e instalaciones agrícolas y cualquier proceso, almacenamiento, operación o transporte que se efectúe en una explotación agrícola, que estén relacionados directamente con la producción agrícola.

1.3. MEDIDAS URGENTES

- Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social (BOE 27-6-2024)

Como consecuencia de la duración de la guerra de Ucrania, de los conflictos en Oriente Próximo y de la persistencia de las presiones al alza sobre los precios de los alimentos, las materias primas y los bienes intermedios, algunas de las medidas puestas en marcha con anterioridad deben ser prorrogadas y actualizadas y, al mismo tiempo, se adoptan nuevas medidas de carácter urgente en materia fiscal, energética y social.

-El título I de este real-decreto ley está dedicado a medidas fiscales, de carácter retributivo y relativas a los sistemas de financiación territorial.

Este título recoge medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público. De este modo, el artículo 6 establece un incremento global máximo del 2 por ciento respecto a las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2023, con efectos desde el 1 de enero de 2024. Esta media es necesaria para dar cumplimiento al Acuerdo Marco para una Administración del siglo XXI, firmado el 19 de octubre de 2022, que fijó un marco plurianual de incremento retributivo para los empleados al servicio de las Administraciones Públicas que se extiende entre los años 2022 y 2024.

Dado que ha sido necesario prorrogar los Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, para el cumplimiento de los compromisos asumidos es preciso la aprobación de esta norma que posibilita la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público previsto en el citado Acuerdo.

-El título II contempla medidas de impulso a la inversión y de apoyo a la industria.

En primer lugar, se establece la creación del Fondo de Impacto Social, F.C.P.J., previsto en la Adenda del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobada el 17 de octubre de 2023 por el Consejo de Ministros de Finanzas de la Unión Europea.

Fondo de Impacto Social (FIS), fondo carente de personalidad jurídica (F.C.P.J.) y de vigencia indefinida, adscrito al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a través de la Secretaría General de Inclusión y dotado con 400 millones de euros.

Este fondo tiene por objeto realizar inversiones cuyos beneficiarios finales sean entidades o empresas que desarrollen proyectos clasificables como de inversión de impacto social y/o medioambiental en España y que, por tanto, contribuyan a potenciar el ecosistema nacional de inversión de impacto. FIS realizará inversiones en empresas elegibles de forma directa y también de forma indirecta, principalmente a través de aportaciones a fondos de inversión, nacionales o internacionales, que estén específicamente orientados a la inversión de impacto. La gestión del Fondo corresponde a la Compañía Española de Financiación del Desarrollo, SA, S.M.E. (COFIDES), sociedad mercantil estatal con capital público privado.

Además, se recogen otras medidas de apoyo a la industria.

-El título III incorpora medidas en materia energética, con el fin de prorrogar determinadas medidas del sector energético que, de no ser adoptadas, decaerían a 30 de junio de 2024.

-El título IV contiene medidas en materia de transporte.

-Por su parte, el título V incorpora medidas sociales ya previstas, con carácter general, para hacer frente a las consecuencias sociales y económicas derivadas de la erupción volcánica en la isla de La Palma, cuyo plazo de finalización es el 30 de junio de 2024 y se decide prorrogar su vigencia.

En el capítulo I, relativo a la Seguridad Social, se prorrogan los aplazamientos y exenciones en el pago de cuotas a la Seguridad Social, y, para aquellos que venían percibiéndola, las prestaciones de cese de actividad para los trabajadores autónomos que se han visto obligados a cesar en la actividad como consecuencia directa de la erupción volcánica.

El capítulo II incluye medidas en materia de empleo. Se prorrogan también las medidas relativas a los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

Además, se prorrogan las medidas de acompañamiento precisas para asegurar la protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo en dichas circunstancias extraordinarias, temporales y urgentes. De este modo, las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos. Y, por otro lado, las que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

-La norma se completa con una serie de disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y finales. Entre ellas, la disposición derogatoria única suprime, en particular, el artículo 43 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de modo que sean los órganos judiciales nacionales los que puedan aplicar directamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

fundamentalmente a partir del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, respecto a las cuestiones prejudiciales que se planteen ante ellos.

1.4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-Real Decreto 612/2024, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE 3-7-2024).

Mediante este real decreto se adapta de nuevo el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, para ajustar su contenido a la Directiva (UE) 2022/431 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2022, por la que se modifica la Directiva 2004/3II y III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, y, asimismo, se incorpora un nuevo anexo III bis.

La principal novedad reside en la introducción de los agentes reprotóxicos en la esfera de protección de esta normativa, para lo cual se han efectuado los ajustes necesarios en el articulado.

Entre otras modificaciones, se han introducido nuevas definiciones, previendo las especificidades derivadas de la existencia de agentes reprotóxicos según cuenten o no con umbrales; y se ha establecido un plazo específico de conservación de determinados documentos.

Además, entre las novedades destaca el énfasis en reforzar la formación e información proporcionada a las personas trabajadoras en la materia, la incorporación de hasta catorce nuevos agentes en la tabla de valores límite de exposición profesional del anexo III, así como el establecimiento, en el nuevo anexo III bis, de un valor límite biológico de plomo en sangre y de las circunstancias en que procede efectuar el control biológico.

-Resolución de 19 de julio de 2024, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en sus planes de actividades del año 2025 (BOE 2-8-2024).

De conformidad con las facultades atribuidas por el artículo 4.2 del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio, en relación con lo establecido en el artículo 82.3 de la LGSS, se establece la planificación de las actividades preventivas a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2025, estableciendo los criterios y prioridades que han de regir la ejecución de estas actividades.

1º. Se orientarán preferentemente a realizar en las pequeñas empresas, así como en las empresas y sectores con mayor siniestralidad en el año 2023, acciones de asesoramiento, divulgación, sensibilización e investigación, desarrollo e innovación en materia de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

2º. Se tiene en cuenta la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023 (BOE de 20 de abril de 2023): 1) que las mutuas incorporen en sus programas actuaciones que mejoren la seguridad y salud en las pequeñas empresas y en los trabajadores autónomos a través de herramientas que faciliten a todos ellos el desarrollo de la gestión preventiva; 2) que incorporen en sus programas actuaciones de asesoramiento, apoyo e información dirigidas en particular al cumplimiento de los siguientes objetivos: Difusión del enfoque Visión Cero daños en la salud relacionados con el trabajo; elaboración

y difusión de buenas prácticas para mejorar las condiciones de seguridad y salud en las actividades, empresas y colectivos identificados como prioritarios; integración de la prevención en las pymes; asesoramiento y difusión de herramientas que mejoren la seguridad y salud en las pequeñas empresas y trabajadores autónomos.

-Servicio del hogar familiar. - Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar (BOE 11-9-2024).

Con la finalidad de conseguir la equiparación del régimen jurídico de esta relación laboral especial con la común, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, puso fin a la exclusión de este colectivo del ámbito de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, reconociendo su derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Este real decreto desarrolla la disposición adicional decimoctava de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, para configurar el régimen preventivo de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como las obligaciones recogidas en dicha ley para introducir aquellas precisiones de las mismas que son necesarias en el sector de la ayuda a domicilio.

En el caso concreto de los de servicios de ayuda a domicilio, las especiales características de esta actividad, que implica su desarrollo en domicilios privados, requieren una especificación del alcance de la acción preventiva y, en particular, del modo en que esta debe recoger todas las condiciones de trabajo de los servicios de ayuda a domicilio.

Específicamente, es necesario que, a efectos de que se produzca la adecuada evaluación de riesgos laborales exigida para todo trabajo, las personas encargadas de la realización de dichas evaluaciones efectúen visitas presenciales a los domicilios donde se lleva a cabo la actividad de cuidado, todo ello en cumplimiento de la Directiva 89/391, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

Por otra parte, también resulta imperativo atender a las situaciones en las que, como consecuencia de la evaluación, resulte aconsejable como acción preventiva más adecuada la adopción de medidas en el domicilio, especialmente en relación con el consentimiento de la persona titular de aquel.

El real decreto se articula en ocho artículos, siete disposiciones adicionales y cinco disposiciones finales:

— El artículo 1 explicita su objeto y finalidad.

— Su artículo 2 concreta el derecho de protección de los riesgos laborales, enumerando los derechos específicos en que se manifiesta este.

— El artículo 3 define las obligaciones de la persona empleadora relativas a la evaluación de riesgos y a las medidas preventivas derivadas de la misma y establece la aplicabilidad de los artículos 25, 26, 27, 28.1 y 2 y 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

— Su artículo 4 define el deber de entrega de equipos de protección individual y equipos de trabajo adecuados.

— El artículo 5 delimita los derechos de formación, información y participación de las personas trabajadoras.

— Prosigue el artículo 6 detallando el derecho de las personas trabajadoras y el deber de las personas empleadoras relativos a la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente.

— El artículo 7 regula el modo en que se puede llevar a cabo la organización preventiva.

— Finalmente, el artículo 8 desarrolla el derecho de las personas trabajadoras de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar a la vigilancia de la salud.

— La disposición adicional primera encomienda al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo la puesta en marcha de una herramienta para facilitar el cumplimiento de las obligaciones preventivas de las personas empleadoras.

— La disposición adicional segunda reconoce el derecho a la protección frente a la violencia y acoso en el empleo doméstico, especificando su contenido, y encarga al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo la elaboración de un protocolo para su prevención.

— En virtud de la disposición adicional tercera, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo debe elaborar una guía técnica para la prevención de los riesgos laborales en el trabajo doméstico.

— La disposición adicional cuarta aclara que el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales no será de aplicación a las personas empleadas de hogar.

— La disposición adicional quinta determina que las acciones formativas serán financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal y desarrolladas en el marco de las actividades formativas por la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, F.S.P.

— Por su parte, la disposición adicional sexta encomienda al Sistema Nacional de Salud la realización gratuita de los reconocimientos médicos voluntarios para las personas trabajadoras empleadas del hogar.

— La disposición final primera modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, introduciendo una disposición adicional decimotercera, que establece las obligaciones de las empresas con personal dedicado a la actividad de ayuda a domicilio. Se especifica su ámbito de aplicación, las peculiaridades y contenido de la evaluación de riesgos, así como el consentimiento de la persona titular del domicilio para la adopción de determinadas medidas preventivas.

— La disposición final segunda actualiza el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de

Hogar, en lo relativo a la no aplicación del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

— En cuanto a su entrada en vigor (disposición final quinta), se establece que el real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, pero las obligaciones previstas en este real decreto no resultarán exigibles hasta transcurridos seis meses desde la puesta a disposición de la herramienta a la que se refiere la disposición adicional primera, incluso cuando la persona empleadora concierte dicho servicio con un servicio de prevención ajeno.

Transcurrido dicho plazo, el artículo 5.3 (derecho a recibir una formación en materia preventiva en el momento de su contratación) será de aplicación a partir del momento en el que se dicte la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal para la puesta en marcha de las actividades de formación en materia preventiva; y el artículo 8.2 (la realización de un reconocimiento médico adecuado) será de aplicación solo cuando se desarrollen las previsiones normativas relativas a la realización de reconocimientos médicos en el marco del Sistema Nacional de Salud establecido en la disposición adicional sexta.

1.5. EMPLEO

-Orden TES/602/2024, de 10 de junio, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2024, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, créditos del ámbito laboral financiados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (BOE 15-6-2024).

El objeto de esta orden es:

1. Dar publicidad a los criterios objetivos de la distribución territorial para el ejercicio económico 2024, entre las distintas comunidades autónomas con competencias de gestión asumidas, de los créditos, correspondientes a servicios y programas del ámbito laboral, que se recogerán en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024 y que cubren los ejes mencionados en el artículo 13 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en los términos recogidos en el anexo I, en el que aparecen también las cantidades correspondientes a cada una de las comunidades autónomas.

   En esta orden, se incluyen, también las cantidades destinadas a financiar, en su caso, la atención a las personas beneficiarias del Programa de Activación para el Empleo durante 2024.

2. Asimismo, se establecen las condiciones de gestión de los créditos que se conceden en base a esta orden en aplicación del artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La Orden tiene su marco de referencia en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, que ha sido aprobada mediante el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, y en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024 (PAFED 2024). Este Plan concretará las directrices necesarias para alcanzar a lo largo de este año en el conjunto del Estado y en cada una de las distintas comunidades autónomas los objetivos de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, así como los indicadores que se van a utilizar para conocer y evaluar su grado de cumplimiento. También contendrá el conjunto de los servicios y programas que cada comunidad autónoma llevará a cabo, comprendiendo tanto los servicios y programas propios que establezca libremente, ajustándose a la realidad de las personas desempleadas y del tejido productivo de su ámbito territorial, como

los servicios y programas comunes de ámbito estatal que son de aplicación en todo el Estado, con independencia del ámbito territorial en el que vivan las personas destinatarias.

En relación con el servicio común de «Red de orientadores para el proceso de acompañamiento», se mantiene de forma temporal el programa de contratación de personas orientadoras creado con ocasión del Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, que perdió su vigencia a finales de 2021 y del Plan Reincorpora-T, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021, cuya vigencia finalizó en el primer trimestre de 2022.

Con cargo a los fondos asignados en base a esta orden ministerial, se podrán financiar, asimismo, los costes de la atención a las personas que sean beneficiarias del Programa de Activación para el Empleo. Este programa perdió su vigencia en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril, por el que se prorroga y modifica el Programa de Activación para el Empleo, pero en 2024 pueden todavía seguir existiendo personas beneficiarias del mismo, si bien con carácter muy residual.

Las cantidades asignadas para la ejecución de iniciativas de formación en el trabajo con cargo a esta orden se deben utilizar en iniciativas vinculadas al Catálogo de Especialidades Formativas del ámbito laboral y no dirigidas a la obtención de certificados profesionales, y para la ejecución de programas públicos de empleo y formación, debido a la modificación de competencias en materia de formación profesional para el empleo derivada de la reestructuración ministerial realizada en 2020.

-Oferta de empleo público. - Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024 (BOE 3-7-2024).

-Política de empleo. - Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaria de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024 (BOE 18-7-2024).

Por Acuerdo del Consejo de Ministros del día 2 de julio de 2024 se aprobó el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024 (artículo 13.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), que se publica como Anexo de esta Resolución.

El Plan 2024 concreta los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas Comunidades Autónomas.

Este Plan 2024 se ha elaborado en colaboración con las Comunidades Autónomas, tras informe de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 4 de abril de 2024 e informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo de la misma fecha, con carácter previo a su aprobación por el Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

El Plan 2024 cuenta con 5 anexos, destinados respectivamente a los servicios y programas de apoyo activo al empleo (anexos I y II), a la dotación presupuestaria (anexo III), a los indicadores para la evaluación del Plan (anexo IV) y, por último, al programa de transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo (anexo V).

Tiene importantes elementos destacables respecto al anterior. Así, entre otros extremos, se destaca que:

— Aplica la Ley 3/2023, de febrero, de Empleo, de manera que incluye como servicios comunes, los servicios garantizados regulados en esta norma y desarrollados a través del Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, que ha entrado en vigor el 2 de mayo de 2024.

— Los programas comunes de activación para el empleo pasan a circunscribirse a los definidos en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, una vez que ha entrado en vigor de la Orden TES/1077/2023, de 28 de septiembre, por la que se establecen, en el ámbito competencial del Servicio Público de Empleo Estatal, las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la financiación de programas de políticas activas de empleo.

— En su elaboración se han tenido en cuenta los colectivos de atención prioritaria que determina la Ley de Empleo.

— Se establecen objetivos mínimos cuantitativos para el número de atenciones a las personas demandantes de empleo, desagregados territorialmente para cada una de las Comunidades Autónomas.

— Se siguen los patrones de atención que tienen mayor impacto en la empleabilidad, identificados mediante las evaluaciones de los Planes Anuales 2021 y 2022.

— Se establece un objetivo global de mejora de la empleabilidad del 10 %. Este Plan Anual fija un plazo de seis meses tras la entrada en vigor del 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, para que a todas las personas protegidas mayores de 45 años se les garantice un perfil realizado por su Servicio Público de Empleo.

— También se establece un indicador en este Plan Anual que facilite el seguimiento de las atenciones garantizadas por el Real Decreto-ley 2/2024, para todas las personas protegidas: un itinerario vinculado a la formalización de un acuerdo personal de empleo, así como la asignación de un tutor o tutora.

— Introduce un nuevo cuadro de mando para el seguimiento del conjunto de medidas establecidas: además de facilitar dicho seguimiento por parte de los Servicios Públicos de Empleo, se informará a partir de septiembre de 2024 trimestralmente a la Comisión Ejecutiva Central del SEPE.

— Se mantiene el Programa Común PC00004 Red de orientadores para el proceso de acompañamiento en coherencia con la necesaria especialización y profesionalización del personal de los servicios públicos de empleo que recoge el artículo 30 de la Ley de Empleo.

— Se mantiene también el Programa Común PC00038 Transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo, que tiene como objetivo favorecer e integrar la transversalidad de género en el diseño, desarrollo y evaluación de las políticas activas de empleo.

— Se alinean los servicios y programas del Eje 4 Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo con las directrices establecidas en el artículo 13 de la Ley de Empleo, que ahora incluye los servicios y programas que comprenden las actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social, personas con responsabilidades familiares, víctimas del terrorismo y mujeres víctimas de violencia de

género y otras formas de violencia contra la mujer, de acuerdo con lo establecido en la ley de empleo.

1.6. TRABAJADORES DEL MAR

-Trabajadores del mar. Real Decreto 505/2024, de 28 de mayo, por el que se regulan los reconocimientos médicos de aptitud y la protección de la salud de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero embarcadas (BOE 15-6-2024)

El objeto de este real decreto es desarrollar los servicios de sanidad marítima y concretamente:

a) La regulación de los reconocimientos médicos de aptitud para el embarque marítimo a los que se refiere el artículo 39.a) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero.

b) La regulación de los reconocimientos médicos de aptitud a los buceadores y buceadoras profesionales incluidos en los artículos 3.e) y f) y 4.1.d) y e) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, para la obtención del certificado médico de aptitud para el buceo.

c) La protección, promoción y mejora de la salud de las personas pertenecientes al sector marítimo-pesquero embarcadas, enfocadas a la identificación de problemas de salud y a la adopción de intervenciones preventivas.

d) El establecimiento de los requisitos técnicos y las condiciones mínimas exigidas a los centros de sanidad marítima del Instituto Social de la Marina para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este real decreto y para el mantenimiento de los estándares de calidad en su funcionamiento.

