Revista de Derecho de la Seguridad Social
Laborum

Revista Crítica de Relaciones Laborales
Laborum

José Luis Monereo Pérez
Dirección

Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz

José Luis Monereo Pérez
Belén del Mar López Insua
Francisco Vila Tierno
Joaquín García Murcia
Susana Rodríguez Escanciano
Tomás Sala Franco
Juan Manuel Ramírez Martínez
Antonio V. Sempere Navarro
José María Goerlich Peset
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
María Nieves Moreno Vida
Faustino Cavas Martínez
Lourdes López Cumbre
José Luján Alcaraz

Alberto Arufe Varela
Jesús Martínez Girón
Carlos Alfonso Mellado
Luis Enrique De la Villa Gil
Juan José Fernández Domínguez
Sara Guindo Morales
Inmaculada Ballester Pastor
Juan Antonio Maldonado Molina
Antonio Márquez Prieto
Guillermo Rodríguez Iniesta
José Ignacio García Ninet
Andrés Ramón Trillo García
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Mª Carmen Salcedo Beltrán
Carlos García de Cortázar Nebreda

Laborum
EDICIONES

Revista de Derecho de la Seguridad Social
Laborum

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo
Laborum

Número Especial 2023

Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

Revista de Derecho de la Seguridad Social
Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo
Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Impresa: ISSN 2792-7962
Publicación Digital: ISSNe 2792-7970

Impreso en España - Printed in Spain

Reservados todos los derechos.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 917021970 / 932720447)

Revista de Derecho
de la
Seguridad Social

Laborum

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, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular 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. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

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*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María Del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
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 de la Seguridad Social 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.

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:
Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

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

Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

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
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo
Laborum

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, *Profesor Titular 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:
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento 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, *Profesor Titular 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*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento 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*
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, *Profesora 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 Fábregas 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*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
Alejandro Muros Polo

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

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)

Contenido

PARTE I:
ESTUDIO GENERAL **13**

EFRÉN BORRAJO DACRUZ Y SU APORTACIÓN AL DERECHO SOCIAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO **15**
José Luis Monereo Pérez
I. LA PERSONA Y LA VOCACIÓN 16
II. PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL 19
III. BIBLIOGRAFÍA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ (NO EXHAUSTIVA) 39
IV. TRABAJOS SOBRE EFRÉN BORRAJO DACRUZ 48

PARTE II:
EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA OBRA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ **49**

LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES: PROBLEMAS APLICATIVOS Y PUNTOS CRÍTICOS, UNA REFLEXIÓN DEL PROFESOR EFRÉN BORRAJO DACRUZ 51
Belén del Mar López Insua
I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS PREOCUPACIONES DEL PROFESOR BORRAJO DACRUZ POR LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 52
II. LA ADAPTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LAS NECESIDADES SOCIALES Y EMPRESARIALES 53
III. CUESTIONES CRÍTICAS EN MATERIA NEGOCIAL 55
IV. BIBLIOGRAFÍA 59

MÁS DE 40 AÑOS DE EXPERIENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 61
Francisco Vila Tierno
I. INTRODUCCIÓN 61
II. COMENTARIO 62
III. CONSIDERACIONES FINALES 66
IV. BIBLIOGRAFÍA 67

LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS 69
Joaquín García Murcia
I. BREVÍSIMO INTROITO 69
II. PROTAGONISMO LABORAL Y TRASCENDENCIA SOCIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 70
III. LA IDEA DE FLEXIBILIZACIÓN DEL MODELO LEGAL DE CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 72
IV. PEQUEÑO EPÍLOGO 75

EFICACIA JURÍDICA DEL AES 77
Susana Rodríguez Escanciano
I. INTRODUCCIÓN 77
II. COMENTARIO 78
III. CONSIDERACIONES FINALES 85
IV. BIBLIOGRAFÍA 86

ACERCA DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....91
Tomás Sala Franco
I. ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 91
II. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO 93
III. ACERCA DE LA REGULACIÓN LEGAL ORDINARIA DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....93
IV. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO 94
V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 95
VI. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO 97

COMENTARIO A «PRESUPUESTOS CRÍTICOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO DEL TRABAJO» 99
Juan Manuel Ramírez Martínez
I. INTRODUCCIÓN.....99
II. COMENTARIO 100
III. CONSIDERACIONES FINALES.....103

LA JURISPRUDENCIA COMO DERECHO VIVO DEL TRABAJO.....109
Antonio V. Sempere Navarro
I. PUBLICACIÓN COMENTADA 110
II. INTRODUCCIÓN 110
III. COMENTARIO 110
IV. CONSIDERACIONES FINALES 116

LA ÚLTIMA APORTACIÓN EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....117
José María Goerlich Peset
I. INTRODUCCIÓN.....117
II. SÍNTESIS DEL CONTENIDO.....118
III. EL LEGADO DEL MAESTRO 120

UNA REFLEXIÓN EN CIERNES 123
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
I. INTRODUCCIÓN.....123
II. CONTENIDO 124
III. COMENTARIO 127

EL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO: ENTRE LOS PRECEDENTES Y EL CAMBIO. UNA APORTACIÓN AL ANÁLISIS DE LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA REALIZADA POR EL PROFESOR BORRAJO DACRUZ 129
María Nieves Moreno Vida
I. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO SEGÚN EL PROFESOR BORRAJO: *"ESTÁTICO CAMBIANTE"* 130
II. LAS FUNCIONES DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU REFLEJO EN EL CONTENIDO DEL CONVENIO: EL PROGRESIVO DESARROLLO DE LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....132

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DESISTIMIENTO DEL DEPORTISTA PROFESIONAL.....139
Faustino Cavas Martínez

«VETATA INTERPRETATIO» O EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER JUDICIAL 145
Lourdes López Cumbre
I. CREACIÓN Y "RECREACIÓN" DEL DERECHO EN EL TEXTO 146
II. SOBRE LA VETATA INTERPRETATIO O DE CÓMO EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER JUDICIAL CONFIGURAN SU FUNCIÓN DE FORMA DEPENDIENTE 147
III. NO ES UN VESTIGIO DEL PASADO, ES UNA PUGNA DE PRESENTE 149
IV. EL METATEXTO JUSTIFICANTE 153

DERECHO VIVO DEL TRABAJO, A PROPÓSITO DEL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA 155
José Luján Alcaraz
I. INTRODUCCIÓN 155
II. COMENTARIO 156
III. CONSIDERACIONES FINALES 161

PARTE III:
LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA OBRA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ 163

EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO VIVIDO POR EL PROFESOR BORRAJO DACRUZ. A PROPÓSITO DE SU ARTÍCULO TITULADO «DE LA PREVISIÓN SOCIAL A LA PROTECCIÓN EN ESPAÑA: BASES HISTÓRICO-INSTITUCIONALES HASTA LA CONSTITUCIÓN» 165
Alberto Arufe Varela
I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 165
II. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN EL ARTÍCULO 166
III. LA PRIMERA Y LA SEGUNDA LEYES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN EL ARTÍCULO 167
IV. LA CONSTITUCIÓN Y LA POLÍTICA DE ENTONCES, EN EL ARTÍCULO 168
V. EL EPÍLOGO PROSPECTIVÍSTICO DEL ARTÍCULO 168
VI. BIBLIOGRAFÍA 169

EL PROFESOR BORRAJO DACRUZ, HISTORIADOR. A PROPÓSITO DE SU ARTICULO SOBRE «EL NACIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO: EL DEBATE IDEOLÓGICO Y LA SITUACIÓN SOCIAL EN LA ESPAÑA DE 1902» ... 171
Jesús Martínez Girón
I. LA OCASIÓN ORENSANA DEL ARTÍCULO 171
II. LA FUENTE DOCTRINAL MADRILEÑA DEL ARTÍCULO 172
III. LA FUENTE METODOLÓGICA COMPOSTELANA DEL ARTÍCULO 173
IV. LA ESPAÑA REAL DE 1902, SEGÚN EL ARTÍCULO 173
V. LOS GALLEGOS DECISIVOS EN 1902, SEGÚN EL ARTÍCULO 174
VI. BIBLIOGRAFÍA 175

JUBILACIÓN Y CESE FORZOSO EN EL TRABAJO POR EDAD 177
Carlos Alfonso Mellado
I. EL TRABAJO DEL PROFESOR BORRAJO QUE SE COMENTA 177
II. INTRODUCCIÓN 178
III. EL CESE FORZOSO POR EDAD 180
IV. CONCLUSIONES: LA ACTUALIDAD DE LAS IDEAS DEL PROFESOR BORRAJO 185
V. BIBLIOGRAFIA 186

SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, A LA ALTURA DEL AÑO 1990 189
Luis Enrique De la Villa Gil
I. ESTUDIO COMENTADO: LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. DESARROLLOS LEGALES Y CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 189
II. CONTENIDO Y SIGNIFICACIÓN DEL ESTUDIO 190
III. BREVE COMENTARIO DEL ESTUDIO 197

LA COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: HISTORIA DE SUS COMIENZOS 201
Juan José Fernández Domínguez
I. INTRODUCCIÓN 201
II. COMENTARIO. CONTEXTO, PRETEXTO Y TEXTO DEL ENSAYO 202
III. VALORACIÓN FINAL 210

ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) PARA COMBATIR EL DESEMPLEO Y CONFLICTO ENTRE COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO 211
Sara Guindo Morales
I. PUBLICACIÓN QUE SE COMENTA 212
II. INTRODUCCIÓN 212
III. COMENTARIO 212
IV. CONSIDERACIONES FINALES 216
V. BIBLIOGRAFÍA 218

MUJER, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 221
Inmaculada Ballester Pastor
I. INTRODUCCIÓN 221
II. MUJER, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: UNA VISIÓN A 2010 DESDE EL 2022 224
III. UN APUNTE FINAL… 228

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL 229
Juan Antonio Maldonado Molina
I. INTRODUCCIÓN 229
II. COMENTARIO 230
III. CONSIDERACIONES FINALES 235

EN REFERENCIA A «ESO DE LA SEGURIDAD SOCIAL» 237
Antonio Márquez Prieto
I. INTRODUCCIÓN 237
II. COMENTARIO 239
III. CONSIDERACIONES FINALES 242

LA FORMACIÓN POLÍTICA SOCIAL RECIBIDA POR LA GENERACIÓN *BABY BOOMERS* DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ 243
Guillermo Rodríguez Iniesta

LA JUBILACIÓN FORZOSA: CAMBIOS NORMATIVOS DE 1980 A 2022 ¿POR QUE NO SE PUEDE UNO MORIR CON LAS BOTAS PUESTAS SI TRABAJA BIEN Y DISFRUTA CON SU TRABAJO? 251
José Ignacio García Ninet
I. BREVE INTRODUCCIÓN 251
II. LA JUBILACION FORZOSA EN LA CE/1978 Y EN EL ET DESDE 1980 A 2022.NORMAS DE IDA Y VUELTA. A MODO DE REPASO 252

III. BREVE NOTA ACERCA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2022 255
IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ESTUDIO DEL PROFESOR BORRAJO DACRUZ 257
V. REFLEXIONES FINALES PROPIAS Y/0 COMPARTIDAS CON EL PROFESOR BORRAJO DACRUZ 262
VI. BIBLIOGRAFIA 263

SOCIOS-TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL 267
Andrés Ramón Trillo García
I. INTRODUCCIÓN 267
II. EL POSICIONAMIENTO DEL PROFESOR BORRAJO EN EL TRABAJO COMENTADO ANTE EL EVENTUAL CAMBIO NORMATIVO 268
III. LA REGULACIÓN SOBREVENIDA DEL ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES 270
IV. EL MARCO LEGAL ACTUAL DEL ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS DE SOCIEDADES 273
V. VALORACIÓN 274

MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL E INCAPACIDAD TEMPORAL 275
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
I. INTRODUCCIÓN 275
II. COMENTARIO 277
III. CONSIDERACIONES FINALES 281

TRABAJO DE LA MUJER A TIEMPO PARCIAL, PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: COMENTARIO DEL PROFESOR EFRÉN BORRAJO DACRUZ AL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA DE 8 DE ENERO DE 2007 283
Mª Carmen Salcedo Beltrán
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS 284
II. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL *DE IURE* Y *DE FACTO* 284
III. PROTECCIÓN SOCIAL, ASIMILACIONES Y COEFICIENTES CORRECTORES DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: LA CONSTATACIÓN DE UNA DESIGUALDAD EN EL PRONUNCIAMIENTO 286
IV. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 77/2013, DE 9 DE ABRIL DE 2013 287
V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS 289
VI. BIBLIOGRAFÍA 289

EL ACTA UNICA EUROPEA. EL TRIUNFO DE LA DUALIDAD. *DELORS VERSUS THACHTER* *291*
Carlos García de Cortázar Nebreda
I. INTRODUCCIÓN 292
II. GESTACION DEL ACTA UNICA EUROPEA 292
III. RETORNO AL PASADO 293
IV. REALIZACIONES DEL ACTA UNICA EUROPEA 294
V. THACHTER VERSUS DELORS 295
VI. 35 AÑOS ATRÁS 297
VII. LOS ASPECTOS SOCIALES DEL ACTA UNICA 298
VIII. EPÍLOGO 301
IX. BIBLIOGRAFÍA 301

Parte I:
Estudio General

Laborum

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Varias ediciones, Tecnos, 2014 (23ª edición, 11/09/2014; última edición); *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid, Aguilar, DL. 1962; atendiendo a una apreciación del conjunto de toda su obra investigadora y trayectoria profesional.

Efrén Borrajo Dacruz y su aportación al Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Una valoración de conjunto

Efrén Borrajo Dacruz and his contribution to the Social Law of Labor and Social Security. An overall assessment

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

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: "Efrén Borrajo Dacruz y su aportación al Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Una valoración de conjunto", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 15-48

Resumen

Efrén Borrajo Dacruz fue un gran jurista al que corresponde adecuadamente la calificación de "clásico del Derecho Social". Algunas de sus aportaciones han sido determinantes para el desarrollo de la disciplina del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. No se puede ignorar que Efrén Borrajo tenía una especial afinidad con el Derecho de la Seguridad Social, del es reconocido como uno de los más grandes cultivadores. Afirmación que se sostiene y demuestra fácilmente atendiendo a su contribución decisiva sobre la materia desde el enfoque histórico-jurídico hasta el análisis de teoría general (y constitucional) de la Seguridad Social y culminando en el estudio (técnico-jurídico y de política del Derecho) de prácticamente todos los aspectos más relevantes del régimen jurídico del Sistema institucional de la Seguridad Social y de su Sistema de prestaciones (acción protectora) en términos de completitud en el tratamiento. Y teniendo en cuenta una producción abundantísima en la materia, caracteriza por la precisión, el rigor analítico y la constante atención el "Derecho Vivo" en la dinámica del Derecho, señaladamente en su realización judicial.

Palabras clave

Ciencia y metodología jurídica; Derecho Social del Trabajo; Derecho de la Seguridad Social; protección social pública; historia de las ideologías jurídicas; Derecho Vivo del Trabajo

Abstract

Efrén Borrajo Dacruz was a great jurist who deserves the proper classification of "classical Social Law". Some of his contributions have been decisive for the development of the discipline of Social Law of Labor and Social Security. It cannot be ignored that Efrén Borrajo had a special affinity with the Social Security Law, and is recognized as one of its greatest cultivators. This statement is easily sustained and demonstrated by attending to his decisive contribution to the subject, from a historical-legal approach to the general (and constitutional) theory analysis of Social Security, and culminating in the technical-legal and policy study of almost all the most relevant aspects of the legal regime of the Social Security institutional system and its benefits system (protective action) in terms of completeness in treatment. And taking into account an extremely abundant production in the subject, characterized by precision, analytical rigor, and constant attention to the "Living Law" in the dynamic of the law, particularly in its judicial implementation.

Keywords

Legal Science and Methodology; Social Law of Labor; Social Security Law; public social protection; history of legal ideologies; Living Labor Law

"La doctrina jurídica, en ordenamientos de nuestro tipo, interviene en el proceso de creación del Derecho; y, en algunos sectores, interviene como protagonista"

Giovanni Tarello[1]

I. LA PERSONA Y LA VOCACIÓN

Efrén Borrajo Dacruz, nació en Xunqueira de Ambía, Ourense, 28 de mayo de 1928. Falleció en Madrid el 3 de mayo de 2022. Bachiller por el Instituto de Enseñanza Media de Orense, hoy IES Otero Pedrayo, con Premio Extraordinario en el Examen de Estado (1946, 16 de julio). Licenciado por la Universidad de Santiago, con matrícula de honor en todas las asignaturas, premio extraordinario y premio nacional fin de carrera. Discípulo de Álvaro D'Ors Pérez-Peix, Ramón Prieto Bances, Laureano López-Rodó, Luis Legaz Lacambra y Camilo Barcia Trelles (1951). Cursó el doctorado en la Universidad de Santiago (1951-1952). Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid. Tribunal presidido por Federico de Castro y Bravo. Tesis: *La imputación del pago: (estudio histórico-crítico)*. Calificación de sobresaliente (1952, 4 de julio).

En cuanto a su trayectoria universitaria, cabe retener lo datos siguientes: Ayudante en la Universidad de Santiago (1951-1952). Profesor adjunto de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Madrid (1953-61). Discípulo de Eugenio Pérez Botija. Opositó a varias cátedras de la disciplina: Madrid (1954), Barcelona y Sevilla (1957). Fue nombrado catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Valencia (OM 1961, 15 de marzo). Fue decano de la Facultad de Derecho de esa Universidad. Puso en marcha las nuevas instalaciones de la facultad (1963), abiertas al denominado entonces Paseo al Mar, y la implantación del revolucionario plan de estudios, con especialización en los cursos cuarto y quinto (1965). Fue Director promotor de la Facultad de Económicas valentina, de la que fue su primer director gerente, con una fuerte presencia del Derecho Sindical, del Trabajo y de la Seguridad Social. Asimismo, fue Profesor en las Escuelas Sociales de Valencia (1962) y Madrid (1970). Finalmente, sería nombrado catedrático de Política Social y Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid (Orden de 1967, 4 de abril). Sería, igualmente, Profesor numerario, responsable de Área, en el Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF, Madrid); Vicerrector de la UNED, primero con el rector Juan Díez Nicolás (15.03.1974/25.04.1974) y después con Tomás-Ramón Fernández (13.01.1978/12.11.1982), conectó con su rama jurídico-laboral de la Complutense. Se jubiló en 1999, continuando como emérito. Sería profesor del CEU (2001).

Abogado español y catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense y uno de los más destacados publicistas en dicha especialidad jurídica. Licenciado en Derecho con premio extraordinario, obtuvo también el Premio Nacional Fin de Carrera y el Victor de Oro al Mérito Profesional. Prestó servicios como colaborador en el Instituto Balmes, en la Sección de Estudios Sindicales y Laborales, bajo la dirección de Eugenio Pérez Botija (Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Central de Madrid).

Fue catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Valencia y poco después, fue elegido decano de su Facultad, en la que, además, participó en la fundación de la Facultad de Económicas, de la que fue el primer director gerente. Desde 1967 adquirió la condición de catedrático de Política Social y Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid y ocupó varios altos cargos en el Ministerio de Trabajo, desde donde impulsó la promoción social en España y fue el mentor de la legislación laboral básica, que aún hoy prevalece. Como Director General de Promoción Social destacó su contribución al Programa de Promoción Profesional Obrera (el popular PPO) con

[1] Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical,* traducción de la 2ª edición italiana ampliada y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. 145-146.

la creación de Centros de Promoción Profesional y Social, los Programas de Promoción de la Mujer Rural y la implantación de la red de Universidades Laborales.

Ha escrito artículos sobre Derecho en varias publicaciones, como el diario "El País" y ha publicado más de veinte libros (algunos con tirada superior al millón de ejemplares). Fundó la prestigiosa revista "*Actualidad Laboral*" de la editorial La Ley Actualidad, de aparición semanal desde 1984 y de la que fue su presidente.

Fue Funcionario de la Administración de la Seguridad Social, vinculado al Instituto Nacional de Previsión (1955), participó en el desarrollo del Seguro Escolar. Al tiempo recibiría la Medalla de oro del INP (1970).

Asimismo, tuvo la condición de Profesor de Derecho del Trabajo en la Academia de San Raimundo de Peñafort del SEU, Madrid (adscrita a la Facultad de Derecho), para estudiantes trabajadores que sólo podían acudir a clases nocturnas (1958). Condecorado con la Orden de Alfonso X el Sabio, medalla y placa (1967) y Gran Cruz (1973), la del Mérito Civil (1970), la del Mérito Militar (1971) y la de San Raimundo de Peñafort, así como Gallego de Oro al mérito Jurídico. Madrigallego de Oro al mérito Jurídico (2001) y Premio de Mejor laboralista (2011), por la Asociación Nacional de Laboralistas.(ASNALA).

Asumió el cargo, por otra parte, de Director del Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social (21 de marzo de 1975-octubre de 1976). Vocal de libre designación en el Patronato del Centro Nacional de Investigaciones para el Desarrollo de la Educación (1972 y 1973). Consejero Nacional de Educación en representación del Ministerio de Trabajo (1975-1976).

Efrén Borrajo fue un gran jurista al que corresponde adecuadamente la calificación de "clásico del Derecho Social". Algunas de sus aportaciones han sido determinantes para el desarrollo de la disciplina del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como "Introducción al Derecho del Trabajo" (base de la formación de muchas generaciones de juristas)[2]; "Estudios jurídicos de previsión social"; "Sindicalismo obrero en Francia" (aunque menos citado, un libro importante por su metodología y contenido, ya que alumbraba la experiencia próxima del desarrollo histórico del sindicalismo francés con un planteamiento moderno para la época en nuestro país); "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo" (Un Prólogo a la obra de F. Santoro Passarelli de gran calidad para la ciencia y metodología del Derecho del Trabajo en nuestro país); "Accidentes de Trabajo y Extranjería"; "El nacimiento ideológico y la situación social en la España de 1902"; "De la previsión social a la protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la Constitución"; "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", etcétera.

[2] En las primeras ediciones se denominaba "Introducción al Derecho Español del Trabajo"; posteriormente en el periodo postconstitucional pasó a denominarse "Introducción al Derecho del Trabajo". En el Prólogo a la quinta edición de 1988, da cuenta de los cambios disruptivos: "El Derecho español del trabajo está, de nuevo, sometido a un profundo proceso de transformación; en buena medida, a resultas de los dos fenómenos político-jurídicos siguientes: de una parte, la entrada en vigor y desarrollo por vía legislativa y por la aplicación de los Tribunales de Justicia, en especial el Tribunal Constitucional, de la Constitución de 1978; de otra parte, a resultas del ingreso de España en la Comunidad Europea, con la consiguiente aceptación de una nueva tabla de principios jurídico-políticos y, con ella, la aplicación directa o diferida de las normas comunitarias, a tenor de su naturaleza y grado de preceptividad". Destacaba la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical. "En ambos casos, con desigual extensión por razones obvias de tiempo, la aplicación judicial ha desarrollado el tejido normativo que posibilita el análisis y, en su caso, la construcción doctrinal. Con este telón de fondo se presenta la quinta edición de mi *Introducción al Derecho del Trabajo,* detenida voluntariamente en 1977, pese a que la demanda forzó, después de muchas dudas y vacilaciones, a una reimpresión. El impulso final me es grato declarar que ha venido de un grupo de compañeros y, en 1986-1987, de la petición generalizada de los alumnos de dicho curso…". Este Prólogo a la quinta edición se recoge en posteriores ediciones, la cita procede de Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011 [p.19].

No se puede ignorar que Efrén Borrajo tenía una especial afinidad con el Derecho de la Seguridad Social, del cual es reconocido como uno de los más grandes cultivadores. Afirmación que se sostiene y demuestra fácilmente atendiendo a su contribución decisiva sobre la materia desde el enfoque histórico-jurídico hasta el análisis de "teoría general" (y constitucional) de la Seguridad Social y culminando en el estudio (técnico-jurídico y de política del Derecho) de prácticamente todos los aspectos más relevantes del régimen jurídico del Sistema institucional de la Seguridad Social y de su Sistema de prestaciones (acción protectora) en términos de completitud (o complitud en el uso habitual del lenguaje jurídico) en el tratamiento integral. Y teniendo en cuenta una producción abundantísima en la materia, caracteriza por la precisión, el rigor analítico y la atención el Derecho Vivo en la dinámica del Derecho, señaladamente en su realización judicial. Un hito al respecto son sus "Estudios jurídicos sobre previsión social", pero también sus trabajos sobre accidentes de trabajo y sobre la historia de los seguros sociales, la previsión social (seguros sociales racionalizados, coordinados y orientados hacia la unificación) y del Derecho de la Seguridad Social (donde mostró su condición de gran investigador en la historia en la historia de la formación de la Seguridad Social en España); y los relativos a la transición del modelo de la dictadura franquista al sistema constitucional de garantía de la Seguridad Social, así como el proceso de consolidación del nuevo modelo legal a través de un conjunto de reformas que serían planificada en virtud del proceso político institucional del "Pacto de Toledo" iniciado en 1995.

En toda su producción se aprecia la perspectiva del "Derecho vivo" del Trabajo y de la Seguridad Social, transitando de una materia a otra en el diálogo entre la norma y su aplicación judicial. Es suficiente observar su producción siempre muy lúcida en la revista *Actualidad Laboral,* la cual creó y dirigió y donde publicó asiduamente hasta su cierre por decisión unilateral de la editorial.