En primer lugar, la nueva regulación de estos exámenes médicos de aptitud para el embarque marítimo es consecuencia de la modificación de la normativa internacional y de la Unión Europea, que hace imprescindible ajustar el ordenamiento español a estas nuevas disposiciones.

En segundo lugar, los certificados médicos resultantes de los reconocimientos médicos regulados en este real decreto, tal y como se recoge en el anexo IV, se ajustan a los requisitos establecidos en la sección A-I/9 del Código de Formación, Titulación y Guardia de la Gente de Mar (Código STCW), que complementa el Convenio de la Organización Marítima Internacional de idéntica denominación.

Y en tercer lugar, la nueva regulación se adecua a la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, que ha extendido el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar a nuevos colectivos de personas trabajadoras, y también ha abierto la posibilidad (artículo 38) de que el ámbito subjetivo de la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero se extienda a todas aquellas personas que pretendan desarrollar una actividad laboral en dicho sector.

Por todo ello, este real decreto será de aplicación a:

a) Todos los ciudadanos españoles o de otra nacionalidad, para la obtención del certificado médico de aptitud para el embarque cuando sea preciso para ejercer una actividad profesional a bordo de un buque de bandera española.

b) Los buceadores profesionales incluidos en los artículos 3.e) y f) y 4.1.d) y e) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, para la obtención del certificado médico de aptitud para el buceo.

c) Las personas pertenecientes al sector marítimo-pesquero embarcadas, en relación con lo previsto en el artículo 1.c).

d) Los centros de sanidad marítima donde se llevan a cabo las actividades reguladas en este real decreto.

Además, se regulan los requisitos y procedimientos de examen que permitan valorar la adecuación psicofísica de la persona trabajadora al puesto de trabajo a realizar a bordo, contribuyendo a mejorar la salud y la seguridad en el ámbito laboral marítimo.

En materia de tratamiento de los datos de salud, esta disposición recoge lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/679, 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, así como lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En materia de información y documentación se rige por los principios rectores recogidos 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.

Se deroga expresamente el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo.

Se modifica (Disposición final primera) el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

-Formación profesional marítima y sanitaria. - Real Decreto 666/2024, de 9 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina (BOE 10-7-2024).

Entre las funciones y competencias que la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, atribuye al Instituto Social de la Marina, se encuentra la formación profesional de los trabajadores del mar.

El sistema de educación y formación marítima en su conjunto debe proporcionar gente del mar de calidad capaces de trabajar a bordo de buques con los conocimientos e instrumentos necesarios para aumentar sus perspectivas de movilidad y para que puedan asumir una actividad profesional en tierra después de un número razonable de años en la mar. Dicha actividad formativa debe estar sometida a un permanente proceso de evolución y adaptación, en función de la demanda del sector, de las futuras normas que puedan producirse en el ámbito internacional o de los avances tecnológicos o de cualquier otro tipo que incidan en la misma.

Además, la entrada en vigor de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, en sus artículos 38 y 41.2, abrió la posibilidad de que las personas beneficiarias de la formación del Instituto Social de la Marina sean todas aquellas personas que puedan estar interesadas en dicha formación para acceder o permanecer en ocupaciones del sector marítimo-pesquero, y esto ha propiciado que personas ajenas a dicho sector, pero que pretendan desarrollar una actividad laboral en él, puedan tener derecho a la formación profesional marítima y sanitaria que imparte el Instituto. Este hecho hizo necesario regular y garantizar el ejercicio de este derecho al nuevo colectivo.

Por todo ello, se aprobó el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina, y la Orden TMS/693/2018, de 28 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha derivado en la necesidad de llevar a cabo la reordenación de la formación profesional marítima y sanitaria que imparte el Instituto Social de la Marina para lograr una mayor eficacia de la misma y facilitar a los alumnos la asistencia a los cursos que necesitan.

Así, este Real Decreto regula la organización de los cursos que imparte el Instituto Social de la Marina, en ejecución de su plan anual de formación, de manera que se establezca en dicho plan la fecha y lugar de celebración de cada uno de los cursos, permitiendo así que las personas beneficiarias de la formación puedan solicitar aquellos que más se adecuen a sus necesidades.

-Formación profesional marítima y sanitaria. - Orden ISM/890/2024, de 20 de agosto, por la que se modifica la Orden TMS/693/2018, de 28 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina (BOE 24-8-2024)

En virtud de las competencias que tiene atribuidas el Instituto Social de la Marina, la formación profesional marítima y sanitaria de las personas trabajadoras del mar se encuentra regulada por el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina, que fue desarrollado por la Orden TMS/693/2018, de 28 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, por el que se regula el procedimiento de acceso y el régimen de prestación de la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina.

Esta orden tuvo por objeto el desarrollo reglamentario del citado real decreto en determinados aspectos, tales como la emisión de diplomas, solicitudes y gastos por desplazamiento, alojamiento y manutención de alumnos.

El transcurso del tiempo ha derivado en la necesidad de llevar a cabo la reordenación de la formación profesional marítima y sanitaria que imparte el Instituto Social de la Marina para lograr una mayor eficacia de la misma y facilitar a alumnos la asistencia a los cursos que necesitan.

Esta necesidad ha motivado la modificación del Real Decreto 292/2018, de 18 de mayo, llevada a cabo por el Real Decreto 666/2024, de 9 de julio, y, consecuentemente, la modificación de la orden que lo desarrolla.

1.7. ECONOMÍA SOCIAL

-Actividades de promoción economía social y responsabilidad social.- Orden TES/889/2024, de 19 de agosto, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las actividades de promoción de la economía social y de la responsabilidad social de las empresas y para sufragar los gastos de funcionamiento de los entes representativos de la economía social de ámbito estatal (BOE 23-08-2024) [Corrección de errores BOE 31-08-2024)

-Orden TES/876/2024, de 9 de agosto, por la que se modifica la Orden TES/869/2023, de 22 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el Plan Integral de Impulso a la Economía Social para la Generación de un Tejido Económico, Inclusivo y Sostenible, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE 17-08-2024)

1.8. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

-Seguridad Social. - Real Decreto 665/2024, de 9 de julio, por el que se modifica 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 10-7-2024).

La puesta en marcha del nuevo sistema de cotización, establecido por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, ha puesto de manifiesto la necesidad de efectuar determinadas precisiones en el desarrollo reglamentario del sistema que se efectuó a través de la modificación del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. Para ello, mediante este real decreto se modifica nuevamente el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

-Se estima necesario precisar aspectos relativos a la base aplicable en los supuestos de altas presentadas fuera de plazo y en los periodos incluidos en actas de liquidación por falta de alta promovidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-Resulta necesario precisar también, que, para el cálculo de la cuota de Seguridad Social resultante del procedimiento de regularización, han de ser tenidos en cuenta no solo los rendimientos derivados de las actividades económicas, empresariales o profesionales del trabajador autónomo, sino también otras circunstancias concurrentes que son determinantes de la cuantía de dicha cuota, como pueden ser, entre otras, las que se deriven de una variación en la clasificación económica de la actividad realizada por el trabajador autónomo, de las revisiones de la fecha de alta o baja del trabajador, o de su inclusión en una categoría de trabajador autónomo que esté sujeto a una base específica de cotización o a la aplicación de determinadas bonificaciones en la cotización.

-Se concreta, asimismo, el modo de efectuar la regularización anual de rendimientos en supuestos específicos, como son los de concurrencia de alta del trabajador en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y, como trabajador por cuenta propia, en el Grupo I del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, o cuando resulten aplicables normas específicas por razón de las características de actividad desarrollada, como es el caso de los trabajadores autónomos artistas con bajos rendimientos o el de los trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante.

Al objeto de alcanzar los objetivos antes indicados, mediante este real decreto se modifican los artículos 44 y 46 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

1.9. CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL: PERÍODOS DE PRÁCTICAS FORMATIVAS

-Seguridad Social. - Orden ISM/812/2024, de 26 de julio, por la que se modifica la 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 1-8-2024).

En uso de la habilitación conferida tanto en el apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS como en el apartado 2 de la disposición final undécima del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, se dictó la 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, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor.

La aprobación de la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, ha suscitado, por parte de los agentes sociales y de diferentes entidades representativas del colectivo afectado peticiones de revisión de determinados aspectos del régimen jurídico establecido para la suscripción del convenio especial a que esta se refiere que se consideran excesivamente gravosos.

Examinadas las peticiones a que se refiere el párrafo anterior, se ha considerado oportuno acometer la revisión de determinados aspectos regulatorios contenidos en la orden antes mencionada y a tal finalidad se dirige esta orden, que plantea modificaciones con el siguiente objeto:

— Rebajar el coste del convenio especial mediante el establecimiento como base de cotización para el cálculo de la cuota de la base mínima de cotización del grupo 7 del Régimen General de la Seguridad Social vigente durante la realización de los períodos formativos o de prácticas certificados.

— Permitir la compatibilidad de la suscripción de un convenio especial al amparo del artículo 1 de la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, con la suscripción de otro convenio especial al amparo de su disposición adicional segunda que posibilite el cómputo de hasta 1825 días de prácticas en cada uno de ellos, siempre que los períodos objeto de cómputo en uno y otro no se superpongan ni hubieran sido objeto de cómputo, en su caso, en el convenio que se suscribió al amparo de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

— Flexibilizar en mayor medida el pago de la cuota resultante, posibilitando que su pago pueda realizarse de manera fraccionada en un plazo máximo de hasta 84 mensualidades.

— Ampliar hasta el 31 de diciembre de 2028 la fecha límite para poder suscribir el convenio especial. Por otra parte, se establecen previsiones que permiten concretar con mayor precisión los períodos objeto de reconocimiento en el convenio especial.

1.10. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Mutuas. - Resolución de 17 de junio de 2024, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas (BOE 27-6-2024)

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. Resolución de 29 de mayo de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones y otros actos administrativos relativos a la regularización anual de la cotización correspondiente a los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE 7-6-2024)

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. - Resolución de 17 de junio de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones y comunicaciones emitidas en el procedimiento de gestión de autorizaciones para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (BOE 25-6-2024)

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. - Resolución de 17 de junio de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones relativas al establecimiento de plazos para el pago fraccionado del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas (BOE 27-6-2024)

-Encomienda de gestión.- Resolución de 27 de junio de 2024, de la Subsecretaría, por la que se publica la segunda Adenda de modificación del Acuerdo de encomienda de gestión a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, en relación con las actuaciones propias de la Subdirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (BOE 29-6-2024)

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. -Resolución de 27 de junio de 2024, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de las resoluciones por la que se tiene por desistido al interesado en trámites efectuados a través del Sistema RED (BOE 29-6-2024)

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. - Resolución de 4 de julio de 2024, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de las personas interesadas con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social adscritos a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones (BOE 12-7-2024).

1.11. SANIDAD

-Sistema Nacional de Salud. Orden SND/606/2024, de 13 de junio, por la que se crea el Comité Asesor para la Cartera Común de Servicios en el Área de Genética, y por la que se modifican los anexos I, II, III, VI y VII del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE 18-6-2024).

Mediante esta orden se crea el Comité Asesor para la Cartera Común de Servicios de Genética dependiente de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación y se regula su composición y funciones. El Comité tiene por finalidad la coordinación entre las administraciones sanitarias implicadas de las actuaciones y el seguimiento de la cartera común de Servicios del Sistema Nacional de Salud en el área de genética. El objetivo es adecuar las prestaciones del Sistema Nacional de Salud a los retos actuales y futuros, como la medicina personalizada de precisión, y garantizar un acceso más homogéneo y equitativo a la cartera común de servicios en el área de genética en el territorio nacional.

Además, de acuerdo con lo establecido en la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre, por la que se desarrolla el procedimiento de actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, esta orden pretende hacer efectivas las propuestas de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, relativas a la concreción y actualización de los anexos del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, correspondientes a la cartera común de salud pública.

La actualización de la cartera común se refiere a:

— Cribado neonatal de enfermedades endocrino-metabólicas,

— Cribado neonatal de hipoacusia,

— Cribado prenatal de anomalías cromosómicas y de enfermedades infecciosas,

— Atención a la salud bucodental

— En el área de genética, se actualiza la terminología en relación con el asesoramiento genético

— Prestación de nutrición enteral domiciliaria en pacientes en hemodiálisis con enfermedad renal crónica avanzada

— Se actualizan además otros aspectos que requieren de su clarificación para una mayor homogeneización en la prestación de los servicios en el Sistema Nacional de Salud.

-Salud pública. - Real Decreto 568/2024, de 18 de junio, por el que se crea la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública (BOE 19-6-2024)

Dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su Componente 18, la reforma 2 (C18.R02) del sistema de salud pública incluye entre sus instrumentos estratégicos y operativos la Red de Vigilancia en Salud Pública y, entre las actuaciones dirigidas al «aumento de las capacidades de respuesta ante crisis sanitarias» de la inversión 3 (C18.I3), se encuentra el desarrollo de un nuevo sistema de información para la Red de Vigilancia en Salud Pública.

La Estrategia de Vigilancia en Salud Pública, aprobada por el pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 15 de junio de 2022, incluye entre sus objetivos la creación de una Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública que permita al Sistema Nacional de Salud, a sus profesionales y al conjunto de la ciudadanía disponer de información oportuna para la acción en salud pública.

Este real decreto tiene como objetivo la creación de la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública, con las siguientes características:

— Vigilancia de todos los aspectos de interés para la salud pública, más allá de las enfermedades transmisibles, integrando la vigilancia del estado de salud de la población en términos de bienestar, morbilidad y mortalidad y de los riesgos, determinantes, inequidades y factores que la condicionan, incluyendo la realidad territorial y demográfica de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

— Disminución de las diferencias existentes entre los diferentes territorios en cuanto a los sistemas de vigilancia, consiguiendo el desarrollo armónico y cohesionado de los mismos.

— Aplicación del enfoque denominado «una sola salud», que se recoge en la Agenda 2030 y en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, dirigido a fortalecer la coordinación multisectorial y combatir las amenazas para la salud pública derivadas de las interacciones entre humanos, animales y medio ambiente.

— Establecimiento de instrumentos de coordinación que favorezcan la integración de los aspectos de relativos a la salud humana, sanidad animal y medio ambiente de cara a preservar la salud de la población.

Esta coordinación, así como todos los aspectos relacionados con la Red, se establecerá sin perjuicio de las competencias atribuidas a las administraciones responsables de los diferentes sistemas ya existentes, como pueden ser los sistemas de información sobre seguridad alimentaria y nutrición, encomendados a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), o los sistemas de vigilancia de medicamentos, productos sanitarios y cosméticos encomendados a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

El real decreto se estructura en cuatro capítulos:

— El capítulo I, de disposiciones generales, establece el objeto, definiciones, el ámbito de aplicación y los principios generales.

— El capítulo II define la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública: estructura, fines y funciones (sección 1.ª); gobernanza y órganos de la Red (sección 2.ª); informes que se obtendrán del misma y su evaluación (sección 3.ª) y el deber de colaboración (sección 4.ª).

— El capítulo III se dedica a los sistemas de vigilancia. En su sección 1.ª define los sistemas de vigilancia que componen la Red, su organización y funcionamiento, los procedimientos y protocolos de la Red y el tratamiento de la información de la misma. En su sección 2.ª se recogen los fines y los eventos objeto de vigilancia de cada uno de los sistemas incluidos en la Red.

— El capítulo IV regula el procedimiento para la designación de los Laboratorios Nacionales de Referencia para la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública, establece sus funciones y las obligaciones de los laboratorios públicos y privados respecto de la remisión de muestras y la información asociada.

Además, se crea el Registro de Laboratorios de Referencia para la Vigilancia de la Salud Pública, cuya relación será pública.

La Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y protección de los datos, quedando todas las personas y administraciones sanitarias, que en virtud de sus competencias tengan acceso a los mismos, sometidos al deber de confidencialidad. A tal efecto se ha incluido una disposición adicional de protección de datos de carácter personal.

-Comunidad Autónoma de Andalucía. - Organización. Ley 1/2024, de 21 de junio, de creación del Instituto de Salud de Andalucía (BOE 6-7-2024)

A través de esta Ley se crea el Instituto de Salud de Andalucía. Se procede a la integración de dos entidades instrumentales ya existentes, la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud, y la Escuela Andaluza de Salud Pública, SA, y de una parte de la organización administrativa de la Consejería competente en materia de salud, concretamente el órgano directivo con competencia en materia de investigación, desarrollo e innovación en salud, en una agencia administrativa de nueva creación.

La ley determina que la forma jurídica más apropiada para el nuevo ente debe ser la de agencia administrativa, de conformidad con los artículos 65 a 67 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Además de establecer la naturaleza y el régimen jurídico del Instituto, la ley aborda sus recursos humanos, tipología y el régimen jurídico de su personal.

Como complemento a dicha regulación, la disposición adicional primera de la ley regula aspectos específicos referidos a la especialidad de Investigación Biomédica, del Cuerpo Superior Facultativo y en Ciencias de la Salud, y la especialidad de Investigación Técnica Biomédica y en Ciencias de la Salud, del Cuerpo Técnico Facultativo.

Sin perjuicio de que la naturaleza de agencia administrativa es la que mejor se adapta a la prestación de los servicios públicos que se encomiendan al Instituto, ello no impedirá que, de forma complementaria a su actividad principal, pueda desarrollar servicios a terceros en el mercado, tal y como venían siendo prestados por la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud, y por la Escuela Andaluza de Salud Pública, SA. Este tipo de actividades son propias de los organismos públicos de investigación, y son reguladas como «transferencia de resultados de la investigación», siendo habitual que cuenten con una Oficina de Transferencia de Resultados de la Investigación encargada de tramitar los contratos que permiten la prestación de sus servicios.

Por su parte, los capítulos II y III, respectivamente, regulan los recursos económicos y humanos, y el régimen de propiedad intelectual e industrial.

1.12. SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA

-Personas en situación de dependencia.- Resolución de 27 de junio de 2024, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 17 de junio de 2024, sobre orientación y apoyo dirigidos a las familias de personas con autismo, en todas las etapas del ciclo vital, haciendo especial énfasis en aquellas situaciones de especial vulnerabilidad por urgencia social (BOE 10-7-2024)

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó, el 17 de junio de 2024, el Acuerdo sobre orientación y apoyo dirigidos a las familias de personas con autismo, en todas las etapas del ciclo vital, haciendo especial énfasis en aquellas situaciones de especial vulnerabilidad por urgencia social, que se publica como anexo a esta resolución.