Asimismo, son aportaciones imprescindibles las obras colectivas que coordinó –lo que en sí mismo evidencia su liderazgo y reconocimiento doctrinal– aglutinando a la mejor doctrina científica del momento, señaladamente: "Nueva sociedad y Derecho del Trabajo" (2004); "Derecho vivo del Trabajo y Constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González" (2003); "Trabajo y libertades públicas" (1999); "El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos" (1995); "La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes)" (1994), Efrén Borrajo Dacruz (Coord.), Madrid, EDERSA (Editorial Revista de Derecho Privado), 1994, 2 Tomos (el Tomo I, desdoblado en dos extensos volúmenes: Vol. 1º y Vol. 2º); *"Accidentes de Trabajo y Mutuas"* (2008); "Mujer, Trabajo y Seguridad Social" (2010).

Por tanto, debe destacarse su papel en la dirección y coordinación de obras colectivas de gran relevancia, las cuales han sido obras renovadoras y reconstructivas del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. No se trata, ésta, desde luego, de una labor en absoluto menor. Supo elegir a aquellos investigadores más destacados en cada momento sobre cada una de las materias objeto de análisis.

En una producción tan rica y diversificada –como es la de Efrén Borrajo– no es fácil establecer una selección, porque su tarea investigadora incide prácticamente en todos los ámbitos fundamentales del saber sobre el Derecho Social del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. En estas dos disciplinas del Derecho Social (que son una típica especificación de la forma política del Estado Social de Derecho ex artículos 1 y 9.2 de la Constitución) ha sido un referente permanente y de consulta obligatoria. En otras palabras: un clásico del Derecho Social y de la política social.

Existe una perceptible secuencia histórica que va desde los grandes maestros fundadores más inmediatos de creación del Derecho Social en España como disciplina académica (Eugenio Pérez Botija y Gaspar Bayón Chacón, éste último fue discípulo directo de ese jurista eminente que fue Adolfo Posada[3]) hasta sus tres grandes continuadores y sucesores universitarios (Manuel Alonso Olea,

[3] Posada, A.: *Fragmentos de mis memorias,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983, p.347; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré, Madrid, Ministerio de Trabajo

Manuel Alonso García y Efrén Borrajo de Dacruz). Pero, en este contexto, no se puede desconocer que Efrén Borrajo "creó Escuela". Esa Escuela no es otra que la "*Escuela Valenciana de Derecho del Trabajo*", una Escuela de referencia doctrinal en nuestro país (con especial vinculación con él –y especialmente representativa de ella– de Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco). Aparte de esta Escuela científico académica no se puede ignorar tampoco que prestigiosos Maestros iuslaboralistas –como de manera especialmente destacada José Vida Soria–, siempre le reconocieron públicamente como uno de sus Maestros [(el Profesor Vida, reconoció a dos grandes Maestros Gaspar Bayón Chacón y Efrén Borrajo Dacruz. De ello puedo dar constancia personal ("testifical", por así decir), después de una trayectoria profesional que va por el camino y experiencia vital de cuarenta y tres años de vida universitaria)]. No es de extrañar que el Profesor Efrén Borrajo Dacruz haya sido un asiduo visitante en la Universidad de Granada, impartiendo conferencias y seminarios. Pero también presidiendo Tribunales de Tesis doctoral de miembros, por entonces jóvenes, de la "Escuela Granadina" de Derecho Social. Como también el que muchos de nosotros participáramos en obras colectivas por él dirigidas o coordinadas y en actividades por él organizadas en diversos ámbitos institucionales, territoriales y profesionales.

II. PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

II.1. Introducción

Efrén Borrajo reconocía como sus maestros a Eugenio Pérez Botija y a Gaspar Bayón Chacón, quizás señaladamente al primero[4].

En lo que él mismo denominara su "*testamento profesional*", señalaba que el fruto de esta larga y anchísima exploración vital de su vida académica y de abogacía le había llevado a sostener las siguientes afirmaciones:

1º. La vida del Derecho en general; y del Derecho del Trabajo en particular, está en su aplicación.

2º. La ley solo hace Derecho cuando se convierte en jurisprudencia.

3º. La jurisprudencia cambia, tiene Historia, pero también tiene Biografía.

4º. Es más, cada día, o, al menos, cada mes, las sentencias sociales relevantes, innovadoras, son sentencias de Autor. Por eso Actualidad Laboral da a conocer los nombres de sus Ponentes; y los nombres de los Sres. magistrados que sostienen Votos particulares disidentes en esas sentencias germinales[5].

Se interrogaba Borrajo en los siguientes términos: "¿Cuál es o, cómo se apunta, o cómo se mueve, el Nuevo Derecho del Trabajo? Hoy, más que nunca están en colisión el principio pro operario

y Asuntos Sociales, 2003, pp. 32 y ss., 467 y ss., en particular p. 43. Adolfo Posada –cuyo nombre completo era Adolfo González Posada y Biesca–, es uno de los más grandes iuspublicistas europeos entre los dos siglos, que contribuyeron a cerrar y abrir una época en los modos de pensar jurídico y político. Participó activamente en la materialización teórica y legislativa del Nuevo Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social (que incluye su participación en la elaboración del "Instituto del Trabajo", y su pertenencia desde su origen en el Instituto de Reformas Sociales y en el Instituto Nacional de Previsión.

[4] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXI.

[5] Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". https://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/ (Asociación nacional de Laboralistas).

y el principio de rendimiento. En el centro del conflicto, al ser la zona vital, las medidas políticas que se ofrecen como solución, giran sobre el sí o el no del derecho de estabilidad en el empleo". Él reivindica el principio de estabilidad en el empleo y su centralidad en la lógica garantista del ordenamiento laboral[6].

II.2. Ciencia jurídica y metodología del Derecho del Trabajo

> *"La importancia de unos presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo es incontestable. Porque sólo sobre las discriminaciones histórico-sociales previas a la consideración del "conjunto de principios y normas" en que se manifiesta el Derecho del Trabajo, podremos entender plenamente la peculiar contextura de éste, sus cambios y naturaleza, sus líneas de transformación futura previsibles y, en fin, su razón histórica"*
>
> Efrén Borrajo Dacruz[7]

Efrén Borrajo adopta una metodología propia de un normativismo realista, pluralista e interdisciplinar. En la "Nota preliminar" de su libro clásico "Introducción al Derecho del Trabajo", observa sobre el método que el dato jurídico-laboral estricto se ofrece enmarcado, en gran medida, en sus bases político-sociales y económicas, y uno y otras dentro de una línea histórica. Las razones de tal método de exposición son las siguientes: en primer lugar, se cree que el Derecho del Trabajo, como cualquier otra rama del Derecho positivo, opera en un medio concreto, por lo que las normas que tratan de realizar la "idea social de Justicia" atiende, con mayor o menor fortuna en un afán de objetividad, a la circunstancia de la realidad, que pretenden modelar; en segundo lugar, esta exigencia de comprensión histórica, útil siempre para el estudio del Derecho positivo, resulta" imprescindible en las Facultades de Derecho y especialmente imperiosa en las Facultades de Ciencias Políticas, Económicas y Empresariales[8].

Con esta premisa –y manteniendo el criterio fundamental de las primeras ediciones de la "Introducción al Derecho Español del Trabajo"– entiende que el Derecho constituye un todo unitario, y en su manifestación más característica como legislación o disposiciones generales emanadas del Estado, aparece visiblemente como una solución política, en nombre de una idea de Justicia, a los problemas sociales. Ahora bien, reconocida la unidad esencial del Derecho positivo, su división puede conseguirse atiendo principalmente a dos grandes criterios: un criterio material o de contenido, por un lado, y por otro, un criterio ideológico, según la idea de la Justicia que las normas positivas tratan de realizar –o servir–[9]. En particular, el signo que pueda tener el Derecho del Trabajo vigente

[6] Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". https://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/ (Asociación nacional de Laboralistas).

[7] Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/ Instituto Balmes de Sociología, 1956, p. 17, con apoyo doctrinal en Pérez Botija, E.: *El Derecho del Trabajo,* Madrid, 1947; Pérez Botija, E.: *Curso de Derecho del Trabajo,* 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1950.

[8] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1975, reimpresión, 1978, pp. 4-5. Adviértase que las cuatro primeras ediciones (más allá de las reimpresiones) se publicaron en una etapa pre-constitucional.