En dicho Anexo se establece que el objeto de este acuerdo es definir y establecer un marco común de condiciones para el desarrollo de programas de información, orientación y apoyo para personas con autismo y sus familias, en el marco del I Plan de Acción de la Estrategia Española sobre trastorno del espectro del autismo, aprobado en el Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad el 5 de julio de 2023.

1.13. PROTECCIÓN SOCIAL

-Protección de colectivos vulnerables.- Resolución de 13 de junio de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del 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 19-6-2024)

1.14. IGUALDAD

-Representación paritaria. - Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (BOE 2-8-2024).

Esta ley orgánica introduce sustanciales modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de avanzar en la consecución del ejercicio real y efectivo del principio constitucional de igualdad y de ahondar en el principio de presencia o composición equilibrada, esencialmente en los ámbitos decisorios de la vida política y económica.

En la ley se establece el *concepto de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres* (disposición adicional primera), como "aquella situación en la que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento en un ámbito determinado". Podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse.

1) El capítulo I, compuesto por el artículo primero, modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar la representación paritaria en los órganos de representación política, en todos los ámbitos, introduciendo para ello las «listas cremallera».

2) La ley se dirige también a garantizar esa presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos constitucionales y de relevancia constitucional. Para ello, el capítulo II introduce las modificaciones oportunas, en particular, del Tribunal Constitucional, del Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

3) En el ámbito de la Administración General del Estado, por su parte, también se modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al objeto de garantizar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de las personas titulares de los órganos superiores y directivos y en el personal de alta dirección de las entidades del sector público institucional estatal.

4) Por otra parte, el capítulo V, compuesto por los artículos noveno y décimo, viene a trasponer la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, mediante la modificación, en el primero de ellos, del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio; procediendo el segundo a la modificación de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

En primer lugar, se lleva a cabo la trasposición de la directiva, mediante la modificación del título XIV de la *Ley de Sociedades de Capital*, en lo relativo a los consejos de administración y la información societaria, dado que el ámbito de aplicación de la directiva se limita a las entidades cotizadas:

— Se exige que las *sociedades cotizadas* aseguren que el consejo de administración tenga una composición que garantice la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de miembros del consejo del sexo menos representado.

— Se prevé también la necesidad de integrar en el informe de sostenibilidad un informe anual sobre la representación del sexo menos representado en el consejo de administración.

— Se establece un principio de presencia equilibrada en los puestos de alta dirección para las sociedades cotizadas, con el objetivo de alcanzar también el cuarenta por ciento del sexo menos representado que se configura como una obligación de cumplir o explicar.

— Mediante la modificación del artículo 292 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, se impondrán sanciones en el marco de dicha ley a aquellas entidades cotizadas que vulneren las obligaciones en materia de igualdad de género en los consejos de administración.

En segundo lugar, esta ley orgánica no reduce ni limita su ámbito a la mera transposición de la Directiva, dado que su objeto es mucho más ambicioso ampliándolo también a las *entidades de interés público*. Se extienden a estas entidades de interés público los mínimos porcentuales de presencia del sexo menos representado en esta materia, incluyendo la obligación de que las sociedades de capital que no sean cotizadas pero que a efectos de la legislación de auditoría de cuentas sean consideradas entidades de interés público, deban cumplir también el principio de presencia equilibrada en los consejos de administración, a partir del ejercicio siguiente al que concurran ciertos requisitos: que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250 y que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total de las partidas de activo sea

superior a 43 millones de euros. Y, al igual que en el caso de las sociedades cotizadas, las obligaciones se extienden a los puestos de alta dirección de las mismas.

En todo caso, dados los diferentes puntos de partida entre las sociedades cotizadas y las entidades no cotizadas que tengan la consideración de grandes empresas, se establece una entrada en vigor diferida para las obligaciones de alta dirección en las entidades no cotizadas.

5) El capítulo VI modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre *Colegios Profesionales*, dando nueva redacción a sus artículos 11 y 15, con el objetivo de aumentar la presencia de mujeres en sus órganos de decisión e incluyendo la obligación de incorporar en las memorias anuales la explicación de los motivos y medidas correctoras adoptadas si no se alcanza el porcentaje mínimo del cuarenta por ciento del sexo menos representado.

6) Finalmente, los capítulos VII a XIII modifican otras normas para garantizar el principio de representación paritaria entre hombres y mujeres, de las cuales se puede destacar:

— Se añade una nueva disposición adicional a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de *Libertad Sindical*, estableciendo que los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos se nombrarán atendiendo al principio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, de tal manera que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Si el porcentaje de miembros del sexo menos representado no alcanza el cuarenta por ciento se proporcionará una explicación motivada de las causas, así como de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje.

— Se añade una nueva disposición adicional al 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*, estableciendo que los órganos de representación, gobierno y administración de las asociaciones empresariales a las que hace referencia el artículo 87 ET se nombrarán atendiendo al principio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, de tal manera que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Si el porcentaje de miembros del sexo menos representado no alcanza el cuarenta por ciento se proporcionará una explicación motivada de las causas, así como de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje.

7) En las disposiciones adicionales, entre otros aspectos, se establece la obligación de contemplar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la *composición de los tribunales*, jurados u órganos colegiados que se constituyan para otorgar premios o condecoraciones financiados o concedidos por la Administración General del Estado o entidades integrantes del sector público institucional estatal; se establece el régimen aplicable a los nombramientos de los cargos de la carrera militar; se establece que la Administración General del Estado y el sector público estatal deben desarrollar medidas tendentes a asegurar la igualdad y no discriminación en los procesos de evaluación de los méritos, curriculum vitae y trayectoria investigadora en las convocatorias públicas de I+D+i.

8) Las disposiciones finales incorporan modificaciones relacionadas con aspectos relativos a la igualdad en diversas normas (entre otras, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte; la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

En la Disposición final tercera, se modifica el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales:

— Se introduce un nuevo artículo 6 bis, que establece que, en caso de embarazo, o de estar en proceso de adopción (habiendo superado la resolución y el certificado de idoneidad), las personas deportistas profesionales tendrán derecho a ampliar el contrato un año, prorrogándolo automáticamente, cuando se trate del último año de contrato. Las personas deportistas profesionales podrán desistir de la renovación contractual.

— Se introduce un nuevo artículo 7 bis por el cual se garantiza que las personas deportistas profesionales gozarán de los derechos de conciliación, incluidos los permisos previstos legalmente, sin perjuicio de la adaptación a la especificidad de su profesión, de modo que se trate de facilitar la continuidad en la disciplina del equipo, incluida la etapa del embarazo en el caso de las mujeres deportistas y de compatibilizar el entrenamiento con la atención al menor, incluidos los desplazamientos.

— Se introduce un nuevo artículo 10 bis, que establece que las personas deportistas profesionales tendrán los permisos previstos en la ley y los convenios colectivos para atender al menor en las visitas médicas o actos escolares.

— Se introduce un nuevo artículo 12 bis por el que se establece que las empresas deportivas permitirán la permanencia de la persona trabajadora en aquellos aspectos de la dinámica de equipo en que desee participar, tanto durante el embarazo como después del nacimiento, siempre que se trate de una decisión voluntaria y salvo que ello pudiera constituir un riesgo durante el embarazo o la lactancia.

— Finalmente, se introduce un nuevo artículo 18 bis por el que se prevé que las empresas en el ámbito de las actividades deportivas profesionales que estén legalmente obligadas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad que deberá ser asimismo objeto de negociación en los términos previstos en los artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

1.15. OTRAS NORMAS

-Fondo de Impacto Social. - Resolución de 24 de julio de 2024, de la Secretaría General de Inclusión, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de julio de 2024, por el que se establece la actividad y el funcionamiento del Fondo de Impacto Social, F.C.P.J. (BOE 2-8-2024)

El Fondo de Impacto Social (FIS) fue creado por el Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, como un fondo carente de personalidad jurídica y de vigencia indefinida, adscrito al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a través de la Secretaría General de Inclusión. Mediante esta Resolución se establece su actividad y funcionamiento.

Este fondo tiene por objeto ofrecer apoyo financiero a entidades o empresas que desarrollen proyectos clasificables como de inversión de impacto social y/o medioambiental en España y que, por tanto, contribuyan a potenciar el ecosistema nacional de la economía de impacto. La gestión del

Fondo corresponde a la Compañía Española de Financiación del Desarrollo, SA, S.M.E. (COFIDES), sociedad mercantil estatal con capital público privado.

El FIS realizará inversiones en empresas elegibles de forma directa y también de forma indirecta, principalmente a través de aportaciones a fondos de inversión, nacionales o internacionales, que estén específicamente orientados a la economía de impacto.

Este acuerdo establece las operaciones de FIS, los requisitos de elegibilidad que deberán cumplir las entidades beneficiarias de las mismas y el régimen de gestión y funcionamiento (Anexos I y II); la composición, funcionamiento y competencias de la Gestora, del Comité Interministerial Técnico de Inversiones y del Panel de Expertos Independientes (Anexo III); y se mandata al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y para la puesta en marcha efectiva del Fondo.

Conforme al Anexo I, podrán ser potenciales entidades beneficiarias finales de la financiación del FIS:

a) Las entidades o empresas que desarrollen proyectos que se ajusten a los parámetros requeridos por el Fondo para que su actividad sea clasificada como inversión de impacto, es decir, aquellas que intencionadamente buscan un impacto social y/o medioambiental, cuantificable y medible, con un retorno financiero como mínimo igual al del principal invertido, en cualquier clase de activo.

b) Las entidades de la Economía Social, conforme a lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

-Poder Judicial. Ministerio Fiscal. - Ley Orgánica 3/2024, de 2 de agosto, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 5-8-2024)

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Libertad sindical

-STS 906/2024, de 11-06-2024 Ponente: A.V. Sempere Navarro

Tutela de derechos fundamentales: vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la información previstas en la ley al delegado sindical de FIRET y al propio sindicato.

Frente a la sentencia de la AN que declaró que la negativa de la empresa a facilitar dicha información suponía un atentado contra el derecho de libertad sindical, la empresa condenada interpuso recurso ordinario de casación, fundamentado en cinco motivos, dos para la revisión de los hechos probados, y el resto de censura jurídica en virtud de los cuales denunciaba: la infracción del art. 59 ET en relación con el art. 179.2 LRJS (prescripción); art. 64 ET en relación con el 28 CE (derecho a la información-libertad sindical) ; y art 179.3 y 182 de la LRJS (indemnización por daños morales).

El recurso de la empresa fue por el Tribunal Supremo totalmente rechazado, confirmando la sentencia de instancia, argumentando que no procedía aceptar la modificación de los hechos, y con respecto al apartado de censura jurídica, por entender, que el derecho de los actores no estaba prescrito, se había acreditado la vulneración alegada, y el sindicato tenía legitimación suficiente para ser parte, como para ser tributario de la indemnización por daños morales que la sentencia le había impuesto a la empresa por dañar su imagen y reputación.

-STS 968/2024, de 02-07-2024 Ponente: J. Molins García-Atance

Se recurre en casación común la sentencia de la AN que desestimó la demanda interpuesta por el Sindicato CCOO en la que denuncia que la representatividad a efectos de la negociación colectiva que fue otorgada al Sindicato actor supone una disminución injustificada de la obtenida en las elecciones sindicales. Consta que, tras las elecciones, el sindicato CCOO obtuvo un 43.40% de la representatividad, correspondiéndole 5 miembros en el comité intercentros. El presidente de dicho comité comunicó a las empresas que CCOO ostentaba, a efectos de la negociación colectiva, una representatividad del 38,462%, lo que para la parte actora vulnera el derecho a la libertad sindical.

La Sala IV declara, teniendo en cuenta la modalidad procesal por la que se tramita la demanda, que el sindicato CGT no está legitimado para recurrir, al no concretar el hecho en el que funda la denuncia de vulneración de la libertad sindical ni acredita perjuicio alguno. En cuanto al recurso de CCOO, se parte de que, a efectos de la negociación colectiva, existe una legitimación dual de la representación sindical y de la unitaria, pero la misma es alternativa y excluyente. En el caso de autos el reglamento del comité permite a la comisión permanente la negociación; negociación de la que se encargó la representación unitaria, por lo que debe estarse a la representatividad ostentada en el comité intercentros. Por tanto, no existe vulneración del derecho a la libertad sindical de CCOO. Se desestima el recurso.

-STS 1011/2024, de 10-07-2024 Ponente: A.A. Blasco Pellicer

La Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, tras haberse detectado problemas con la difusión de correos electrónicos a través de la cual los sindicatos remitían información sindical, convocó reunión con los sindicatos con legitimación negociadora a efectos de buscar soluciones.

El Sindicato actor USO no fue convocado a la reunión celebrada el 21/6/21. USO demandó por vulneración de la libertad sindical para que se le diera de alta su IP para el acceso al email de la empresa y poder remitir correos masivos a los trabajadores. Pretende además el actor la condena a percibo de indemnización adicional por daños morales. La STSJ de Castilla la Mancha estimó la demanda y el TS la confirma. Tras recordar doctrina constitucional y propia sobre uso sindical de herramientas informáticas de la empresa, comparte los argumentos de la recurrida. La falta de legitimación negociadora del sindicato actor no supone que pueda ser tratado de forma diferente al resto de los sindicatos en cuanto a la posibilidad de remisión de correos electrónicos masivos. Se indica que no se debate el uso de los correos, sino la facilitación por la demandada de los medios para la remisión de éstos. En el caso consta que se ha obstaculizado el derecho a la información de USO, lo que supone un tratamiento diferente injustificado con respecto al resto de los sindicatos, a los que se ha proporcionado direcciones IP para la remisión de correos masivos. Se confirma la existencia de vulneración del derecho fundamental

-STS 16/07/2024, nº de Recurso: 215/2022, nº de Resolución: 1024/2024. Ponente: J. Molins García-Atance

Libertad sindical: Protección de datos. La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA (en adelante Correos) tiene que entregar a la Comisión de Empleo Central los listados de las bolsas temporales de empleo. Esa comisión es un órgano dependiente de la Comisión Paritaria del convenio de esa empresa.

Correos entregó dicho listado a cada Comisión Provincial de Empleo en su respectivo ámbito territorial pero no lo entregó a la Comisión de Empleo Central. En esta litis se ha producido la confrontación de dos derechos fundamentales: derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos.

La parte actora, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.) y la Federación de Empleados y Empleadas de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FeSP-UGT) presentó demanda solicitando la entrega de dicho listado a la Comisión de Empleo Central alegando que es una información que necesita para cumplir sus funciones convencionales. Argumenta que la no remisión de tal información, como se venía haciendo hasta la fecha, responde a múltiples reclamaciones judiciales, lo que supone la infracción de los derechos fundamentales a la libertad sindical y la garantía de indemnidad.

La sentencia de la Audiencia Nacional 73/2022, de 11 de mayo (procedimiento 110/2022), desestimó la demanda. Explicó que, en atención a las funciones fijadas en el Convenio Colectivo de aplicación, solo las Comisiones Provinciales de Empleo necesitan conocer la información relativa a los listados de trabajadores incluidos en las bolsas provinciales de empleo temporal, por lo que la entrega de los listados a la Comisión Central de Empleo sería contraria a la normativa de protección de datos.

El TS confirma dicha sentencia. Recuerda que en el conflicto entre libertad sindical (derecho de información) y protección de datos: "estará justificado que la empresa comunique datos personales de los trabajadores a los representantes legales y/o sindicales a fin de que éstos puedan ejercer las competencias que la ley les confiere siendo este un escenario que se ajusta a la excepción del art. 11.2 a) LOPD (la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Parece evidente que sí, tanto el art. 64 ET, como el 10.3.1 LOLS confieren derechos de información y documentación a los representantes unitarios y sindicales, la obtención de la misma por la comunicación de la empresa se hallará amparada por esa excepción cuando, efectivamente, se trate de datos que tengan directa conexión con el ejercicio de aquellas competencias".

En todo caso, recordamos que "[l]a facultad de recabar datos por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores debe limitarse según un principio de pertinencia y, por consiguiente, ceñirse a aquellas circunstancias personales de los trabajadores que sean necesarias para desarrollar el cometido que tienen atribuido. Parece evidente que haya de rechazarse que tal facultad abarque los datos personales en cualquier circunstancia, puesto que, de no concurrir aquella conexión con la función, sí será necesario el consentimiento expreso de los trabajadores interesados, al desaparecer la excepción del art. 11.2 c) LOPD"

Convenio colectivo aplicable

-STS 999/2024, de 09-07-2024 Ponente: A.A. Blasco Pellicer

El trabajador a tiempo parcial presta servicios para una empresa de limpieza 36 h/semana, 30 h a la comunidad y 6 h en otro local, que rescinde el contrato de limpieza, la contratista comunicó al trabajador la obligación subrogación por la entrante. Previamente la Comunidad suscribe acuerdo de colaboración con autónomo de 6 h/día y horario preferencial. La contratista extingue el contrato de trabajo, por causas económicas y organizativas art. 51 ET. Impugna el despido.

El JS condena al autónomo por despido improcedente. El TSJ revocó por no resultar de aplicación al autónomo el CC provincial de limpieza, responde la empresa de limpieza para la que el trabajador continúa prestando servicios en jornada de 6 h/semana no pudiendo declararse despido sino reducción de jornada. En casación por unificación de doctrina el trabajador cuestiona si tras el cese de la contrata de limpieza de la comunidad el autónomo sin trabajadores a cargo asume la obligación convencional de subrogación de personal adscrito a la contrata del convenio y debe responder del cese. La Sala IV remite a su doctrina sobre sucesión en el sector de limpieza exige al nuevo hacerse cargo de parte esencial de la plantilla (rcud. 3008/18) y la entrante se someta a la disciplina del convenio (rcud. 167/22). En el caso el convenio obliga a empleadores dedicados a la actividad de limpieza (art. 1.2 ET), sin ser de aplicación al autónomo (arts. 82 ET y 37 CE) que no es empresario laboral. No aplica el convenio al autónomo y la previsión de sucesión de contratas

Conflicto colectivo

-STS 719/2024 22-05-2024 Ponente: I. García-Perrote Escartín

La cuestión planteada consiste en determinar si la Junta de Andalucía ostenta legitimación pasiva en el procedimiento de conflicto colectivo en el que se reclama el reconocimiento, al personal de investigación predoctoral y postdoctoral en formación de las Universidades Públicas de Almería, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Pablo de Olavide y Sevilla, del derecho a devengar y percibir el complemento de antigüedad (trienios) desde el 1/7/2020.

La Sala IV da una respuesta negativa puesto que la Junta no es la empleadora del personal afectado por el conflicto colectivo –personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía-, ni parte del convenio colectivo, ni tiene la obligación de asumir los costes que exceden de las ayudas concedidas. Aunque son las Universidades Públicas quienes proceden a realizar la contratación del personal afectado en el presente conflicto, con base a las convocatorias de fondos publicadas por la Consejería, de acuerdo con los límites previstos en el Real Decreto 103/2009, esta convocatoria no otorga a la Junta legitimación pasiva, puesto que, aquella no solo no ostenta la condición de empleadora, sino que tampoco actúa como responsable subsidiario o solidario en la relación jurídica con el personal afectado por el conflicto.

La mera habilitación de los fondos a la contratación del personal no atribuye legitimación pasiva a la Consejería, al no ostentar ningún tipo de responsabilidad en la relación laboral.

-STS 994/2024, de 09-07-2024 Ponente: S. Moralo Gallego

Conflicto colectivo: la Sala de casación considera que no estamos en presencia de un conflicto colectivo sino de intereses, por lo que desestima el recurso, razonado lo siguiente: los demandantes

reclamaban adecuar la composición de las Comisiones derivadas del V Convenio colectivo Marco de Endesa con lo previsto en los artículos 102 y ss. y los acuerdos suscritos por las partes.

La Sala de casación entiende que hay un vacío regulatorio que no puede ser colmado por la interpretación, que no sería tal, sino la creación de nuevas normas donde la autonomía colectiva no ha querido crearlas. Conclusión que corrobora de forma inequívoca porque los extremos apuntados, que ahora no se contemplan en el V Convenio, tampoco fueron regulados en el IV Convenio, por lo que bajo su vigencia consta que se alcanzaron los acuerdos para la adecuación del número de delegados sindicales, delegados de prevención y composición de las Comisiones derivadas del IV CME. Acuerdos u otros similares que no han sido alcanzados ya vigente el V Convenio, lo que evidencia que el vacío regulatorio debe ser colmado por la autonomía colectiva y no por una sentencia de conflicto colectivo, pues no se trata con ella de interpretar una norma, sino de suplantar la autonomía colectiva ante una falta de acuerdo, algo que no es propio del proceso de conflicto colectivo, sino que es un conflicto de intereses.

-STS 09/07/2024, nº de Recurso: 164/2022, nº de Resolución: 994/2024. Ponente: S. Moralo Gallego

Conflicto colectivo: Inexistencia, pues se trata de un conflicto de interés. En la demanda se pedía que se condene a las demandadas a adecuar la composición de las Comisiones derivadas del V Convenio colectivo Marco de Endesa, según lo previsto en los artículos 102 y ss. y los acuerdos suscritos por las partes. El vacío regulatorio no puede ser colmado por la interpretación, que no sería tal, sino la creación de nuevas normas donde la autonomía colectiva no ha querido crearlas. Esta conclusión se corrobora de forma inequívoca porque los extremos apuntados, que ahora no se contemplan en el V Convenio, tampoco fueron regulados en el IV Convenio, por lo que bajo su vigencia consta que se alcanzaron los acuerdos de 24 marzo 2015, 30 junio 2016, 7 junio 2.017 y 8 julio 2018, entre la empresa y los sindicatos para proceder a la adecuación del número de delegados sindicales, delegados de prevención y composición de las Comisiones derivadas del IV CME. En dichos acuerdos se regulaba:

— Las elecciones sindicales que determinan la representatividad.

— El carácter anual de la revisión de dicha representatividad.

— Las reglas en caso de empate.

— La revisión de los resultados en función de los procesos electorales sometidos a arbitraje o a litigio.

Dichos acuerdos u otros similares no han sido alcanzados ya vigente el V Convenio, lo que evidencia que el vacío regulatorio debe ser colmado por la autonomía colectiva y no por una sentencia de conflicto colectivo, pues no se trata con ella de interpretar una norma, sino de suplantar la autonomía colectiva ante una falta de acuerdo, algo que no es propio del proceso de conflicto colectivo, sino que es, simplemente y llanamente, un conflicto de intereses.

-STS 09/07/2024, nº de Recurso: 163/2022, nº de Resolución: 993/2024. Ponente: A. A. Blasco Pellicer

Convenio colectivo: Concurrencia de convenios colectivos Se confirma la sentencia recurrida en el sentido de declarar la inaplicación de los artículos 10, p.1 inciso inicial, y 35 por incidir en

materias en las que el convenio de empresa carece de prioridad aplicativa, y de los artículos 37 y 38, párrafos b) y c) por afectar indirectamente a materias excluidas de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

La regla de prohibición de concurrencia de convenios admite excepciones previstas en el propio Estatuto de los Trabajadores: En primer lugar, que el propio convenio admita expresamente la concurrencia de otro convenio. En segundo lugar, que se establezcan en acuerdos interprofesionales o en convenios o acuerdos sectoriales estatales o autonómicos reglas de coordinación entre diferentes convenios y normas para la solución de las posibles situaciones de concurrencia de convenios. En tercer lugar, está la posibilidad prevista en el artículo 84.3 ET, en redacción vigente al tiempo de los hechos, según la que los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2 ET. Por último, el artículo 84.2 ET regula la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en determinadas materias.

Trabajo a tiempo parcial

-STJUE 29/07/2024, asuntos acumulados C 184/22 y C 185/22

«Procedimiento prejudicial — Política social — Artículo 157 TFUE — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Directiva 2006/54/CE — Artículos 2, apartado 1, letra b), y 4, párrafo primero — Prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo — Trabajo a tiempo parcial — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Prohibición de tratar a los trabajadores a tiempo parcial de manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables — Pago de un complemento salarial únicamente por las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores a tiempo parcial en exceso de la jornada laboral ordinaria fijada para los trabajadores a tiempo completo»

En los asuntos acumulados C 184/22 y C 185/22, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania), mediante resoluciones de 28 de octubre de 2021, recibidas en el Tribunal de Justicia el 10 de marzo de 2022, en los procedimientos entre IK (C 184/22), CM (C 185/22) y KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation eV, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional en virtud de la cual el pago de un complemento salarial por horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial solo está previsto para las horas de trabajo realizadas en exceso de la jornada laboral ordinaria establecida para los trabajadores a tiempo completo que se encuentran en una situación comparable constituye un trato «menos favorable» de los trabajadores a tiempo parcial, en el sentido de la citada cláusula 4, punto 1, que no puede justificarse por el objetivo, por un lado, de disuadir a los empresarios de obligar a los trabajadores a realizar horas extraordinarias en exceso de la jornada laboral individualmente pactada en sus contratos de trabajo y, por otro lado, de evitar que los trabajadores a tiempo completo sean objeto de un trato menos favorable en comparación con los trabajadores a tiempo parcial.

2) El artículo 157 TFUE y los artículos 2, apartado 1, letra b), y 4, párrafo primero, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que, por un lado, una normativa nacional en virtud de la cual el pago de un complemento salarial por horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial solo está previsto para las horas de trabajo realizadas en exceso de la jornada laboral ordinaria fijada para los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en una situación comparable constituye una discriminación indirecta por razón de sexo si se demuestra que esa normativa sitúa en desventaja a una proporción significativamente mayor de mujeres que de hombres, sin que sea asimismo necesario que el grupo de trabajadores al que dicha normativa no sitúa en desventaja, concretamente los trabajadores a tiempo completo, esté constituido por un número considerablemente mayor de hombres que de mujeres, y, por otro lado, tal discriminación no se justifica por el objetivo de disuadir a los empresarios de obligar a los trabajadores a realizar horas extraordinarias en exceso de la jornada laboral individualmente pactada en sus contratos de trabajo y de evitar que los trabajadores a tiempo completo sean objeto de un trato menos favorable en comparación con los trabajadores a tiempo parcial.

Contratos de duración determinada

-STJUE 13/06/2024, asuntos acumulados C 331/22 y C 332/22

«Procedimiento prejudicial — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada — Contratos de trabajo de duración determinada en el sector público — Funcionarios interinos — Cláusula 5 — Medidas que tienen por objeto prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»

En los asuntos acumulados C 331/22 y C 332/22, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona, mediante autos de 12 de mayo de 2022 y de 6 de mayo de 2022, respectivamente recibidos en el Tribunal de Justicia el 17 de mayo de 2022 y el 19 de mayo de 2022, en los procedimientos entre KT y Dirección General de la Función Pública, adscrita al Departamento de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña (C 331/22), y entre HM, VD y Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña (C 332/22), el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de 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 Determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate, por cuanto, en semejante situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.

2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas

para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5.

3) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional.

Conciliación de la vida laboral y familiar

-STS 26/06/2024, nº de Recurso: 185/2022, nº de Resolución: 955/2024. Ponente: S. Moralo Gallego

Conciliación de la vida familiar y laboral: interpretación del Convenio colectivo. Se debate si las personas trabajadoras incluidas en el ámbito del conflicto colectivo, tienen derecho a que el apartado i) del artículo 41 del II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía otorga naturaleza de licencia retribuida a todas las consultas prescritas por el Médico de cabecera/familia/atención primaria con Especialistas de la Seguridad Social y que coincidan con horario de trabajo, y si cuando se dice "los demás casos" hasta 16 horas anuales se están incluyendo consultas con el Médico de cabecera/familia/atención primaria y especialistas privados".

La sentencia recurrida, confirmada en casación, desestima la demanda. Razona que el derecho reconocido en el convenio no encuentra referente en el listado de días de permiso retribuidos fijado en el art. 37.3 ET. Añade que se trata además de permisos retribuidos por asistencia médica que no se prestan en el marco de una situación de baja por incapacidad temporal del art. 45.1.c) ET que diera lugar a la suspensión del contrato. Concluye que en este contexto debe darse una interpretación restrictiva al derecho convenido interpretando la norma en el sentido que los demás casos hacen referencia a supuestos en el marco del sistema público de salud, por tanto, a otras atenciones sanitarias además de las de asistencia a especialistas de la Seguridad Social, que pudieran ser prescritas, tales como servicios de enfermería, fisioterapia, atención psicológica, de servicios sociales etc. En definitiva, sostiene que la norma no impone, ni puede extender su ámbito a otros supuestos fuera del sistema público de salud, que además podrían permitir un uso más acomodado a los intereses personales de los trabajadores, generando con ello posibles utilizaciones abusivas de la norma convencional.

Subrogación convencional

-STS 09/07/2024, nº de Recurso: 849/2023, nº de Resolución: 999/2024. Ponente: A. A. Blasco Pellicer

Subrogación convencional: ante un supuesto de cese de contrata en el sector de servicios de limpieza -concretamente en una urbanización en régimen de propiedad horizontal- , no debe asumir la

obligación de subrogación del personal adscrito a la contrata impuesta por el Convenio, el trabajador autónomo que adquiere la realización de dicho servicio y que no tiene trabajadores a su cargo, cuando el objeto de la contrata lo realiza el autónomo por sí mismo y sin auxilio de empleado alguno; y, en consecuencia, no debe responder de las consecuencias del cese del trabajador realizado por la contratista saliente.

El convenio que examinamos -el de limpieza de edificios y locales de Málaga- al igual que el resto de convenios colectivos no resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, salvo que estos tengan la condición de empresario laboral por tener trabajadores a su cargo; lo que no ocurre en el presente caso, pues constituyen hechos acreditados y no discutidos, ni en suplicación ni en esta sede, que el nuevo contratista es un trabajador autónomo que no tiene trabajadores a su cargo y que el objeto de la contrata lo realiza personalmente como trabajador autónomo sin la colaboración ni auxilio de persona alguna.

Cuestiones procesales

-STS 29/05/2024, nº de Recurso: 3063/2022, nº de Resolución: 756/2024. Ponente: J. Molins García-Atance

Juicio: Nulidad de actuaciones: El juicio oral se celebró con asistencia presencial del trabajador y telemática de las empresas:

a) La parte demandada, que intervino telemáticamente, presentó la prueba documental antes del juicio oral.

b) La parte actora asistió presencialmente al juicio oral, en el que presentó 21 documentos.

La parte demandada solicitó que se le diera traslado de esa prueba documental antes de formular las conclusiones. No se le dio traslado y formuló protesta. El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando la demanda. La parte demandada interpuso recurso de suplicación en el que solicitó la anulación de las actuaciones de instancia.

La celebración telemática del juicio oral, total o parcial no puede suponer una merma de las garantías procesales. La importancia de ese axioma queda evidenciada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. Esa norma acuerda que todas las actuaciones procesales se realizaran preferentemente mediante presencia telemática siempre que se disponga de los medios técnicos. Ese real decreto-ley no es aplicable a la presente litis por razones temporales, pero ilustra acerca de la importancia que previsiblemente van a tener las actuaciones procesales telemáticas. La introducción de nuevas tecnologías no puede menoscabar la integridad del proceso.

Respecto de la práctica de la prueba, los órganos judiciales deben pronunciarse acerca de la admisión o inadmisión de cada uno de los medios de prueba propuestos por las partes. Deberán admitirlos cuando reúnan los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud (art. 283 de la LEC). Una vez admitido un medio de prueba, deberá practicarse con todas las garantías, que incluyen la garantía de contradicción y la igualdad de armas en el proceso.

En el proceso social la prueba documental se aporta, como regla general, en el juicio oral. La garantía de contradicción se consigue mediante el traslado de los documentos aportados por cada parte procesal a la contraria (art. 94.1 de la LRJS). Se consigue así que la contraparte pueda ejercer su derecho de defensa.

A) En el trámite de admisión de la prueba documental, la contraparte puede: a) Oponerse a su admisión por ser impertinente, inútil o ilegal. b) Impugnar la autenticidad del documento o la exactitud de la copia. En tal caso, debe practicarse la correspondiente prueba de autenticación.

B) En el trámite de conclusiones, la parte contraria puede argumentar en contra de la eficacia probatoria de dichos documentos.

Si el órgano judicial omite dicho traslado, a pesar de la protesta de la parte, se vulnera la garantía de contradicción y se causa indefensión.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

RELACIÓN LABORAL

Alonso Pauli, M., Sancho León, A., Cruz Pérez, M. Á., Rodríguez Peñil, Á.: *Contratas y subcontratas*, Lefebvre, 2024.

Altes Tárrega, J.A.: *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, Tirant lo blanch, 2024.

Castro Conde, M.: *El significado actual del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2024.

Cristóbal Roncero, M.R.: *El permiso de formación para el empleo (análisis del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores*, BOE, 2024.

Fernández Orrico, F.J.: *Variaciones de la jornada de trabajo. Una mirada desde la reforma laboral*, Aranzadi, 2024.

Llompart Benássar, M.: *La falta de adaptación a cambios tecnológicos como causa de despido*, Tirant lo Blanch, 2024.

Monereo Pérez, J. L., Vila Tierno, F. (Dirs.), López Insúa, B. (Coord.): *Mecanismo e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, MTAS, 2024.

Monereo Pérez, J. L., Vicente Palacio, A., López Insua, B.M., Perán Quesada, S., López Vico, S.: *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre la autonomía y la heteronomía*, Comares. 2024.

Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente*, Laborum, 2024.

Pérez Capitán, L: *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia española y europea*, Cinca, 2024.

Rodríguez Miranda, M., García Ruiz, S., Ropero Campos, M.M.: *Modificaciones sustancial de condiciones de trabajo*, Lefebvre, 2024.

Salcedo Beltrán, M.C.: *Indemnizaciones por despido improcedente adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria*, Bomarzo, 2024.

Villalba Sánchez, A.: *Derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, 2024.

PROTECCIÓN SOCIAL

Macías García, M.C.: *El impacto de la robótica y la inteligencia artificial en la seguridad y salud de las personas trabajadoras*, Laborum, 2024.

Meléndez Morillo-Velarde, L.: *La compatibilidad entre jubilación y trabajo. Modalidades de jubilación: parcial, flexible, activa*, BOE, 2024.

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.

Montedesoca Suárez, A.: *La garantía del derecho a la seguridad y salud en el teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2024.

Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S., López Insua, B. (Dirs.), López Bedmar, R.J., Velasco Fernández, D. (Coords.): *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, Atelier, 2024.

Ortiz González-Conde, F.M.: *La jubilación por razón de actividad y discapacidad*, Laborum, 2024.

Rivera Sánchez, J.R.: *El ingreso mínimo vital en concurrencia con otras rentas e ingresos*, Aranzadi, 2024.

Rodríguez Iniesta, G., Trillo García, A.R.: *La cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Régimen jurídico tras las reformas de 20022-2024)*, Laborum 2024.

Rondón García, L.M. (Coord.): *La renta básica universal: Fundamentos, debates y herramientas de lucha contra la exclusión social*, 1ª edición, Aranzadi, 2024.

Pérez Gázquez, I.M.: *La seguridad social de los trabajadores transnacionales y su jubilación. Especial referencia a los teletrabajadores transfronterizos y nómadas digitales*, Aranzadi, 2024.

PROCESAL LABORAL

Antrás Rubio, V. y Cubero Díaz, D.: *La jurisdicción social: ámbito, plazos, postulación y defensa*. Colección Diez Esenciales de Aranzadi, ASNALA, Aranzadi, 2024.

Cano Galán, Y.: *Casación y casación para la unificación de doctrina (2022)*, Laborum, 2024.

Monereo Pérez, J.L., Márquez Prieto, A., Granados Romera, I. *et altri* (Coords.): *Conflicto de trabajo: procedimientos autónomicos de solución y medidas de presión colectiva*, Laborum, 2024.

Nores Torres, L.E.: *Proceso laboral y digitalización tras el RDL 6/2023, de 19 de diciembre*, Tirant lo Blanch, 2024.

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Arangüez Valenzuela, L.: *Hacia la eticidad algorítmica en las relaciones laborales*, Laborum, 2024.

Barrio Andrés, M. (Dir.): *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2024.

Basterra Hernández, M.: *Repercusiones laborales del Brexit*, Aranzadi, 2024.