[9] En esta concepción la influencia de pensadores como Gustav Radbruch o Francesco Carnelutti (más adelante se indicará también la influencia de Gurvitch, en lo que se refiere a la concepción general y específica del Derecho Social, proyectada al Derecho Social del Trabajo; fórmula, ésta que utilizan, no sólo Radbruch o Gurvitch, sino también pensadores de la República de Weimar, señaladamente, Hugo Sinzheimer, iussocialista eminente de la época y artífice –y no sólo inspirador– del núcleo fundamental de la constitución democrático-social del trabajo diseñada aquélla Constitución de la República de Weimar de 1919). Y todos ellos por los grandes fundadores Anton Menger y Otto von Gierke… Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., pp. 21 y ss., 79 y sigs., y 191 y ss.; Menger, A.: *El Derecho Civil y los Pobres,* trad. Adolfo Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico:

(individualista, colectivista, o social o personalista) está condicionado por la historia. Ésta puede informar, en cada momento dado, sobre la idea de Justicia que inspira las normas que, también en ese momento, quieren lograr un orden en paz en un sector determinado de relaciones de la vida del hombre en sociedad. Por tanto, considera, que el concepto y la delimitación ideológica y material del Derecho Social del Trabajo sólo se alcanzarían después de un estudio histórico-jurídico, así como al cerrar el estudio sistemático de sus pretendidas instituciones, en un esfuerzo de recapitulación y síntesis racionalizadora[10].

En realidad, según pensaba Borrajo ya desde la fase inicial de sus tareas investigadoras, "el Derecho positivo, y no sólo el Derecho civil, es, simplemente y siempre, la solución a los problemas sociales o problemas de la convivencia entre los hombres impuesta en nombre de la idea de justicia socialmente vigente por el cuidador de la paz social. O, en términos más breves, el Derecho positivo es una solución política a un problema social"[11]. Es el caso también, e inevitablemente, del Derecho Social del Trabajo.

Efrén Borrajo hace notar que, en primer lugar, que el Derecho Social del Trabajo vigente aparece como un conjunto sistemático de normas que tratan de realizar o servir la idea social de Justicia; se integra, así, en esa gran corriente ideológica que se conoce con el nombre de "Derecho social" (individualismo social[12], personalismo[13]). En segundo lugar, el Derecho Social del Trabajo es

Antón Menger y el socialismo jurídico en España" (pp. 7-114), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998; Gierke, O. v.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, trad.J. M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015; Gierke, O. v.: *La raíces del contrato de servicios*, trad., y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Monereo Pérez, J. L.: El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), (2020), 682–735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080; Gurvitch, G.: *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema de Derecho Social. Historia Doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La Idea del "Derecho Social" en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV) de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; Monereo Pérez, J.L.: *Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Gurvitch,* estudio preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. 13-146; Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. Para las referencias a Francesco Carnelutti, véase Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho&Metodología del Derecho,* trad. Carlos G. Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" (pp. VII-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

[10] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 82-83.

[11] Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/ Instituto Balmes de Sociología, 1956, p. 16. El punto de partida: el "problema social respecto al que el Derecho del Trabajo fue, y aun es, la primera y más grande respuesta o solución política: la cuestión social abierta en torno a la persona humana del trabajador asalariado" (*Ibid.,* p. 17).

[12] La expresión de «individualismo social» en Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, trad. (sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), Madrid, 1944, p. 88. Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª ed., (Originariamente publicada por Edersa en 1944, con ediciones posteriores, sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política" (pp. XVII-XIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999. Sobre la filosofía del Derecho social en Gustav Radbruch. Véase, *in extenso* Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020.

[13] La influencia en Efrén Borrajo de la doctrina social de la Iglesia y el personalismo del catolicismo social es explícita en muchos de sus ensayos. Por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: «Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 57 (1960), pp. 4-24 [Podría citarse, asimismo, Borrajo Dacruz, E.: "La configuración comunitaria de la empresa", en *Revista de Política Social,* núm. 81 (1969)]. Con referencias –que encabezan la cita del referido artículo indicado en primer lugar– a la Encíclica "Mater et Magistra" de Juan XXIII y a la Encíclica "Rerun Novarum" de León XIII. Vinculado todo ello a su concepción de los orígenes de un "Derecho personalista del trabajo". Hace notar Borrajo, al respecto, que "el Derecho personalista del trabajo no se caracteriza, sin más, por tener una distinta motivación, por su razón de ser espiritual y no material, voluntaria y no forzosa; ha de

el conjunto sistemático de normas que regulan las relaciones sociales que tienen su *presupuesto* en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena. Es así, que al unir los resultados de la caracterización ideológica y los de la material del Derecho Social del Trabajo, éste se presentaba, como el conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regulaba las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena[14].

Sin embargo, precisamente teniendo en cuenta la historicidad de esta disciplina jurídica, desde fechas recientes (desde los años ochenta en Inglaterra o EEUU; en España, desde 1994), esta configuración sólo puede referirse al Derecho clásico del Trabajo construido sobre el firme pilar del principio "pro operario"; primacía del favor hacia el trabajador individualmente considerado. El nuevo Derecho recoge oficialmente factores de carácter socioeconómco; prima los principios de competitividad de la empresa; ve en ésta un agente económico con sus propias exigencias, que la ley ha de respetar. Combina, pues (mal que bien), el principio "pro operario" con el principio pro empresa o "pro mercado", en busca de un equilibrio de intereses individuales y generales, que resucitan el viejo principio del rendimiento (que ha sido magistralmente expuesto en los estudios del Profesor Eugenio Pérez Botija). La Idea social de la Justicia se modaliza: el bienestar creciente del

tener instituciones jurídicas en las que el trabajador se sienta a sí mismo tratado conforme a su dignidad personal, es decir, en las que sienta la fuerza de su libertad y con ella, tome conciencia de su dignidad". (*Ibid.,* pp. 22-23). En el enfoque utópico de la teoría personalista del trabajo, él pudo afirmar que "la transformación del contrato de trabajo en un contrato de sociedad, sería, precisamente, la vía de superación del viejo Derecho individualista del trabajo. Con tal vinculación societaria, el trabajador dejaría de ver en su trabajo un medio al servicio de la economía para sentirse principio y a la vez fin de su actividad. El Derecho del Trabajo de signo proletario, con trabajadores «súbditos» o «dirigidos» en la Empresa, quedaría arrumbado en la Historia, y en su lugar viviría el Derecho personalista del trabajo" (*Ibid.,* p. 24). La idea de apertura del Derecho Social del Trabajo hacia "los contratos sociales", es retomada con referencia a la propuesta de Luca Nogler, asumiendo como propia la reflexión éste último: "Porque, incluso ahora que una buena parte de la civilística converge sobre estas temáticas y los subyacentes valores, el laboralista se retrae en la propia presunta autonomía, y no se empeña, por ejemplo, en la construcción de la categoría de los contratos sociales". Significativamente, a renglón seguido, Borrajo crítica las reformas laborales realizadas a partir del nuevo milenio, indicando que este proceso de reforma laboral "refleja esta dialéctica: la estructura institucional del Derecho clásico del trabajo cede su puesto a la perspectiva contractualista; el despido, el convenio colectivo, etc., están ya en el ara del sacrificio de los nuevos dioses de la economía neoliberal y/o socialdemócrata". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 86-87.

[14] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 83. El proceso de construcción del "Derecho social" (que innegablemente ejerció una influencia determinante y persistente en el modo de pensar de Efrén Borrajo), puede hallarse en Gurvitch, G.: *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema de Derecho Social. Historia Doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición, traducción y estudio preliminar, "La Idea del "Derecho Social" en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV) de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; y después la misma formulación del "Derecho Social del Trabajo", en Sinzheimer, H.: "El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo" (1922), en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* traducción y estudio preliminar de F. Vazquez Mateo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pp. 45 y ss. Señalaba Sinzheimer que "el pensamiento social en el Derecho pretende llegar a una nueva noción de las relaciones humanas, que debe hacerse realidad mediante una nueva configuración de sus formas jurídica". Es así que "si trasladamos estos puntos de vista al Derecho del Trabajo, reconocemos las nuevas líneas fundamentales del que llamamos *nuevo Derecho Social del Trabajo*. Partiendo de la concepción de que todo trabajo humano es una cuestión social, y que el trabajador tiene un existir social concreto, se aspira a una forma social de trabajo que domine las esferas colectivo-económicas, y en que las especiales necesidades y aspiraciones de los trabajadores, determinadas por su situación social, puedan encontrar satisfacción. Tenemos, pues, ante nosotros las piezas para la construcción de la esfera colectivo-económica que ha de superar a las economías individuales" (*Ibid*., pp. 61 y 63). La idea de apertura del Derecho Social del Trabajo hacia "los contratos sociales", es retomada con referencia a la propuesta de Luca Nogler, asumiendo como propia la reflexión éste último: "Porque, incluso ahora que una buena parte de la civilística converge sobre estas temáticas y los subyacentes valores, el laboralista se retrae en la propia presunta autonomía, y no se empeña, por ejemplo, en la construcción de la categoría de los contratos sociales". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 86-87.

grupo (clase) social de los asalariados es un objetivo compartido con el desarrollo social general, de modo que la igualdad material a lograr para el primero (socialismo) se sustituye por un progreso proporcional en el que todos los grupos participan (capitalismo social: "los pobres son menos pobres, y los ricos son más ricos", en una especie de slogan de mitin). Los principios de la socialdemocracia que dieron fundamento, más o menos explícito a la OIT, desde 1944-1946, por ejemplo, se transmutan en neoliberalismo desde las grandes crisis económicas de los últimos años setenta. El debate actual –en buena medida larvado a resultas del conservadurismo político de los grandes sindicatos– reproduce los términos de la alternativa. Parece posible que el neoliberalismo, con "careta" de respecto a la autonomía individual, desplace paulatinamente los principios sociales característicos del Derecho social clásico del Trabajo. De tal manera que si la buscada reforma laboral prospera quedará en entredicho el principio de estabilidad en el empleo, que constituye el eje central de la protección social del trabajador, sujeto –que no objeto– de la relación de trabajo[15].