Castillo Blanco, F., Maldonado Molina, J.A. (Dir.): *Régimen jurídico del teletrabajo en las administraciones públicas*, Dykinson, S.L., 2024.

Fernández Ramírez, M.: *Igualdad de trato integral para el empleo. Coordenadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Laborum, 2024.

García Torres, A.: *La perspectiva de género como factor de evolución de las fronteras y estructuras del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2024.

González García, S.: *El Estatuto laboral del deportista. Un estudio de derecho comparado: España y China*, BOE, 2024.

González Martín, A.: *Empleo y contratación laboral: políticas públicas en España frente a la COVID-19*, Bomarzo, 2024.

González Ortega, S. (Dir. y Coord.): *Trabajo en el sector agrario*, 2 Tomos, Laborum, 2024.

Mella Méndez, L (Dir.): La protección del trabajo frente a las crisis y transiciones actuales: "perspectivas nacionales e internacionales (Brasil, Chile, Cuba, España, Italia), Aranzadi, 2024.

Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *40 años de propuesta jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía, XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL, 2024.

Ortega Giménez, A. (Dir.): *Nuevos problemas y nuevas soluciones en el trabajo transfronterizo*, Aranzadi, 2024.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

EL DESPIDO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN PERMANENTE, por Alejandro Muros Polo, Editorial Laborum, Murcia, páginas: 648.

Comentado por:
Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Granada).
https://orcid.org/0000-0002-2019-4100

Cuando uno se asoma a cualquier repertorio de las novedades editoriales más destacables del *iuslaboralismo*, suele tener la impresión de que comienzan a descuidarse –cuando no abandonarse– los temas clásicos de nuestra disciplina. No es este el caso de la monografía que se reseña en las líneas que siguen. De reciente publicación en la editorial Laborum, "El despido colectivo en un contexto de transformación permanente" ahonda en una institución genuina del Derecho del Trabajo, como es la extinción del contrato de trabajo, si bien invita a revisitarlo a la luz de los retos que plantea cualquier aproximación al contexto actual, inmerso en constantes cambios de muy diversa índole. De ahí la oportunidad y el interés de esta investigación, que coincide con la línea en la que se insertó la tesis doctoral de su autor, Alejandro Muros Polo, Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

La obra ofrece un análisis conceptual y procedimental de la institución, al tiempo que propone sugestivas reflexiones acerca de los desafíos emergentes en el marco de la transición digital y verde, sin olvidar el progresivo envejecimiento poblacional. La originalidad del trabajo también reside en que toma el territorio como elemento de conexión entre tres ordenamientos jurídicos: el internacional, el europeo y el nacional. Precisamente, un problema que ha aquejado tradicionalmente a las investigaciones en la materia ha sido su perspectiva exclusivamente interna o, todo lo más, reducida a los parámetros comunitarios. Esta monografía presenta el valor de analizar el despido colectivo desde el prisma del Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y el estatal para contrastar las respuestas que los distintos ordenamientos conceden, a la vez que se aportan nuevos datos y puntos de vista sobre la relación entre sistemas jurídicos que no deben verse, en modo alguno, como compartimentos estancos. La investigación del Profesor Muros Polo permite, pues, escrutar y cotejar un abundante cuerpo normativo, doctrinal y jurisprudencial, con el fin de apreciar las concordancias y discordancias entre dichos niveles.

Es preciso destacar que el trabajo que se recensiona ofrece un tratamiento riguroso y exhaustivo de los principales elementos configuradores del despido colectivo, tanto desde la perspectiva de la empresa, como del banco social y del poder público Y, al hacerlo, proporciona no solo un recorrido descriptivo, en el que se lleva a cabo una intensa labor de interpretación jurídica, sino también una revisión en clave reflexiva y crítica llamada a desentrañar la auténtica significación de la institución, sin abandonar en ningún momento la lógica de equilibrio garantista entre los intereses en pugna.

A lo largo de tres partes bien diferenciadas, la obra acomete un análisis meticuloso de muy distintas fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales, complementado con continuas referencias a la práctica efectiva y que terminan por establecer conclusiones fidedignas.

La Parte I, "Reestructuraciones empresariales y despido colectivo en una sociedad en constante transformación", se centra en el encuadramiento del despido colectivo en las reestructuraciones empresariales, siempre con el contexto de cambio como telón de fondo. En concreto, esta primera parte aborda el conflicto de intereses entre empresas y trabajadores en tales reestructuraciones, con

especial atención a los distintos modelos de flexibilidad, ofreciéndose un encomiable recorrido en perspectiva y en prospectiva de las reestructuraciones. Destaca a este respecto un cuidado estudio del despido colectivo y las reestructuraciones socialmente responsables como nueva respuesta ante los retos emergentes.

Bajo el título "El sistema internacional de garantías multinivel del despido colectivo. Una mirada a la regulación italiana", la Parte II analiza la figura extintiva desde la óptica de la Organización Internacional del Trabajo y sus principales normas en materia de despido, así como del Consejo de Europa y la Carta Social Europea revisada, detallando la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales y valorando su compatibilidad con el sistema tasado indemnizatorio español y el control de convencionalidad realizado por los tribunales españoles. El Derecho social de la Unión Europea es igualmente atendido. Se estudian, así, los principales problemas de desajuste existentes entre la normativa española y la Directiva 98/59/CE –y especialmente los desencuentros entre el legislador y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo–, reparándose en las soluciones propuestas en sede judicial. En cualquier caso, el autor no usa en este extremo un enfoque exclusivamente analítico, pues también ofrece respuestas a dichos problemas a la luz del deseado equilibrio entre la racionalidad económica y la social en los procedimientos de despido colectivo. Particularmente interesante resulta el enfoque de Derecho comparado que concluye esta segunda parte de la obra al reparar en el modelo italiano.

La investigación no se resiste a acoger igualmente una perspectiva nacional y, por tanto, más cercana y práctica. El núcleo del trabajo de investigación ocupa la Parte III, denominada "El despido colectivo en el ordenamiento jurídico español". En ella, se lleva a cabo un completo estudio que, arrancando desde el desarrollo histórico de la regulación del despido colectivo en nuestro ordenamiento jurídico, aborda los elementos constitutivos del concepto, el centro de imputación normativa, el régimen jurídico del procedimiento, con una referencia específica a la medidas sociales de acompañamiento, al plan de recolocación externa y los trabajadores maduros –analizando los mecanismos destinados a desincentivar su expulsión en los despidos colectivos–. Esta última parte ofrece asimismo un espacio de reflexión sobre la significación y el alcance de las más recientes reformas normativas en la materia, tendentes a reforzar la intervención administrativa, como la modificación del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la Ley 3/2023 de Empleo, en cuanto a la recuperación legal del pronunciamiento sobre las causas para despedir, o las novedades introducidas por el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, en materia de notificación del informe a las partes o de la creación de una nueva obligación de notificación previa en supuestos de cierre con al menos cincuenta despidos. La última parte del bloque temático referido analiza exhaustivamente la impugnación judicial de esta modalidad extintiva.

Cierra la obra un conjunto de reflexiones amplias, contundentes en su crítica constructiva, y de conjunto, que vienen a destacar los dilemas a afrontar y las posibles vías de solución de futuro inmediato orientadas a la garantía y eficacia de la institución objeto de la investigación. Puede, así, afirmarse que se intenta arrojar luz, pero también poner de relieve las sombras y contradicciones que afectan, y a menudo sacuden, la configuración del despido colectivo. Al recogerse todas estas propuestas en un trabajo que aspira a ser, además de profundo, didáctico, se acomete una valiosa aportación al conocimiento preciso y contextualizado. Señaladamente, el autor aboga por implantar un modelo de competitividad basado en la calidad del empleo, así como en el reclamo preferente de las medidas de flexibilidad interna negociada fundamentalmente tras los retos que incorpora la digitalización o la inversión de la pirámide poblacional.

Nos encontramos, en definitiva, ante una cuidada revisión, exhaustiva y actualizada, del régimen jurídico del despido colectivo. Y, como nota diferenciadora respecto de otros trabajos del

género, esta revisión aparece entreverada con los retos que para el empleo incorpora la digitalización tan característica de nuestro tiempo, junto al envejecimiento demográfico y la protección de los trabajadores maduros. La monografía "El despido colectivo en un contexto de transformación permanente" supone una contribución valiosa, científica y pedagógica a la vez, a la aplicación práctica, y no meramente especulativa, del ordenamiento jurídico. Al hacerlo, combina elementos jurídicos y políticos, normas y jurisprudencia, el planteamiento rigurosamente descriptivo y la crítica fundamentada. De ahí que tenga un indudable valor práctico para los juristas interesados en la función y alcance del despido colectivo en un entorno productivo presidido por el cambio como constante. A ellos se recomienda la lectura de esta obra.

IGUALDAD DE TRATO INTEGRAL PARA EL EMPLEO. COORDENADAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DE POLÍTICA SOCIOLABORAL, por Marina Fernández Ramírez, Editorial Laborum, 2024, páginas: 190.

Comentado por:

Sheila López Vico

Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU. Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

En esta ocasión tenemos el placer de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada "Igualdad de trato integral para el empleo. Coordenadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral". La misma ha sido realizada por Marina Fernández Ramírez, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Málaga y ha sido editada por la prestigiosa editorial Laborum, editorial de indudable referencia en el marco de las ciencias jurídicas en general y del Derecho del Trabajo en particular.

Como es bien sabido el trabajo constituye un factor clave, al ser no solo la vía principal de sustento de la persona trabajadora y de su familia, sino también una indudable forma de inserción en la sociedad. Pese a ello, ha venido existiendo una serie de personas que por sus propias características, creencias, edad o sexo han visto restringido o incluso excluido su acceso al mercado laboral ordinario. Estos colectivos antes denominados como "colectivos vulnerables" o "especialmente vulnerables" han pasado ahora a denominarse en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo como "colectivos de atención prioritaria para la política de empleo". Este tema, si bien clásico en nuestro régimen jurídico laboral, no es baladí ni mucho menos se encuentra superado. La expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la inteligencia artificial, la robotización, etc., han puesto de manifiesto nuevos retos en la lucha por la garantía de la plena y efectiva igualdad en el ámbito laboral. Basta con detenerse en una de sus más recientes manifestaciones, el teletrabajo. La expansión de esta renovada forma de prestación del servicio con la pandemia del COVID-19 ha encendido todas las alarmas, al haberse evidenciado los perjuicios que la misma puede suponer en la lucha por la igualdad de género, en la inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad o de las personas de mayor edad, al poder suponer sin ir más lejos la invisibilización de estos colectivos por el desplazamiento de los mismos de las oficinas a otros lugares elegidos por el trabajador. Del mismo modo, la anteriormente citada Ley de Empleo constituye también una clara muestra de la actualidad que presenta esta cuestión en nuestro actual mercado laboral, habiendo ampliado la misma los colectivos considerados de atención prioritaria.

Pues bien, esta compleja cuestión es precisamente la que aborda la profesora Fernández Ramírez por medio de la monografía objeto de recensión. Ello hace que, incluso antes de examinar su

contenido podamos ya afirmar que nos encontramos ante una monografía de un gran interés para todo operador jurídico al tratar un tema de indudable actualidad jurídica.

En cuanto a su contenido, la misma se estructura en seis capítulos diferenciados pero íntimamente vinculados entre sí y a modo de cierre una serie de conclusiones críticas. Veámoslo:

— Capítulo I: "Concepto de discriminación en el marco del trabajo decente y digno". A través de este primer capítulo lleva a cabo la autora una labor de introducción de las nociones de trabajo decente, trabajo digno, discriminación e igualdad, partiendo para ello del significado aportado a cada uno en las distintas normas y disposiciones promulgadas tanto a nivel nacional como internacional y europeo. Del mismo modo, no omite la autora ya en este punto una breve alusión al importante papel que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ocupado en la concreción de dichos términos. Finalmente, cierra este capítulo la prof.ª Fernández Ramírez aludiendo a las últimas normas promulgadas en nuestro país que inciden en la adaptación de nuestra normativa legal a la regulación europea y como las mismas incluso van más allá en la consecución de una efectiva igualdad en el marco del empleo.

— Capítulo II: "Segmentos de máxima vulnerabilidad sociolaboral y atención prioritaria". Realizada dicha introducción general pasa la autora a examinar detenidamente algunos de los colectivos que han venido siendo considerados como vulnerables desde un punto de vista laboral. Como señala la autora la delimitación de los mismos no resulta una tarea sencilla, al no existir ni tan si quiera desde el punto de vista legal un listado único y cerrado. Es por ello que en esta monografía se realiza una selección de los más relevantes desde un punto de vista laboral, como son: las mujeres, los jóvenes, los trabajadores mayores de 45 años y parados de larga duración, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes, las personas LGTBI o las personas en riesgo de exclusión social. Deteniéndose la autora en cada uno de ellos a analizar su situación laboral en el mercado laboral actual y los retos a los que los mismos se enfrentan.

— Capítulo III: "Vectores de diversidad en la segregación y pluridiscriminación laboral". A continuación dedica la autora un capítulo a analizar las principales causas que provocan discriminación en el trabajo, las cuales califica acertadamente como vectores de diversidad presentes en la discriminación laboral. De nuevo, la generalidad y amplitud de este tema hace que sean analizadas aquellas que mayor protagonismo presentan tanto desde un punto de vista legal como jurisprudencial, y concretamente: el género y el sexo, la edad, la discapacidad, el origen racial o etnia, la nacionalidad, la religión, la ideología, la orientación sexual o, finalmente, el origen social.

— Capítulo IV: "Vertebración de la igualdad de trato y no discriminación en el contexto internacional". Analizados los principales vectores de discriminación y los distintos colectivos que sobre la base de los mismos surgen, entra la profesora Fernández Ramírez a examinar el tratamiento que legalmente se ha realizado de esta materia. Para ello, parte la autora examinando la normativa existente en el plano internacional, concretamente los principales pronunciamientos en esta materia por parte de la OIT, para después adentrarse en los pronunciamientos a nivel Europeo. Por último, analiza críticamente la reciente Agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

— Capítulo V: "La determinante labor hermenéutica del TJUE y el TEDH en la construcción jurídica del principio de igualdad y no discriminación para el empleo". Junto a dicho análisis legal, se realiza también un examen detallado del papel que el TJUE y el TEDH ha tenido en la construcción del concepto de discriminación en el trabajo. Ello hace que este estudio además de un indudable interés teórico-científico presente además un elevado valor práctico, al no haber

olvidado la autora el impacto real que esta importante cuestión presenta en el mercado laboral actual.

— Capítulo VI: "Marco normativo español del derecho antidiscriminatorio y garantías básicas: su vocación de transversalidad". Por último, y como no podía ser menos, analiza la autora esta cuestión también en el plano nacional, donde tampoco se omiten referencias a los principales pronunciamientos de nuestros tribunales.

— Finalmente, cierra la autora su análisis con una serie de conclusiones críticas y propuestas de *lege ferenda.*

De las breves pinceladas que por medio de la presente recensión se han recogido sobre la monografía objeto de análisis puede ya deducirse que nos encontramos ante una obra de elevada calidad e indudable actualidad jurídica. La rigurosidad y exhaustividad de la autora se encuentra reflejada a lo largo de toda la obra, no limitándose la misma a comentar lo ya recogido en la normativa española, labor que por sí solo podría ser ya objeto de un estudio diferenciado, sino que además sitúa esta problemática en el plano internacional y europeo al analizar también la normativa y disposiciones existentes en dicho plano y los pronunciamientos del TJUE y del TEDH.

Por todo ello, no puede concluirse el presente análisis sin recomendar la lectura atenta de esta monografía a todo aquel operador jurídico, al ser probablemente esta la obra más actual en esta materia, convirtiéndola así en una monografía de indudable referencia doctrinal.

LA SOCIOLOGÍA CRÍTICA DE KARL MANNHEIM EN UNA ÉPOCA DE CRISIS, por José Luis Monereo Pérez, Editorial El Viejo Topo, 2024, páginas: 358.

Comentado por:
Sheila López Vico
Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU. Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Tenemos el placer de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada "La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis". La misma ha sido realizada por José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada y ha sido editada por la prestigiosa editorial El Viejo Topo especializada en diversos temas y, entre ellos, en aquellos referentes a la historia del pensamiento político, jurídico y social.

En el marco de la presente obra se profundiza en la evolución del pensamiento crítico de Karl Mannheim, uno de los grandes fundadores de la sociología del conocimiento. Mannheim fue un importante Sociólogo y filósofo alemán, nacido en Budapest. El tiempo que le tocó vivir hizo que el mismo tuviese que variar en diversas ocasiones su lugar de residencia, habiéndose incluso visto obligado a exiliarse en Inglaterra durante el nazismo. Así, estudió en las Universidades de Budapest, Berlín, París y Friburgo y, del mismo modo, fue profesor en las Universidades de Alemania y en Inglaterra.

Presentado el pensador sobre el que versa la obra y algunos de los eventos que marcarían su pensamiento, cabe ahora entrar a analizar con mayor detenimiento el contenido de la obra objeto de recensión. De este modo, la misma se estructura en un total de cuatro capítulos diferenciados aunque, como se verá, inevitablemente vinculados entre sí. Veámoslos:

Capítulo I: "Elementos de biografía intelectual. La conciencia de vivir en una etapa crítica". Mediante este primer capítulo se entra a presentar al autor, para lo cual se profundiza por un lado en su origen y eventos que marcaron su vida (y en consecuencia la formación de su pensamiento crítico) como en su obra. Ya en este punto nos presenta el profesor Monereo el imprescindible papel que Mannheim tuvo en la fundación de la sociología del conocimiento como disciplina y algunos de los principales pensadores que influyeron en la constitución de su línea de pensamiento crítico. También se presenta ya en este punto las diversas etapas en la que este último se estructura y los principales rasgos y avances que caracteriza cada una de ellas. Pues bien, cada una de estas etapas son las que posteriormente se analizan en los capítulos que conforman esta monografía.