Entiende Borrajo que había que estar atentos a la buscada integración del trabajo autónomo en el ámbito material del Derecho laboral. Al menos a través de la situación –mal configurada– del trabajador autónomo económicamente dependiente. La Ley 20/2007, de 14 de julio, apunta un Estatuto del Trabajo Autónomo, más programático que normativo; y su primer desarrollo reglamentario (RD 197/2009, de 23 de febrero), acusa la misma indefinición. Pero el proceso es mucho más avanzado en el campo del Sistema de Seguridad Social[16].

Según Borrajo actualmente el Derecho del Trabajo es un "Derecho especial" (a diferencia del derecho común y el Derecho excepcional). Entiende que la causa o razón de ser del Derecho especial es la solución política dada a los problemas de la comunidad social por el Derecho existente

[15] En el año 2011, en lo que el propio Efrén Borrajo autocalifica como su "Testamento profesional" se interrogaba, expresivamente, Borrajo en los siguientes términos: "¿Cuál es o, cómo se apunta, o cómo se mueve, el Nuevo Derecho del Trabajo? Hoy, más que nunca están en colisión el principio pro operario y el principio de rendimiento. En el centro del conflicto, al ser la zona vital, las medidas políticas que se ofrecen como solución, giran sobre el sí o el no del derecho de estabilidad en el empleo". El reivindica el principio de estabilidad en el empleo. Hace años, muchos años, en 1975, el Ministro de Trabajo, nuestro colega el profesor Fernando Suárez, me nombró asesor técnico cerca de la Comisión parlamentaria que estudiaba el proyecto de la Ley de Relaciones Laborales. Me aceptaron, honor que aún sigo agradeciendo, muchos criterios. El más celebrado fue el que pasó a ser art. 35 de la Ley de Relaciones Laborales, que estableció que si el despido se declaraba improcedente, la sentencia imponía la readmisión en el empleo. Así de claro y de terminante. No había derecho de opción para el empresario. El precepto duró poco. D. Álvaro Rengifo, no era el Sr. Solís Ruiz; ni, tampoco, D. Fernando Suárez González, los tres sucesivos titulares del Ministerio de Trabajo en esos años de incertidumbre. La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 fue mutilada por el RDL 17/1977, de 4 de marzo. Este RDL, en su disposición final 1º, derogó expresamente el citado art. 35. Lo derogó con saña, se podría decir. Y se volvió, con ciertas trabas procesales, a conceder al empresario el derecho de opción entre readmisión o indemnización.
Y aquí, ahora, su "*testamento profesional*: ¿Qué sostendría yo hoy, si me encontrase en una situación similar a la de 1976-76? ¿Mantendría a ultranza el principio de propiedad del empleo? ¿Atendería a la aplicación de las medidas de flexibilización y abaratamiento del despido? ¿Trataría de que se reforzasen al máximo las medidas de trabajo a tiempo parcial, de fijeza discontinua, de movilidad funcional horizontal y vertical; incluso la contención, cuando no el recorte, de salarios? Sinceramente, no lo sé si se plantea el tema como hipótesis de una política legislativa de urgencia. Pero si tengo y con gran pasión las dos creencias siguientes: Por una parte que si un hombre o una mujer, claro está puede disponer plenamente sobre el empleo de otro o de otra, se genera una situación objetiva de dominio, de señor y de vasallo, cuando no de amo y servidor; y por otra parte, que si el trabajador ha de aceptar pérdidas en materia de jornada, de salarios, de movilidad funcional y en las demás medidas flexibilidad, incluso si hay una reducción en las condiciones de trabajo, pero se mantiene el empleo; repito: pero se mantiene el empleo: * todos seremos un poco más pobres; * pero todos seremos un poco más libres. Eso sí, siempre que el cuadro de los sacrificios que se escuda en la expresión de "reforma del mercado de trabajo" respete los principios de temporalidad en la imposición, y de universalidad en el reparto proporcional de esas y otras cargas. Así puede ser mi credo: acaso, más sentimiento que razón lo sé. Pero es mi credo. Gracias por su atención". Cfr. Palabras de D. Efrén Borrajo Dacruz al recibir el Premio al Mejor Laboralista 2011. "TESTAMENTO PROFESIONAL". https://www.asnala.com/noticia/palabras-de-d-efren-borrajo-dacruz-al-recibir-el-premio-al-mejor-laboralista-2011/ (Asociación nacional de Laboralistas)

[16] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 85-86.

se revela, en un determinado momento, como injusta o inadecuada al problema de un sector social dado. Han variado los presupuestos sociales, estimativos, etcétera) y se espera o se exige un cambio estructural. Surge una norma nueva, inspirada en nuevos criterios, que aparece originariamente como excepcional, pero si la "nueva solución" se desarrolla sistemáticamente, ya no será posible hablar de excepción, sino de especialidad, so pena de admitir la "excepción como sistema". El Derecho especial se generaliza en detrimento del Derecho común, lo que visto desde otra perspectiva quiere decir que el Derecho especial tiende a hacerse "Derecho común". La llamada laborización (o laboralización) del Derecho común (civil, mercantil, etcétera) es la expresión de este fenómeno histórico-jurídico: los principios rectores del Derecho social del Trabajo se transmutan al contenido de otras normas y las socializan.

Se puede concluir que el Derecho del trabajo es el Derecho social del trabajo, y en cuanto Derecho social es un Derecho especial, pues sus principios son distintos de los que inspiran el ordenamiento jurídico tradicional, que son (o eran, mejor dicho) los principios individualistas y no los principios sociales. A su vez, y de acuerdo con lo anterior, el Derecho del trabajo no nace sin más con la revolución industrial, sino cuando se trató de solucionar la crisis social posterior a la revolución industrial. El supuesto sociológico del Derecho especial del trabajo es la cuestión social obrera; el supuesto antropológico es el trabajador como proletario, y el supuesto político-económico es el capitalismo en crisis e intervenido (Rubio, Bayón Chacón y Pérez Botija)[17]. Según Borrajo "la cuestión social es la combinación de dos factores: uno, objetivo, que consiste en que hombres que se estiman iguales están en una situación social de desigualdad, y otro, subjetivo, que consiste en que esa situación social desigual se considera injusta. La desigualdad social es ahora injusticia"[18]. En lo relativo a la política social entiende que "el individualismo social conduce a una acción política en garantía de la igualdad de oportunidades en favor de todos y de cada uno de los miembros del grupo social, sea cualquiera la clase social a la que pertenezcan… Esta acción política es, precisamente, la política social. La regulación de las relaciones entre los hombres no puede inspirarse en los principios individualistas, sino que ha de tener en cuenta los postulados de la justicia social"[19]. Según Borrajo "la policía humanista no es la política individualista: es, sin paradojas", la política social". Para él resulta evidente que "mal puede tener conciencia de su dignidad quien vive a niveles sociales infrahumanos. La situación social no determina fatalmente la condición de la persona humana. Pero de aquí no cabe concluir que haya que preocuparse simplemente del individuo, sin atender a su situación social. La situación social y con ella la situación profesional, la índole del trabajo ejecutado, el medio familiar en que se vive, etc., son, nada más pero tampoco nada menos, que posibilidades de vida personal, facilidades para el logro de la personalidad"[20].

[17] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 84-85. Es, éste, un enfoque mantenido desde hacía largo tiempo por nuestro autor, "Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo: Derecho especial y Derecho nuevo", *Revista de Derecho Mercantil,* núm.66 (1967), pp. 363 y ss.

[18] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p. 17. En la parte de créditos se indica que "Esta obra ha sido declarada de texto para enseñanzas de Educación Política en 6º curso (Vol. II) de Bachillerato".