Capítulo II: "Pensamiento crítico (I): primera etapa alemana. La centralidad de la sociología del conocimiento". Este segundo capítulo constituye el grueso de la obra y mediante el mismo se entra a concretar en que consiste la sociología del conocimiento en el marco de la tesis seguida por Mannheim durante la primera etapa alemana. Concretamente, se define la misma como una relación entre el conocimiento y la política. Esta última, constituye precisamente uno de los pilares de los estudios de Mannheim y por ello se dedica un espacio de este capítulo al análisis de su visión de la misma, comparándola esencialmente con la tesis sobre los partidos políticos seguida por Kirchheimer. Asimismo, se dedica también un espacio al análisis de la obra Ideología y Utopía de Mannheim, analizando el significado y relación para el mismo de ambas nociones. En este sentido, el mismo destacó como dichas ideologías y utopías si bien podían repercutir negativamente en la observación científica permitían sin embargo fijar la atención en aspectos que de otro modo pasarían desapercibidos. También evidenció en dicha obra la importancia que presenta el contexto social y relacional en la conformación del conocimiento de las ciencias sociales. Por último, se cierra dicho capítulo mostrando el impacto que la obra de este autor tuvo en otros importantes pensadores como Paul Ricoeur o Ernst Bloch.

Capítulo III: "Pensamiento crítico (II): segunda etapa anglosajona. Sociología política y sociología de la cultura". Una vez delimitados los principales rasgos que caracterizan la primera fase del pensamiento crítico de Mannheim, se entra por medio del capítulo tercero a estudiar la evolución de su pensamiento a lo largo de la etapa anglosajona. Como indica el prof. Monereo Pérez, en esta fase si bien no hay una completa ruptura con la anteriormente descrita, sí que se realizan rectificaciones importantes. Concretamente, se aparta en este punto Mannheim de la sociología del conocimiento y se orienta hacia una sociología diagnóstica en primer lugar y, tras su exilio, en una sociología de la planificación con un marcado carácter elitista y un elevado protagonismo de la educación y formación de los individuos. Todo ello en aras de luchar contra las irracionalidades del mundo contemporáneo. Finalmente, cierra el autor de esta obra el capítulo enlazando la renovada actualidad que presenta en nuestro marco económico y social el pensamiento de Mannheim.

Capítulo IV: "Conclusión". Para cerrar esta monografía recoge el profesor Monereo Pérez una serie de conclusiones sobre el pensamiento de Mannheim, reflejando el importante papel que el mismo ocupó en el marco de la sociología del conocimiento. En este punto, se resalta la finalidad perseguida por este pensador, que no era otra que "comprender ye explicar los factores determinantes…, para después articular posibles alternativas a la situación[1]".

Todo ello nos permite concluir afirmando con total seguridad que nos encontramos ante una monografía de una elevada calidad jurídica al entrar a analizar el pensamiento crítico de un autor que ve renovada su actualidad jurídico-social ante los interrogantes que se planten en la actual coyuntura histórica. Además, la larga trayectoria investigadora del prof. Monereo Pérez y su rigurosidad

[1] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Editorial El Viejo Topo, 2024, pp. 209-210.

enriquece significativamente la misma al introducir en todo momento las similitudes y diferencias de este autor con otros pensadores de su época.

En definitiva, la monografía objeto de recensión presenta todos los atributos necesarios para alzarse en nuestro país como obra de obligada referencia en el estudio del Derecho en general y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al tratar temas básicos y esenciales que todo operador en ciencias jurídicas debería de conocer.

LAS RELACIONES SOCIOLABORALES EN LA ERA DE LA TRANSICIÓN DIGITAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA), ALGORITMOS, ROBÓTICA, AUTOMATIZACIÓN, BIG DATA, COMPLIANCE Y TECNOLOGÍAS AVANZADAS, por Pompeyo Gabriel Ortega Lozano y Sara Guindo Morales, Editorial Comares, 2024, páginas: 360.

Comentado por:
Rafael José López Bedmar
Contratado predoctoral FPU. Universidad de Granada. E-mail: rlbedmar@ugr.es
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

En el contexto general de la era digital, el panorama laboral está siendo sometido a una transformación sin precedentes. La revolución tecnológica, marcada por avances en inteligencia artificial, robótica, *big data* y automatización, está redefiniendo no solo la naturaleza del trabajo, sino también las estructuras de empleo y las relaciones entre empleadores y personas trabajadoras. Las empresas están adoptando tecnologías que aumentan la eficiencia y reducen costos, pero también plantean desafíos significativos en términos de seguridad laboral, derechos de los trabajadores y la protección social. La digitalización ha permitido una mayor conectividad y ha abierto nuevas oportunidades para el trabajo remoto, pero también ha generado una creciente preocupación por la vigilancia y el control digital sobre los empleados.

De esta forma, ante este paradigma, caracterizado por la acelerada digitalización y el impacto transformador de las tecnologías emergentes, *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compilance y tecnologías avanzadas*, se erige como una obra esencial para comprender los desafíos y oportunidades que enfrenta el Derecho del Trabajo en la actualidad.

Se puede apreciar la brillantez y calidad de la novedosa obra respaldada por la altura académica y profesional de sus autores: Pompeyo Gabriel Ortega Lozano (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada) y Sara Guindo Morales (Profesora Contratada Doctora Indefinida de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, acreditada a titular). Ambos autores cuentan con numerosas publicaciones entre artículos de revistas, colaboraciones en obras colectivas y monografías.

Además, este trabajo es el resultado de una fructífera estancia de investigación realizada por ambos autores en Reino Unido, concretamente en *The City Law School, University of London*, durante los años 2022 y 2023.

Es importante destacar, por último, pero no menos relevante, que esta obra forma parte de la reconocida «Colección Trabajo y Seguridad Social» de la editorial Comares, que dirige el Profesor José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones

de Trabajo, ambas de la Editorial Laborum). Esta editorial ha dedicado el esfuerzo necesario para asegurar que este libro se publique en las mejores condiciones posibles.

La obra se distingue por su enfoque exhaustivo y multidimensional, estructurada en catorce capítulos que abordan desde los fundamentos de las tecnologías digitales hasta sus implicaciones en la legislación laboral. Los autores no solo exploran la teoría, sino que también ofrecen propuestas concretas de *lege ferenda* para adaptar la legislación vigente a las realidades emergentes del mercado laboral. La propuesta de los autores se centra en la necesidad de asegurar que el progreso tecnológico sirva a los intereses humanos, evitando la deshumanización del trabajo y promoviendo un entorno laboral equitativo y protegido.

La estructura de esta obra se compone de una Presentación a cargo del profesor José Luis Monereo Pérez y un total de catorce capítulos. El primer capítulo ofrece una introducción temática que establece el contexto general de la obra.

El Capítulo II se centra en la inteligencia artificial en la Unión Europea, ofreciendo un panorama del marco jurídico en constante evolución. Los autores examinan desde los riesgos asociados con la IA hasta la regulación europea, incluyendo el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), las directrices del Libro Blanco sobre IA, y las propuestas de Directivas sobre responsabilidad civil y productos defectuosos. Esta sección proporciona un análisis crítico de cómo las políticas europeas están intentando equilibrar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales.

El Capítulo III explora cuestiones colaterales en el ordenamiento jurídico español, profundizando en temas como la discriminación algorítmica y la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. La obra ofrece un análisis detallado de cómo la legislación española está respondiendo a los desafíos de la digitalización, destacando la necesidad de una normativa robusta que garantice un entorno laboral justo y seguro.

El Capítulo IV examina los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre inteligencia artificial, ofreciendo una perspectiva internacional sobre las recomendaciones para la regulación de la IA y su impacto en el empleo.

El Capítulo V aborda el impacto de la IA en las condiciones de trabajo, explorando desde la creación de empleo hasta los riesgos asociados. Los autores analizan cómo la automatización puede alterar la estructura del mercado laboral y la calidad del empleo, proporcionando una visión crítica sobre la necesidad de políticas que aseguren que la tecnología contribuya a la creación de trabajos dignos y a la mejora de las condiciones laborales.

El Capítulo VI se centra en la inteligencia artificial generativa en la industria del cine y el trabajo de los guionistas, discutiendo el reparto equitativo de los beneficios derivados del avance tecnológico. Este capítulo ilustra cómo las nuevas tecnologías están transformando industrias específicas y plantea interrogantes sobre la equidad en la distribución de los beneficios tecnológicos.

El Capítulo VII examina la *gig economy*, un fenómeno creciente que redefine el empleo tradicional. Los autores analizan la regulación europea y española sobre el trabajo en plataformas digitales, discutiendo las condiciones laborales y los retos jurídicos asociados con esta forma de empleo. La obra proporciona una visión crítica de cómo la legislación está abordando los problemas de precariedad y explotación en la *gig economy*.

El Capítulo VIII se ocupa de la relación entre robots, relaciones laborales y prevención de riesgos. Los autores analizan las responsabilidades y posibles recargos asociados con el uso de robots en el entorno laboral, ofreciendo una perspectiva sobre cómo las nuevas tecnologías afectan la gestión de riesgos y la seguridad en el trabajo.

El Capítulo IX discute la negociación colectiva y los derechos digitales laborales, explorando cómo los convenios colectivos están adaptándose a las nuevas tecnologías. Este capítulo ofrece un análisis detallado de cómo la negociación colectiva puede enfrentar los desafíos que plantea la digitalización, garantizando que los derechos laborales se mantengan en un entorno tecnológico cambiante.

El Capítulo X trata sobre la transmisión de empresas y el impacto de los componentes tecnológicos en este proceso. Los autores examinan cómo la digitalización afecta la subrogación de trabajadores y los casos difíciles de subrogación vinculados a tecnologías específicas, proporcionando una perspectiva crítica sobre la necesidad de adaptar las normas para proteger los derechos laborales en un contexto de cambio tecnológico.

El Capítulo XI aborda el derecho fundamental a la libertad de expresión en un entorno digitalizado, discutiendo los límites constitucionales y contractuales de este derecho en el contexto laboral. Este capítulo examina cómo la tecnología afecta la libertad de expresión de los trabajadores y los conflictos jurisprudenciales relacionados con la reputación empresarial y la imagen corporativa.

El Capítulo XII se centra en el derecho a la huelga en la era digital, analizando cómo la digitalización afecta el ejercicio de este derecho. Los autores exploran el impacto de la tecnología en la capacidad de presión de la huelga y ofrecen un análisis jurídico sobre la sustitución de tareas durante una huelga y el esquirolaje tecnológico.

El Capítulo XIII sintetiza las modificaciones legislativas necesarias para enfrentar los retos del avance tecnológico y la transición digital. Los autores proponen reformas concretas para adaptar el marco normativo a las nuevas realidades del trabajo, asegurando que la legislación laboral se mantenga relevante y efectiva.

Finalmente, el Capítulo XIV ofrece conclusiones y reflexiones jurídicas sobre los temas tratados en la obra, proporcionando un resumen de los hallazgos y recomendaciones para futuras investigaciones y reformas.

En resumen, *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compilance y tecnologías avanzadas,* es una contribución fundamental para entender y navegar los desafíos que plantea la digitalización en el ámbito laboral. La profundidad analítica, la claridad en la exposición y la relevancia de los temas tratados hacen de esta obra una lectura imprescindible para académicos, alumnos y profesionales del Derecho del Trabajo. La calidad de la investigación y la experiencia de los autores aseguran que el libro no solo sea una referencia académica, sino también una guía práctica para la adaptación normativa en la era digital. Por todo esto, se conforma una obra completa de una materia clave en nuestra academia de relaciones laborales.

EL SALARIO EN LA ENCRUCIJADA DE LAS TRANSFORMACIONES EN LA EMPRESA: ENTRE HETERONOMÍA Y AUTONOMÍA, por José Luis Monereo Pérez, Arantzazu Vicente Palacio, Belén del Mar López Insua, Salvador Perán Quesada y Sheila López Vico, Editorial Comares, 2024, páginas: 224.

Comentado por:
Rafael José López Bedmar
Contratado predoctoral FPU. Universidad de Granada. E-mail: rlbedmar@ugr.es
https://orcid.org/0009-0002-4931-699X

En el entorno laboral contemporáneo, la cuestión del salario ha adquirido una complejidad sin precedentes debido a las rápidas transformaciones en el mundo empresarial. Estas transformaciones están impulsadas por la globalización, los avances tecnológicos y los cambios en las expectativas sociales y económicas, lo que ha llevado a una evolución significativa en la estructura y regulación salarial.

El salario, como componente central de las relaciones laborales, no solo representa la compensación económica por el trabajo realizado, sino que también refleja la dinámica entre la parte empleadora y la parte trabajadora, así como la capacidad de adaptación de las empresas a las nuevas realidades del mercado. En este contexto, es fundamental entender cómo los distintos complementos salariales, desde los personales hasta los ligados a los resultados de la empresa, están configurando el panorama laboral actual.

Esta obra, *El Salario en la Encrucijada de las Transformaciones en la Empresa: Entre Heteronomía y Autonomía*, aborda estas cuestiones desde una perspectiva exhaustiva, analizando la evolución del salario en función de las transformaciones empresariales y la flexibilidad normativa. La obra ofrece una visión detallada sobre cómo la estructura salarial se adapta a las nuevas demandas y cómo estas adaptaciones se reflejan en los convenios colectivos y en la normativa vigente.

Al explorar la delimitación conceptual del salario, los distintos complementos salariales y su regulación en contextos como el teletrabajo y las horas extraordinarias, la obra proporciona una herramienta valiosa para entender las complejidades actuales del salario en el marco de la flexibilidad laboral y la negociación colectiva.

La calidad y profundidad de esta monografía están respaldadas por la destacada trayectoria académica y profesional de sus autores: José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, ambas de la Editorial Laborum; creador de la "Colección Crítica del Derecho" en la Editorial Comares), Arantzazu Vicente Palacio (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Jaime I), Belén del Mar López Insua (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), Salvador Perán Quesada (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) y Sheila López Vico (Contratada Predoctoral FPU en la Universidad de Granada). Todos ellos cuentan con una extensa trayectoria de publicaciones, incluyendo artículos en revistas, colaboraciones en obras colectivas y monografías.

Es importante destacar que esta obra forma parte de la reconocida «Colección Trabajo y Seguridad Social» de la editorial Comares, dirigida por el propio Profesor José Luis Monereo Pérez. Esta editorial ha dedicado el esfuerzo necesario para asegurar que este libro se publique en las mejores condiciones posibles.

La obra se divide en ocho capítulos que cubren aspectos fundamentales del salario, desde su conceptualización hasta su regulación en distintos contextos laborales.

— Capítulo 1: Delimitación conceptual del salario y su estructura Este capítulo establece las bases jurídicas y normativas del salario, abordando su definición, los componentes que lo integran y las modalidades de salario reconocidas legalmente. Se discuten también los mecanismos de compensación y las garantías de protección salarial.

— Capítulo 2: Complementos salariales de carácter personal. Aquí se analizan los distintos complementos salariales que dependen de características personales del trabajador, como antigüedad, formación, idiomas, entre otros. Este capítulo destaca cómo estos factores influyen en la remuneración individual y las implicaciones legales de su implementación.

— Capítulo 3: Complementos en función de la naturaleza del trabajo realizado. Se estudian los complementos salariales ligados a las condiciones específicas del puesto de trabajo, como el trabajo nocturno, en turnos, en días festivos, y aquellos asociados a condiciones laborales peligrosas o insalubres.

— Capítulo 4: Complementos salariales fijados en función de la situación y resultados de la empresa. Este capítulo aborda los complementos salariales que dependen del rendimiento de la empresa, como pagas de beneficios, primas de productividad, y participación en el capital, subrayando su creciente importancia en el marco de la flexibilidad laboral.

— Capítulo 5: Régimen legal del trabajo a distancia y su aplicación en la negociación colectiva. Se analiza la regulación del teletrabajo, incluyendo la voluntariedad del mismo, las obligaciones empresariales en cuanto a provisión de medios y compensación de gastos, y cómo estos aspectos se negocian colectivamente.

— Capítulo 6: Regulación de las horas extraordinarias en los convenios colectivos Se elabora un estudio sobre la normativa aplicable a las horas extraordinarias, analizando su tratamiento en los convenios colectivos, y la flexibilidad que las empresas pueden aplicar en su gestión.

— Capítulo 7: Profundización en la Regulación del Complemento de Disponibilidad y Derecho a la Desconexión Digital. Este capítulo explora detalladamente el complemento de disponibilidad y el derecho a la desconexión digital en el contexto laboral. Analiza cómo se definen y regulan estos conceptos en los convenios colectivos, con énfasis en la igualdad salarial y la compensación adecuada. También examina la aplicación práctica del derecho a la desconexión digital, destacando su alcance, medidas de implementación y cómo se computa a efectos retributivos y en la negociación colectiva.

— Capítulo 8: Conclusiones Generales. Compila las principales conclusiones de la obra. Refleja los hallazgos clave sobre la adaptación normativa y práctica y esboza recomendaciones para futuros desarrollos legislativos y prácticos en el ámbito del derecho laboral.

En conclusión, *El Salario en la Encrucijada de las Transformaciones en la Empresa: Entre Heteronomía y Autonomía*, ofrece un análisis profundo del salario y su impacto en las relaciones laborales, examinando cómo ha evolucionado en un contexto de creciente flexibilidad y adaptación. Los autores presentan un estudio detallado, basado en una sólida base jurídica, que ilumina cómo el

salario y sus componentes se ajustan a los cambios en la estructura del trabajo moderno, incluyendo las implicaciones de los convenios colectivos y las nuevas formas de trabajo como el teletrabajo.

La obra no solo es una valiosa fuente de conocimiento académico, sino también una herramienta práctica para profesionales del derecho laboral y cualquier persona interesada en las dinámicas salariales actuales. Al combinar teoría y práctica, el libro proporciona una comprensión integral de cómo el salario influye en la equidad y la motivación en el entorno laboral contemporáneo, haciendo de él una referencia esencial en el campo del derecho laboral.

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 12 (3er 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 12 (2024): 373-388.

1. ACTIVIDADES O TRABAJOS COMPATIBLES CON EL DISFRUTE DE PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA Y GRAN INVALIDEZ

Criterio de Gestión: 11/2024, de 13 de junio. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) ha dictado, en unificación de doctrina, la Sentencia núm. 544/2024 de 11 de abril de 2024[2], mediante la que rectifica la doctrina que venía sosteniendo hasta el momento relativa al régimen de compatibilidad del cobro de las pensiones de IPA y de gran invalidez (GI) con el desempeño de un trabajo.

Adicionalmente, dicha sentencia mantiene que *"Si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían."*

En tanto se lleva a cabo la modificación normativa que revise el actual sistema de incapacidades, esta entidad gestora ha de asumir la nueva doctrina sentada por el Pleno de la Sala de lo Social, la cual se expone a continuación.

El artículo 198.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), establece:

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente (incluido letras destacadas: negrita y cursiva) y están accesibles en los portales de transparencia de la Administración Pública.
Selección y notas a cargo de José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

[2] Roj: STS 1996/2024 –ECLI:ES:TS:2024:1996.

"2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión." Una primera jurisprudencia estableció que la referencia a "*el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido",* se refería única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve -SSTS 20 de diciembre de 1985 y de 13 de mayo de 1986[3].

Con posterioridad, numerosas sentencias -entre otras, las SSTS de 30 de enero de 2008, de 16 de octubre de 2013, de 23 de abril de 2009 y de 20 de marzo- declararon la compatibilidad de la pensión de IPA o GI con el trabajo por cuenta ajena.

En la Sentencia núm. 544/2024 de 11 de abril de 2024[4], anteriormente mencionada, el Pleno de la Sala de lo Social del TS rectifica esa última doctrina y entiende que *"debe abandonar este criterio interpretativo para volver a una más adecuada interpretación de los preceptos que disciplinan el régimen de compatibilidades entre prestaciones de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia o ajena que sea más respetuosa con la dicción de los preceptos legales y con la finalidad de los mismos y del propio sistema de Seguridad Social, atendidos los criterios hermenéuticos del Código Civil, especialmente, la realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas. (...) El recto entendimiento del artículo 198.2 LGSS conduce a determinar que los trabajos compatibles con las prestaciones de incapacidad allí determinadas (Incapacidad Permanente Absoluta -IPA- y Gran Invalidez -GI-) autorizados por dicha norma son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta, ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir los residuales, mínimos y limitados y ,en manera alguna, los que constituyen la propios que se venían*

[3] STS 12659/1986 – ECLI:ES:TS:1986:13659, recoge en su Fundamento Derecho Segundo lo siguiente:
A efectos decisorios, es de significar, que los trabajos a que se refiere el precepto denunciado, como infringido, son aquéllos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social, es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna, los que constituyan la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento; como en el supuesto debatido, según la resultancia fáctica de la resolución recurrida -intangible por no impugnada- viene el actor "desempeñando después de la declaración de incapacidad absoluta, trabajos remunerados de las mismas características que los de antes de dicha declaración, al realizarlos como Secretario en la Agrupación de los Ayuntamientos en distintas localidades..." y verificados anteriormente como Oficial Administrativo en la Empresa "General de Piensos de Soria, S. A.", y como Oficial Administrativo-Secretario de varias Comarcas- Agrícolas Locales" deviene clara la improcedencia del motivo articulado, pues al margen de que el artículo 2° del Real Decreto 1.071/84, de 23 de mayo , obliga a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, a comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente, y el demandante no cumplió tal obligación, siendo descubierta dicha circunstancia por una comunicación del Gobierno Civil de Soria, el precepto que se dice violado en manera alguna, puede amparar -cual pretende el recurrente- aquella 723 actividad plena y completa e idéntica o al menos muy similar a la que se desempeñaba con anterioridad a sufrir el accidente laboral; lo contrario, llevaría al absurdo -y toda interpretación que a ello conduzca debe ser rechazada- de que una misma situación fuera a su vez de capacidad laboral completa y normal y de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo".
Véase art. 7.5 LGSS que dispone: *"No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y oídos las organizaciones sindicales más representativas o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida.*" En este sentido el Decreto 1382/1972, de 6 de mayo, excluyó del Régimen General de la Seguridad Social al personal que presta servicios, con carácter marginal, en la empresa "Sociedad de Fomento de la Cría Caballar", siempre que *"limiten su actividad a la desempeñada en el Hipódromo de Madrid, únicamente los días en los que se celebren carreras de caballo. No obstante, la Empresa deberá de mantener la protección de los citados trabajadores contra el riesgo de accidentes de trabajo".*

[4] ROJ:STS 1996/2024 – ECLI:ES:TS:2024:1996.

realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social."

Las razones que, según el TS, avalan la vuelta a su interpretación primigenia son las siguientes:

a) La propia interpretación literal del artículo 198.2 del TRLGSS, que al hablar de *"actividades"* compatibles y no de *"trabajos"* se está refiriendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

b) La interpretación sistemática, por cuanto el artículo 194 del TRLGSS (según la Disposición Transitoria 26ª del TRLGSS) establece que se entenderá por IPA para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio y por GI la situación del trabajador afecto de IP y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, por lo que resulta difícil imaginar que, por un lado, la norma califique la IPA como situación que inhabilita por *"completo"* al trabajador para *"toda"* profesión u oficio; y que, por otra, este permitiendo la compatibilidad con actividades que, según la definición anterior no podría realizar.

   La lógica de la interpretación sistemática solo puede conducir a que la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente puede referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

c) La finalidad genérica de todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social de subvenir situaciones de necesidad de los afiliados al sistema, conforme a los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero.

d) La finalidad específica de las prestaciones de IP, que tratan de sustituir la sobrevenida carencia de rentas de trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar que se produce como consecuencia de la situación incapacitante sufrida por el trabajador, lo que implica que, si no existe esa pérdida de rentas de trabajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtenerlas, no concurre la situación de necesidad que precisa de la protección y esfuerzo social del resto de los ciudadanos para la acumulación de la prestación que permita atender dicha situación de necesidad.

e) Considera la Sala que su anterior interpretación era contraria a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social y al principio de solidaridad, en la medida en que una misma persona -imposibilitada normativamente para el ejercicio de toda profesión u oficio- seguía percibiendo rentas del trabajo, mientras se abonaba una prestación de desempleo a un trabajador que no percibía rentas de trabajo por carecer de empleo y que podría haber accedido a las rentas de trabajo derivadas del empleo que ocupaba el beneficiario de la prestación de incapacidad.

En razón de lo expuesto, se imparte el siguiente criterio de gestión[5]:

[5] *Cfr*. Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, acerca de la obligación de comunicar el alta y cotizar a la Seguridad Social

1. La percepción de la pensión de IPA será incompatible con la realización de aquel trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen del sistema de la Seguridad Social.

   A tal efecto, se suspenderá el pago de la pensión de IPA durante el desempeño de tales trabajos o actividades, dictándose resolución en la que se fundamente la suspensión en la nueva doctrina del TS, y se reanudará cuando cese la realización de dicho trabajo o actividad.

   En aquellos casos en los que se tenga reconocido el complemento destinado a que el interesado pueda remunerar a la persona que le atienda previsto en el artículo 196.4 del TRLGSS, la suspensión de la pensión no impedirá que se siga percibiendo dicho complemento.

   Lo establecido en este apartado no impide que el INSS pueda promover la revisión del estado del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 200 del TRLGSS.

2. En aquellos casos en los que, de acuerdo con la anterior doctrina del TS, el pensionista viniese compatibilizando el percibo de la pensión de IPA con el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena o de una actividad por cuenta propia que hubiera dado lugar al alta en un régimen de la Seguridad Social, durante la vigencia de dichos contratos de trabajo o de las citadas actividades, se mantendrá la compatibilidad sin perjuicio de que se pueda iniciar, si así procediese, el procedimiento de revisión con el objeto de determinar si se mantiene el grado, en el supuesto de que el interesado no hubiera cumplido la edad de jubilación y de que dicho procedimiento no se hubiera ya iniciado cuando se tuvo conocimiento de que el interesado estaba trabajando.

2. TRABAJOS IRRELEVANTES Y JUBILACIÓN. APLICACIÓN DE LA DT. 34 APARTADO 3.A) LGSS

Criterio de gestión: 12/2024, 4 julio. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS

El apartado 5.a) de la disposición transitoria cuarta (DT4ª) del TRLGSS dispone que:

"5. Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (LAAMSS), *a las pensiones de jubilación que se causen, en los siguientes supuestos:*

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. (...)"

El apartado 3.a) de la disposición transitoria trigésima cuarta (DT34ª) TRLGSS dispone:

"3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, seguirán siendo de aplicación las reglas de acceso a la modalidad de jubilación anticipada por voluntad del interesado previas a la entrada en vigor de esta disposición transitoria a las personas a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 210, siempre que la extinción del contrato de trabajo que da derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada cumpla alguna de las siguientes condiciones:

respeto de aquellos pensionistas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que realicen trabajos que den lugar a la inclusión en alguno de los regímenes que integran el sistema (BOE 24 noviembre de 1992).

a) *Que la extinción se haya producido antes de 1 de enero de 2022, siempre que con posterioridad a tal fecha la persona no vuelva a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. (...)"*

Cuando se produzcan las condiciones exigidas en el apartado 5.a) de la DT4ª o en el apartado 3.a) de la DT34ª del TRLGSS, a efectos de determinar la legalidad aplicable a las pensiones de jubilación resueltas a partir de 1 de enero de 2024, se considerarán irrelevantes los periodos de trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia) determinantes del alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social que se hubiesen realizado con posterioridad a 1 de abril de 2013 o a 1 de enero de 2024, según el caso, cuando, la suma de dichos periodos, no supere los 12 meses, con independencia de que, en aplicación de este criterio, haya de fijarse el hecho causante de la pensión en una fecha anterior a la del 1 de enero de 2024.

También tendrán la consideración de irrelevantes los trabajos a tiempo parcial que, conforme a lo dispuesto en el artículo 282.1 del TRLGSS, sean compatibles con la prestación o subsidio de desempleo derivados de un cese anterior a las fechas de referencia en las disposiciones citadas.

3. CESE EN LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

3.1. Sujetos incluidos del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

Criterio interpretativo: 1/2024, 15 de febrero. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

El Instituto Social de la Marina (ISM) ha solicitado criterio jurídico a esta Dirección General de Seguridad Social (DGOSS) en relación con la prestación de cese de actividad que perciben los trabajadores autónomos que están dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar-en adelante, REM-. Concretamente, se consulta la posible compatibilidad de la percepción de la prestación de cese de actividad con las labores de siembra y traslado del molusco, así como la determinación de los documentos necesarios para acreditar la situación legal de cese de actividad temporal parcial en los supuestos de fuerza mayor.

Planteamiento:

Sobre la compatibilidad de la prestación de cese de actividad de los trabajadores autónomos dados de alta en el REM con la realización de ciertas actividades relacionadas con su actividad profesional ya planteó esa Entidad sendas preguntas contestadas mediante criterios de 26 de junio de 2013 y 31 de mayo de 2019.

En tales supuestos resultaba de aplicación el artículo 342 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social-en adelante, TRLGSS- que regula las incompatibilidades de la prestación de cese de actividad, determinando que:

"Artículo 342. Incompatibilidades

1. La percepción de la prestación económica por cese de actividad es incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria 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, así como con el trabajo por cuenta ajena, salvo que la percepción de prestación por cese de actividad venga determinada por lo dispuesto en los epígrafes 4.º y 5.º del artículo 331.1.a), o por cese temporal parcial de la actividad derivado de fuerza mayor, que serán compatibles con la actividad que cause el cese, siempre que los rendimientos netos mensuales obtenidos durante la percepción de la prestación no sean superiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional o al importe de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior.

La incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia establecida en el párrafo anterior tendrá como excepción los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europa para las tierras agrarias. Esta excepción abarcará asimismo a los familiares colaboradores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que también sean perceptores de la prestación económica por cese de actividad. Esta excepción será desarrollada mediante norma reglamentaria.

(...)

2. Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, la prestación por cese de actividad será incompatible con la percepción de las ayudas por paralización de la flota.

(...) ”

Expone el ISM en su escrito que:

“*En la consulta anterior se solicitaba extender la excepción que se recoge en el artículo citado para las explotaciones agrarias al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, con la finalidad de que durante la percepción de la prestación de cese de actividad se permitiera a los trabajadores dedicados al marisqueo el poder realizar aquellas funciones que no tuvieran una finalidad comercial.*

La problemática que está surgiendo es que cada vez son mayores los periodos de fuerza mayor y que dan lugar al nacimiento de la prestación cese de actividad. El resultado es que si durante estos periodos, cada vez frecuente, no se permite que se traten las rías, se traslade el molusco y se siembre, una vez que finaliza el cese de actividad y se decrete la apertura de la ría, no se obtendrá ningún ingreso hasta que transcurran muchos meses ya que no existe siembra previa. Por ello, si lo que se pretende es que una vez que termine el cese de actividad puedan tener ingresos lo más rápidamente posible es necesario que durante su percibo se les permita compatibilidad con la realización de las activades necesarias para que puedan tener bivalvos una vez terminado el cese.”

En respuesta a la consulta planteada, por parte de este Centro Directivo, se concluyó que, en aquellos casos en los que se declare el cierre de la ría por causas de fuerza mayor, será únicamente compatible la percepción de la prestación de cese de actividad con la realización de funciones de vigilancia y limpieza de la ría.

La Entidad Gestora plantea de nuevo consulta, aunque esta vez considera necesario reconocer la compatibilidad de la percepción del cese de actividad con la realización de las funciones específicas

de siembra y traslado de los bivalvos, mientras dure el cese de actividad temporal de los trabajadores provocado por el cierre de las rías.

La segunda cuestión planteada hace referencia a la documentación necesaria para acreditar la situación legal de cese temporal parcial de actividad -en base a la redacción de los artículos 331.1.b) y 332.1.2 del TRLGSS-, en los supuestos en los que exista causa de fuerza mayor.

Criterio DGOSS:

El artículo 3.1 del RD 497/2020, de 28 de abril[6], por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones atribuye a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad.

En relación con la primera cuestión planteada, relativa a la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación de cese de actividad con la realización de funciones de traslado y siembra de bivalvos, cabe realizar las siguientes consideraciones.

El Criterio emitido por esta Dirección General el 26 de junio de 2013, determinó que, aquellas funciones de vigilancia de la ría que tenían como objeto evitar el furtivismo, así como las labores de limpieza que se pudieran realizar, eran actividades accesorias del marisqueo que tenían una finalidad comercial, lo que imposibilitaba la percepción simultánea de la prestación con la realización de tales tareas, con la única excepción de poder realizar tareas de limpieza "*en supuestos excepcionales motivados por peligro grave de contaminación"*.

Posteriormente, debido a que esta cuestión continuó siendo una preocupación dentro del colectivo de trabajadores del mar, el ISM vuelve a realizar una consulta a este Centro Directivo, planteando la posible compatibilidad de la prestación de cese de actividad con las funciones de limpieza y vigilancia en aquellos casos en los que se decrete el cierre de la ría por motivos de fuerza mayor, argumentando que, tanto las labores de vigilancia -que buscan no solo acabar con el furtivismo sino también ahuyentar a los depredadores-, así como las labores de limpieza de la ría, resultan indispensables para salvaguardar la producción. El Criterio emitido por este Centro Directivo el 31 de mayo de 2019, concluyó que: "*Las funciones de limpieza y vigilancia en aquellos casos en los que se decrete el cierre de la ría por motivos de fuerza mayor podrían ser compatibles con la percepción de la prestación por cese de actividad*".

La cuestión que ahora se plantea, es la posibilidad de compatibilizar, en aquellos supuestos de fuerza mayor en los que se decrete el cierre de la ría, la realización de funciones de siembra y traslado de bivalvos con la percepción de la prestación por cese de actividad.

Tal y como argumenta la Entidad Gestora, en la actualidad, la mayor parte de la producción gallega proviene de labores de semicultivo. Las mariscadoras, preparan el terreno y siembran los bivalvos de pequeño tamaño, cubriéndolos posteriormente con una red de plástico para protegerlos los depredadores. Con regularidad, debe limpiarse la red para liberarla de algas y otros residuos, para evitar que los bivalvos mueran por falta de oxígeno, y así controlar la acción de los depredadores-cangrejos, estrellas de mar…etc.-, y otras especies invasoras. Cuando los moluscos van creciendo, suele ser necesario realizar traslados -rareos-, para que puedan crecer en otras zonas donde las condiciones resultan más favorables. Una vez sembrados, tardan unos dieciocho meses en alcanzar

[6] Entiéndase hecha la referencia al mismo precepto pero ahora del RD 501/2024, de 21 mayo.

la talla comercial y es entonces cuando son recogidos para su venta. Se argumenta que, en el caso de no permitir realizar estas funciones durante la percepción de la prestación por cese de actividad, se pondrían en riesgo los ingresos del siguiente año.

Las labores de siembra y traslado a las que se hace referencia tienen como principal finalidad permitir el crecimiento de los bivalvos para que puedan ser posteriormente comercializados cuando alcancen el tamaño óptimo para la venta. Por tanto, se trata de acciones que, al igual que ocurre con las funciones de vigilancia y limpieza, si bien forman parte de la actividad del marisqueo, no son, por sí solas, actividades que vayan a generar ingresos. Se trata, por el contrario, de acciones que resultan necesarias, para poder llevar a cabo posteriormente la actividad comercial real que genera los ingresos económicos, que es la distribución y venta de los moluscos.

Por tanto, podemos asimilar las labores de siembra y traslado del molusco -que son necesarias para el mantenimiento en buenas condiciones de la ría- a las funciones de "*mantenimiento en buenas condiciones agrarias"* de las tierras destinadas a la explotación agraria que prevé el artículo 342.1 del TRLGSS como excepción a la regla general del precepto que impide percibir la prestación por cese de actividad si se realizan trabajos por cuenta propia.

Además, al compatibilizar la percepción de la prestación con estas actividades de siembra y traslado, se posibilita que los mariscadores puedan asegurar sus cosechas de forma que, cuando dejen de estar en situación legal de cese de actividad y se proceda a la reapertura de las rías, puedan reanudar sus actividades comerciales, sin sufrir la pérdida de los bivalvos que sembraron meses atrás. Es necesario evitar, además, interpretaciones que conduzcan al absurdo de manera que impedir las labores de mantenimiento puedan condenar a la persona trabajadora a prolongar durante meses adicionales la falta de obtención de ingresos y verse abocado a una nueva situación legal de cese de actividad del artículo 331 del TRLGSS.

Por tanto, este Centro Directivo interpreta que en aquellos supuestos en los que se decrete por parte de la autoridad competente el cierre de la ría por causa de fuerza mayor, durante el tiempo que dure dicha situación, pueda compatibilizarse la percepción de la prestación de cese de actividad con las actividades de siembra y traslado de los moluscos que resulten necesarias para el mantenimiento de las cosechas. Todo ello sin perjuicio de acreditar por el beneficiario del resto de requisitos legales previstos para el acceso a la prestación por cese de actividad.

La segunda cuestión planteada se refiere a la documentación necesaria que los trabajadores autónomos que se encuentren en situación legal de cese de actividad - por cese temporal parcial de la actividad-, deben presentar para acreditar la existencia de motivos de fuerza mayor conforme a lo previsto en el TRLGSS. Compartimos con esa entidad Gestora la redacción un tanto confusa de la normativa de aplicación.

Así, los artículos 331 y 332 del TRLGSS disponen:

"Artículo 331. Situación legal de cese de actividad.

1. Sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el capítulo siguiente, se encontrarán en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes:

(...)

b) Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional. Se entenderá que existen motivos de fuerza mayor en el cese temporal parcial cuando la interrupción de la actividad de la empresa afecte a un sector o centro de trabajo, exista una declaración de emergencia adoptada por la autoridad pública competente y se produzca una caída de ingresos del 75 por ciento de la actividad de la empresa con relación al mismo periodo del año anterior y los ingresos mensuales del trabajador autónomo no alcance el salario mínimo interprofesional o el importe de la base por la que viniera cotizando si esta fuera inferior.

"*Artículo 332. Acreditación de la situación legal de cese de actividad.*

1. Las situaciones legales de cese de actividad de los trabajadores autónomos se acreditarán mediante declaración jurada del solicitante, en la que se consignará el motivo o motivos concurrentes y la fecha de efectos del cese, a la que acompañará los documentos que seguidamente se establecen, sin perjuicio de aportarse, si aquel lo estima conveniente, cualquier medio de prueba admitido legalmente:

(...)

1.2 La fuerza mayor determinante del cese definitivo o temporal total de la actividad económica o profesional se acreditará mediante documentación que acredite la existencia de la misma y la imposibilidad del ejercicio de la actividad ya sea de forma definitiva o temporal.

Si el cese es definitivo deberá aportar la solicitud de baja en el Censo tributario de empresarios, profesionales y retenedores y la baja en el régimen especial de la Seguridad Social en el que estuviera encuadrado el solicitante. En el caso de que la actividad requiriera el otorgamiento de autorizaciones o licencias administrativas, se acompañará la comunicación de solicitud de baja correspondiente y, en su caso, la concesión de la misma, o bien el acuerdo de su retirada.

Si el cese es temporal parcial, deberá aportarse además de los documentes que acrediten la existencia de la fuerza mayor, el acuerdo de la administración pública competente al que hace referencia el artículo 331.1.b).

En el cese temporal total y parcial no procederá la baja en el régimen especial de la Seguridad Social."

En las situaciones de cese temporal parcial, el requisito, como señala ese Instituto, no consiste en una declaración de fuerza mayor a la que se añade una declaración de emergencia, sino que será suficiente para acreditar la situación legal de cese de actividad la declaración administrativa de la autoridad competente sobre el cierre de la ría a efectos de marisqueo. En todo caso, en este supuesto normativo, el interesado habrá de acreditar el resto de requisitos previstos en la norma.

Conclusión:

— Podrá ser compatible la percepción de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos del mar, con la realización de las funciones de siembra y traslado de bivalvos que resulten imprescindibles para el mantenimiento de la cosecha/producción durante el tiempo de cese temporal de la actividad.

— En las situaciones de cese temporal parcial, el requisito, como señala ese Instituto, no consiste en una declaración de fuerza mayor a la que se añade una declaración de emergencia, sino que

será suficiente para acreditar la situación legal de cese de actividad la declaración administrativa de la autoridad competente sobre el cierre de la ría a efectos de marisqueo. En todo caso, en este supuesto normativo, el interesado habrá de acreditar el resto de requisitos previstos en la norma.

3.2. Trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos o por Cuenta Propia. Diversos criterios interpretativos a las medidas introducidas por el RD-ley 30/2020

Criterio n.º 11/2024: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre de medidas sociales en defensa del empleo (en adelante, ROL 30/2020), establece dos nuevas prestaciones de cese de actividad. Una, para los trabajadores autónomos afectados por una suspensión temporal de toda la actividad como consecuencia de resolución de la autoridad competente como medida de contención de la propagación del virus COVID-19, regulada en su artículo 13.1 y otra, para aquellos trabajadores que no tengan derecho a las prestaciones de cese de actividad reguladas con anterioridad, incluyendo la genérica del artículo 327 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), pero tengan unos requisitos de reducción de ingresos en su actividad por cuenta propia, regulada en su artículo 13.2.

Asimismo, el ROL 30/2020 prevé, en su disposición adicional cuarta, la prórroga de las prestaciones causadas al amparo del artículo 9 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

Con motivo de la próxima revisión de los reconocimientos provisionales por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones económicas extraordinarias por cese de actividad se plantean ante esta Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) diversas cuestiones sobre las que se emite el presente criterio interpretativo conforme al artículo 3.1. letra a) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

1ª Cuestión que se plantea.

El artículo 13 y la disposición adicional cuarta del RDL 30/2020 toman como referencia el salario mínimo interprofesional (SMI) como límite de ingresos sin mencionar expresamente la exclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias para su cómputo.

El artículo 13.1.e) y el 13.2.d) establecen que *"El percibo de la prestación será incompatible con la percepción de una retribución por el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena, salvo que los ingresos del trabajo por cuenta ajena sean inferiores a 1,25 veces el importe del salario mínimo interprofesional."*

El artículo 13.2.a) indica que *"Los requisitos que deben concurrir para causar derecho a la prestación son los siguientes:*

(...)

3.º No tener ingresos procedentes de la actividad por cuenta propia en el último trimestre del ejercicio 2020 superiores al salario mínimo interprofesional"

Por otro lado, la disposición adicional cuarta del real decreto, en su apartado diez, establece que:

"No obstante lo establecido en los apartados anteriores, la prestación de cese de actividad podrá ser compatible con el trabajo por cuenta ajena, siendo las condiciones aplicables en este supuesto las siguientes:

a) Los ingresos netos procedentes del trabajo por cuenta propia y los ingresos procedentes del trabajo por cuenta ajena no podrá superar 2,2 veces el salario mínimo interprofesional. En la determinación de este cómputo, los ingresos procedentes del trabajo por cuenta ajena no superarán 1,25 veces el importe del salario mínimo interprofesional."

A estos efectos, se requiere un criterio jurídico ajustado a derecho, sobre la exclusión o no de las pagas extraordinarias para el cómputo del salario mínimo interprofesional.

Criterio interpretativo.

Este Centro Directivo considera que en otros supuestos en los que la voluntad del legislador ha sido excluir las pagas extraordinarias del SMI como límite de ingresos se ha efectuado de forma expresa, como ocurre por ejemplo en los artículos 233 o 275 TRLGSS. De manera que la regla general, en consecuencia, es la remisión al SMI en cómputo anual.

En este caso, al no excluirlas de forma expresa, deben entenderse incluidas las pagas extraordinarias de cara al cálculo del límite de ingresos a tener en cuenta para poder acceder a las prestaciones extraordinarias de cese de actividad.

2ª Cuestión que se plantea.

El artículo 13, apartados l.b) y 2.b), del RDL 30/2020 establecen que la cuantía de la prestación será del 40 por ciento (y no del 50 por ciento) en caso de que el trabajador autónomo conviva en el mismo domicilio con personas unidas por vínculo familiar o unidad de análoga convivencia hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad y dos o más miembros tengan derecho a esta prestación extraordinaria.

El apartado l.b) establece que:

"La cuantía de la prestación será del 50 por ciento de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desarrollada.

Esta cantidad se incrementará en un 20 por ciento si el trabajador autónomo tiene reconocida la condición de miembro de una familia numerosa y los únicos *ingresos de la unidad familiar o análoga durante ese periodo proceden de su actividad suspe ndida.*

No obstante, cuando convivan en un mismo domicilio personas unidas por vínculo familiar o unidad análoga de convivencia hasta el primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, y dos o más miembros tengan derecho a esta prestación extraordinaria de cese de actividad, la cuantía de cada una de las prestaciones será del 40 por ciento, no siendo de aplicación la previsión contemplada en el apartado anterior para familias numerosas."

El apartado 2.b) establece que:

"La cuantía de la prestación será del 50 por ciento de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desarrollada.

No obstante, cuando convivan en un mismo domicilio personas unidas por vínculo familiar o unidad análoga de convivencia hasta el primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, y dos o más miembros tengan derecho a esta prestación extraordinaria de cese de actividad, la cuantía de cada una de las prestaciones será del 40 por ciento."

A estos efectos, se requiere un criterio jurídico ajustado a derecho sobre si es necesario acreditar esa "no convivencia" o si, por el contrario, sería suficiente declarar la confirmación definitiva de la prestación atendiendo a lo consignado en la declaración responsable, tal y como expresan las mutuas.

Criterio interpretativo.

De acuerdo con lo manifestado por las mutuas sobre la necesidad de verificar los datos consignados en la declaración responsable, el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece lo siguiente:

"Se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio."

Además, como indica este artículo en su apartado tercero, la declaración responsable permite el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

A tal efecto, esta Dirección General considera que, para acreditar el requisito de *"no convivencia"* y a efectos de control de la prestación extraordinaria por cese de actividad, no es suficiente dar por válida la declaración responsable que permitió el acceso a esta prestación en el momento de su reconocimiento.

La comprobación de la (no) convivencia que justifica el porcentaje debe acreditarse por cualquier medio válido admitido en derecho en la manera que se determine por los responsables de gestión.

3ª. Cuestión que se plantea.

El artículo 13.2.a) 3Q del RDL 30/2020 establece como uno de los requisitos de acceso a la prestación: *"No tener ingresos procedentes de la actividad por cuenta propia en el último trimestre del ejercicio 2020 superiores al salario mínimo interprofesional".*

Sin embargo, en la regulación de esta misma prestación, tanto en la norma precedente, (Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial), como en las en las sucesivas normas reguladoras {Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo; Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes

para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos; y Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo), se utiliza en lugar del término "ingresos" el de "rendimientos netos" para este mismo requisito .

A estos efectos, se requiere un criterio jurídico ajustado a derecho sobre la interpretación del término "ingresos".

Criterio interpretativo.

Los ingresos referidos en el artículo 13 del RDL 30/2020 deben entenderse como rendimientos netos, tal y como vienen refiriéndose en las sucesivas normas reguladoras (Real Decreto-ley 2/ 2021 , de 26 de enero, Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, y Real Decreto ley 18/2021, de 28 de sept iembre).

Este mismo criterio se utiliza, por ejemplo, para interpretar el art. 213.4 del TRLGSS, que tiene una redacción similar al referirse a la "compatibilidad de la pensión de jubilación con los ingresos anuales tot ales" .

4ª. Cuestión que se plantea.

El artículo 13.2.d) del ROL 30/2020 establece como incompatibilidad del percibo de la prestación *"la percepción de rendimientos procedentes de una sociedad",* siendo este término, según las mutuas, un concepto indeterminado, puesto que el legislador no entra a definir si dichos rendimientos se deben a la sociedad por la que el trabajador autónomo presta sus servicios por cuenta propia, o en su caso, si participa en la administración de una sociedad, definiendo de forma genérica "una sociedad".

A estos efectos, se requiere un criterio jurídico ajustado a derecho, sobre qué debe entenderse por rendimientos procedentes de una sociedad.

Criterio DGOSS.

-El artículo 13 del RDL 30/2020 regula la prestación extraordinaria por cese de actividad y parte de dos supuestos diferentes contenidos respectivamente en su apartado primero y segundo.

El apartado primero regula la prestación para los trabajadores autónomos que se vean obligados a suspender todas sus actividades como consecuencia de una resolución adoptada por la autoridad competente como medida de contención en la propagación del virus COVID-19. Para este supuesto, se establece, entre otras incompatibilidades, la percepción de rendimientos procedentes de la sociedad cuya actividad se haya visto afectada por el cierre.

-El apartado segundo regula la prestación para los trabajadores autónomos en el caso de reducción de facturación *"4º. Sufrir, en el cuarto trimestre del 2020, una reducción en los ingresos de la actividad por cuenta propia de al menos el 50% en relación con los ingresos habidos en el primer trimestre del 2020"*. Para esta prestación, se establece, entre otras incompatibilidades la percepción de rendimientos procedentes de una sociedad.

Tal y como plantea la petición de criterio, tras el análisis de las diferentes prestaciones aprobadas durante la pandemia, así como del artículo 2.5 del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de

febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica o las prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores de temporada, el artículo 13.2. d) del RDL 30/2020, si se pretende una interpretación tendente a un tratamiento homogéneo, a los dos supuestos normativos del citado artículo 13, solo cabe interpretarse en el sentido de que los rendimientos procedentes de "una sociedad" son aquellos procedentes de la sociedad en la que trabaja o, en su caso, administra.

5ª. Cuestión que se plantea.

La disposición adicional cuarta del ROL 30/2020 establece lo siguiente:

"Los trabajadores autónomos que vinieran percibiendo a la entrada en vigor de esta norma la prestación por cese de actividad prevista en el artículo 9 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial podrán continuar percibiéndola hasta el 31 de enero de 2021, siempre que durante el cuarto trimestre del año 2020 mantengan los requisitos que se establecieron para su concesión.

Asimismo, los trabajadores autónomos que no hubieran percibido esta prestación durante el tercer trimestre de 2020 podrán solicitar la prestación por cese de actividad prevista en el artículo 327 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, siempre que concurran los requisitos establecidos en los apartados a), b), d) y e) del artículo 330.1 de la norma y hubieran percibido hasta el 30 de junio, la prestación extraordinaria por cese de actividad prevista en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COV /0-19."

La norma define el acceso a una misma prestación bajo dos vertientes, por un lado, el acceso del trabajador autónomo a la prórroga de la prestación del artículo 9 del Real Decreto ley 24/2020, de 26 de junio, que venía percibiendo y, por otro lado, el acceso a una nueva prestación, similar a la regulada en el citado artículo 9, que permite el acceso a la prestación de cese de actividad prevista en el artículo 327 del TRLGSS, siempre que concurran los requisitos fijados en la norma.

A estos efectos, se requiere un criterio jurídico ajustado a derecho sobre la posibilidad de transformación de la primera de las prestaciones en el supuesto normativo de la segunda, dado que ambas se definen en un mismo artículo, bajo los mismos requisitos de acceso, permitiendo que, en caso de que el único motivo para anular el reconocimiento provisional de la primera de ellas sea el no haber percibido el Trabajador Autónomo la prestación del artículo 9 del RDL 24/2020 las mutuas puedan aplicar las pautas fijadas en la disposición adicional cuarta del RDL 30/2020 para la revisión de los reconocimientos provisionales.

Criterio interpretativo.

Esta Dirección General considera que, en caso de no ser posible la transformación referida, la anulación del reconocimiento provisional de la prestación prevista en el artículo 9 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, generaría un agravio comparativo entre los trabajadores autónomos que se vieran en esta circunstancia y aquellos que, sin haber percibido esta

prestación con anterioridad, pueden solicitarla en los términos del apartado 1, párrafo segundo de la disposición adicional cuarta del RDL 30/ 2020.

Considerando que la anulación del reconocimiento provisional de la segunda prestación es una situación sobrevenida tras la solicitud de la prórroga y a fin de no causar este agravio comparativo entre los trabajadores por cuenta propia afectados por dicha circunstancia y quienes solicitan de inicio la prestación, se entiende que es posible transformar la solicitud de una prestación inicial en la segunda de ellas, siempre que se cumplan el resto de los requisitos en el momento de causar el derecho.

6ª. Cuestión que se plantea.

El apartado 1.e) del artículo 13, así como el apartado 2.d) del mismo artículo del RDL 30/2020 establecen la incompatibilidad para el percibo de la prestación con *"el desempeño de otra actividad por cuenta propia"*.

A estos efectos, se requiere criterio jurídico sobre si la incompatibilidad a la que hacen mención estos artículos se refiere únicamente a la iniciación de una nueva actividad por cuenta propia, diferente de las declaradas cuando se inició el percibo de la prestación, o a cualquier actividad que ya se viniera realizando.

Criterio interpretativo.

Dado que la redacción del RDL 30/2020 tuvo lugar en una situación extraordinaria, es preciso realizar una interpretación que integre la literalidad, la voluntad del legislador, la lógica y, finalmente, la coherencia y sistemática del conjunto de la prestación extraordinaria tanto por suspensión como por reducción de la facturación.

A tal efecto, para el supuesto normativo regulado en el artículo 13.2 este centro directivo interpreta que la prestación es compatible con el desempeño de otra actividad por cuenta propia por las siguientes razones:

— La redacción del apartado sobre incompatibilidades incurre en cierta incoherencia, toda vez que declara la incompatibilidad con el trabajo por cuenta ajena con el límite del SMI, pero no establece límites para a otros rendimientos.

— La letra a), apartado 3º, establece como requisito que los ingresos del trabajador autónomo por cuenta propia en el último trimestre del ejercicio 2020 no superen el SMI. Ello implica que, en cualquier caso, todas las actividades profesionales o económicas del autónomo están limitadas por esta cantidad.

— No parece lógico impedir al autónomo realizar otra actividad cuando la suma de todos los rendimientos no le permita alcanzar el SMI, pues parece claro que la intención del legislador con estas prestaciones es permitir al trabajador autónomo alcanzar unos ingresos mínimos por encima de los cuales no cabe la prestación extraordinaria.

— Es preciso evitar una interpretación absurda que se produciría si, por ejemplo, percibiera una cantidad muy pequeña por otra actividad diferente y ello fuera impedimento para percibir la prestación extraordinaria debido a una interpretación exclusivamente literal de la norma.

En consecuencia, el percibo de la prestación extraordinaria del artículo 13.2 es compatible con otra actividad del autónomo siempre que no supere el umbral del SMI de rentas derivadas de su actividad económica o profesional en el último trimestre del ejercicio de 2020.

En el supuesto de la prestación extraordinaria establecida en el art. 13.1, dadas las diferencias en el supuesto de hecho y requisitos jurídicos, su percibo es incompatible con otra actividad del trabajador autónomo.

Finalmente, en ambos casos, la prestación no es compatible con el inicio de una nueva actividad por cuenta propia y diferente de las que desempeñaba cuando se causó el derecho.

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 12