[19] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p.19. Precisa después que "la justicia social es la que establece que en la distribución de las posibilidades de vida entre los hombres todos han de tener las posibilidades mínimas que su condición de persona exige. Y la política social *es aquella parte de la política general que tiene por objeto proporcionar al hombre las posibilidades de vivir de acuerdo con su dignidad de persona humana*". Por su parte, el destinatario de la política social fue, en una primera etapa, el obrero. De ahí que haya sido política de protección obrera. Pero actualmente es el hombre económicamente débil, sea cualquiera su actuación profesional, siempre que ésta se socialmente útil. Por lo demás, el sujeto activo de la política social es el Estado. Pero en el Estado participan los individuos y los grupos sociales y profesionales, es decir, participa el ciudadano desde sus comunidades naturales de vida: familia, municipio y sindicato. La familia y, con ella, el municipio y el sindicato, son, también, sujetos cooperadores de la política (*Ibid.,* p. 19). Se aprecia en esto un enfoque propio del corporativismo organicista de la época. El Estado tiene, así, el deber de garantizar la igualdad de oportunidad y una vida conforme a la dignidad humana.

[20] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, pp. 91-92.

Con ello, se Borrajo se aparta de la corriente de pensamiento conocida comúnmente como "positivismo legalista". Una forma de positivismo extremo que califica de "positivismo primitivo o elemental" y rechazable para el conocimiento jurídico tal como muestra la experiencia jurídica del Derecho vivo del Trabajo y la realidad existencial del pluralismo jurídico[21]. En efecto, por su propia constitución histórica al Derecho social del Trabajo repugna la identificación entre Derecho y Ley formal. El Derecho social del Trabajo, como "Derecho nuevo", antes de vivir en la letra de la ley y de ser recibida su idea de justicia en la Constitución, ha tenido que vivir en las prácticas sociales, en los uso de la sociedad. La "idea nueva" de la Justicia Social, antes que políticamente, se realizó socialmente: fue creencia colectiva, sentir o aspiración social, primero de un grupo minoritario, luego de una masa, al final fue principio fundamental del Estado social de Derecho. En consecuencia, se manifestó principalmente en los convenios privados, interindividuales o colectivos, y frente al monismo estatal y al Derecho estatal, el Derecho social del trabajo profesional por cuenta ajena se ha ido afirmando en las concepciones políticas y en las Escuelas jurídicas que afirman y defienden el pluralismo social y jurídico[22].

Efrén Borrajo sigue aquí muy de cerca –como en tantas ocasiones– a Gustav Radbruch, al cual cita expresamente en múltiples reflexiones de apoyo a su propio pensamiento jurídico-social[23].

[21] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1975, reimpresión, 1978, p. XXIV. Antes había señalado que hay que prevenirse contra ciertos prejuicios legalistas, propios del positivismo primitivo o elemental de los tiempos de la Codificación, que reducen, o tienden a reducir, el Derecho positivo a las simples reglas jurídicas formales, al Derecho legal. Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXIV. Por lo demás, la reducción carecería de sentido en el Derecho Social del Trabajo como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. La materia jurídica no se limita a las leyes ni a las costumbres incorporadas o recibidas en las leyes. Hay que tener en cuenta, siempre, *la vida jurídica*; o, como dice insuperablemente Carnelutti, contra la limitación de la materia jurídica a los "actos legislativos". Las reglas del Derecho no están incluidas en los Códigos como en una vitrina; están operando en la vida; esto es, gobernando la vida de los individuos, donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia. Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan las personas respecto de esa regla en cuestión. Cfr. Carnelutti, F.: *Metodología del Derecho,* México, 1940, pp. 33 y 20 y ss. Véase Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho & Metodología del Derecho,* Edición y estudio preliminar, "La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" (pp. VII-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

[22] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXIV-XXV.

[23] Reflexiona Borrajo que la agrupación profesional, el sindicato, frente al Estado o al lado del Estado, aspiró y aspira a ser una fuente de producción del Derecho. De un modelo general, baste recordar la Escuela científica del "Derecho autónomo", gracias al estudio de los fenómenos jurídico-laborales, entre otros la pugna aún viva entre poder legislativo y poder judicial, pudo sostener que el Derecho legal o legislado no es capaz por su propia naturaleza estable y cosificada, de seguir el curso jurídico de la vida social. La ley, y con ella la costumbre legalizada y la jurisprudencia legalista, están en crisis; a través de "la muralla en ruinas", se ve agitarse las fuerzas vivas de la restauración, que son los grupos corporativos de productores o de consumidores, grupos de técnicos, de funcionarios, de intelectuales. Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXV-XXVI. Con cita de Gurvitch, G.: *Le temps present et l' idée de Droit Social,* Préface de Máxime Leroy, París, Librairie Philophique J. Vrin, 1932, pp. 228 y ss. Significativamente la Primera Sección de este último libro de Gurvitch se dedica a "Las tendencias actuales de la doctrina del derecho obrero y la idea del Derecho Social" (pp. 13 y sigs.). Su obra más determinante y original, ha sido sin duda Gurvitch, G.: *La ideal del Droit Social,* edición, traducción y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005. Se trata de una clásica de absoluta referencia para la construcción del Derecho Social del Trabajo. Asimismo, Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001. Respecto a Radbruch, Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* 4ª ed., (Originariamente publicada por Edersa en 1959, sin constancia del traductor, Atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política" (pp. XVII-XIX), a cargo de J.L. Monereo

Ciertamente, se había afirmado la tradición positivista del Derecho español, así como el posterior derrumbamiento del positivismo textual. Se ha señalado que los juristas españoles se han formado en un ambiente del más riguroso positivismo, consolidado en España, como en toda Europa, en el siglo XIX, pero que en nuestro país había adquirido unos rasgos singularmente exacerbados por la influencia conjunta de factores políticos y técnicos muy peculiares. La raíz política del positivismo jurídico legalista es una evidencia indiscutible. Sentado esto, cabe decir que el positivismo español es un positivismo normativo o legal, en cuanto que entiende que toda ley es Derecho y, correlativamente, sólo la ley es Derecho. En segundo lugar, es un positivismo legal estatal, en cuanto que se refiere a las normas emanadas del Estado. En el fondo, el positivismo ortodoxo es una actitud metodológica que acepta acríticamente la existencia de una red previa de normas como presupuesto dada de los conflictos. Según el paradigma positivista, es irrelevante el origen de este presupuesto normativo. Lo realmente decisivo para ese tipo de positivismo es que dichas normas son Derecho, sin llegar a enjuiciarlas. En tercer lugar, el positivismo tradicional español no es sólo legalista estatal, sino, además, textual, es decir, que se atiene literalmente al texto de la ley. En consecuencia, se advierte que, que el Derecho español ha sido durante los siglos XIX y XX rigurosamente positivista legalista, estatal y textual. Lentamente su fue superando relativamente por derrumbamiento fáctico ese tipo de positivismo. En España el proceso de superación del "positivismo textual" se aceleró por la aprobación de la Constitución y la entrada de nuestro país en la por entonces llamada Comunidad Europea. Aunque la supervivencia del positivismo ha podido continuar gracias a la mentalidad de los juristas[24].

Según Borrajo la política del Derecho actúa como condicionante de la construcción científica del Derecho del Trabajo. Para Borrajo la ciencia del Derecho del Trabajo es tanto una ciencia del Derecho –ciencia de normas– como una ciencia de política del Derecho[25], que atiende al problema

Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999. Sobre su pensamiento e influencia en la cultura jurídica europea, puede consultarse 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.

[24] Nieto, A.: "El positivismo jurídico y la Constitución de 1978", en *Revista España de Derecho Constitucional,* núm. 26 (1989), pp. 9-39.

[25] En una perspectiva realista considera que "los cultivadores del Derecho del Trabajo como, en general, los estudiosos de otros sectores del ordenamiento jurídico que están referidos a relaciones sociales vivas, cambiantes, en continuo crecimiento y revisión, se encuentran abocados a una doble tarea, a saber: –De una parte, a la observación de los *datos jurídicos*, su análisis y a su comparación entre sí, como procesos previos a su sistematización, con un tratamiento conforme a las reglas y a los objetivos propios de la construcción jurídica en uno de categorías lógicas. La Ciencia del Derecho del Trabajo es, entonces, Ciencia normativa. –De otra parte, a la *valoración* de las reglas jurídica en relación, tanto con los ideales de Justicia que en ella se realizan o a los que se aspira, como con los criterios de posibilidad, conveniencia, etc., con lo que se establece una estrecha conexión con los cometidos característicos del economista, del sociólogo, del historiador y, hay que decirlo claramente, del político (social, pero político). La Ciencia del Derecho del Trabajo es, entonces y en gran medida, Ciencia Política". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. VII-VIII, con apoyo expreso en Eisenmann, CH.: *Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Derecho,* Madrid, trad. de Jornada de Pozas, 1958, pp. 27 y ss., y p. 42. Con él señala asimismo que "Antes que la regla está el problema que la precede y domina, y al cual la regla responde. Y siendo así, ¿cómo podrían ser comprendidas las reglas de derecho positivo sin relacionarlas con los problemas de legislación, es decir, del derecho a crear, analizándolas a la luz de estos problemas"? (*Ibid*., p. 42). Charles Eisenmann fue discípulo de Hans Kelsen y desde 1960 à 1964, fue presidente de la Fédération nationale des syndicats autonomes de l' enseignement supérieur et de la recherche (FNSAESR). Aunque se trata de una aproximación puntual resulta expresiva de su preocupación por la enseñanza práctica del Derecho Vivo del Trabajo su ensayo, Borrajo Dacruz, E.: "La enseñanza del Derecho del Trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial", en pp. 21-29, donde nos habla de "la enseñanza vida del Derecho del Trabajo". Así como "en orden a la aplicación de dicho Derecho en la vida real" (*Ibid*., p. 29). Sería excesivamente prolijo insistir aquí en las numerosas expresiones de ese modo de ver el Derecho del Trabajo como "Derecho vivo del Trabajo": y lo sería porque penetra en toda su obra en la propia experiencia profesional de Efrén Borrajo. No obstante esa matización, podría citarse, por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del derecho vivo del trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548; Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo: 1984-1987", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp. 2289-2290; Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo

a resolver y de suyo a los problemas de legislación y sus fines. Según Borrajo el jurista del Derecho del Trabajo se ha atener al principio de realidad, pues tiene que apreciar no sólo el dato positivo (el Derecho formal), sino también en necesaria conexión con la realidad social que trata de captar y regular como centro de imputación de las normas laborales.

Precisa que las consideraciones de oportunidad y de justicia y, con ellas, la perspectiva política y de política del Derecho, son las características de los estudios de las nuevas ramas del Derecho, en una primera época. El Derecho, como solución política, en nombre de una Idea de Justicia, a un problema social, aparece mezclado inevitablemente, en sus datos estrictamente jurídicos, con los ideales de justicia, con las razones de humanidad, con los principios organizativos y demás factores ideales y materiales que se invocan y arbitran para solventar el problema social de actualidad que es el que acucia y preocupa al estudioso. En este orden de idea, antes que el jurista ocupado con el análisis del dato jurídico-laboral emerge el reformador social que se preocupa y ocupa del Derecho Social del Trabajo por la razón elemental pero primaria y, por tanto, vital, de que está empeñado en resolver la cuestión social del trabajador profesional por cuenta ajena". Entonces, inevitablemente, el jurista, y tal es la cuestión, entra en el campo del político por la sencilla razón de que el político condiciona, con sus decisiones y sus obras, las construcciones del jurista. De manera que la política legislativa es aún quehacer político, pero la elaboración científica del Derecho en general y del Derecho Social del Trabajo en particular dependen, en gran medida, de los resultados de dicha política[26].

Para Efrén Borrajo el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social es un Derecho vivo sobre todo en la experiencia jurídica de su realización en la praxis jurisprudencial. La labor de interpretación no es una actividad mecánica, sino que exige recreación continua del Derecho[27]. La vida del Derecho tiene un alcance más amplio que el de la norma instituida. De este modo –viene a decir Borrajo–, la cultura jurídica comprende a todos los actores que intervienen en el proceso de creación e interpretación del Derecho; y los artífices no se limitan al legislador, sino que se hace extensivo a las construcciones de los jueces y tribunales de justicia. La creación judicial de Derecho se somete a la praxis de que el legislador –como poder normativa originario– puede establecer nuevas normas que se aparten decididamente las reglas consolidadas en la jurisprudencia. Borrajo no era un realista extremo: atiende a la soberanía del legislador sobre la conformación en última instancia de las bases normativas del ordenamiento jurídico dotado de un sistema pluralista de fuentes. La jurisprudencia como fuente del Derecho no es capaz de sustituir al legislador en un Estado de Derecho basado en el principio de separación funcional de poderes y en el principio de seguridad social[28].

---

del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1984), pp. 1-8; y mostrando esa dirección de pensamiento sin solución de continuidad en toda su trayectoria intelectual, Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: el caso del despido de la trabajadora embarazada", en *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales: Estudio en Homenaje al profesor Ramírez con motivo de su jubilación,* J. García Ortega (Coord.), 2009, pp. 17-54.

[26] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. IX-XIII.

[27] Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1992), pp. 761-775; Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del Derecho Vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548; Borrajo Dacruz, E.: "Ejecución de sentencias: Criterios jurisprudenciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1993), pp. 135-144; Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo: abuso del derecho, Derecho social y Derecho del Trabajo", en *Revista Internacional de sociología*, núms. 46 y 47 (1954), pp. 229 y ss.

[28] Podría situarse cómodamente en la dirección de pensamiento de Clemente De Diego, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. XI-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016. Clemente, recogiendo la opinión de Hugo Sinzheimer señalaba que frente a la corriente escolástica ha surgido la dirección más completa que atiende a ese elemento práctico del Derecho, puesto que éste se ha hecho para la vida y no al revés (*Ibid.,* p. 29, nota 29). También podrá afirmar, con Gierke, que "la aplicación es el desarrollo vivo de las regla de Derecho" (*Ibid.,* p. 88).

Entiende que la realidad del Derecho Social del Trabajo no es otra que "el jurista elabora, o quiere elaborar, un sistema conceptual, pero los datos de los que busca la síntesis lógica están en un complejo orgánico que es un *sistema histórico* pero *no un sistema lógica,* con lo que el intento de construirlo científicamente en el uso de categoría lógica es, muchas veces, imposible o de una máxima dificultad: la excepción oculta la regla general. Una de las causas, y no será la mayor, de la incongruencia lógica de las materias que se ofrecen como su objeto está en lo que hemos podido llamar "el *desarrollo asincrónico* del Derecho del Trabajo"[29]. Para él la doctrina científica es una síntesis lógica o conceptual de los datos de un determinado ordenamiento jurídico históricamente determinado[30]. Obsérvese que, aunque no lo define, si se puede inferior que el concepto de "ordenamiento jurídico" que viene a utilizar Borrajo es tributario del modo de pensar de Santi Romano (al menos como fuente de inspiración, y no de plena identidad), el cual dejó muy claro la insuficiencia la concepción positivista legalista según la cual el Derecho en sentido objetivo es concebido generalmente como norma[31], y sobre la indicación de que "un ordenamiento jurídico no es solo un conjunto de normas, sino que además consta de otros elementos"[32]. Y la admisión de que hay más Derecho que el Derecho estatal, dada la realidad jurídica de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, es decir, lejos de una concepción abstracta y formalista del Derecho, la realidad del Derecho muestra que la vida jurídica es más vital y plural y que existen otros ordenamientos jurídicos no estatales (existen comunidad, o mejor, instituciones capaces de producir Derecho). Paradigmática, los grupos profesionales organizados de empresarios y de trabajadores pueden crear un sistema de Derecho objetivo *a se,* más o menos autónomo, que se hace valer con los medios internos de que la organización dispone[33]; o con base a los predispuestos por el mismo ordenamiento jurídico estatal.

Esta fuente de inspiración de Efrén –junto con las anteriores fuentes doctrinales que se han destacado aquí– permite comprender y explicar la fecundidad de su quehacer en el campo del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ello no significa en absoluto relegar el dato jurídico y el modo de proceder de la elaboración legislativa, pues "la "legalidad de la ley", digamos con nuestro maestro el Prof. Pérez Botija, es el primer postulado del Estado Social y laboral del Derecho. Y es también presupuesto político indeclinable para que el jurista pueda sistematizar técnicamente los datos jurídicos del trabajo sin ocuparse previamente del hacer del político"[34].

---

[29] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXVII-XXVIII.

[30] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963, p.23. Donde, por cierto, se indica, con Pérez Botija, que "el seguro solo será social si, efectivamente, garantiza los derechos reconocidos por la ley aun contra la imprevisión, culpable o no, de los propios interesados" (*Ibid*., p. 120).

[31] Santi Romano: *El ordenamiento jurídico,* Madrid, Reus, 2010, pp. 67 y ss. Asimismo, Santi Romano: *Fragmentos de un diccionario jurídico,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

[32] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. S. y L. Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Reus, 2010, pp. 80 y ss. La publicación originaria del libro de Santi Romano [*El ordenamiento jurídico,* traducción de S. y L. Martín-Retortillo, Estudio preliminar de Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963] sería reeditada y completada con nuevas aportaciones, Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* edición de Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Colección Civitas), 2013.

[33] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* Madrid, Reus, 2010, pp. 175 y ss. Por otra parte, según piensa Santi Romano, "no puede definirse y valorarse exactamente el derecho si se le aísla del todo del que forma parte y con el que está en conexión orgánica. Para nosotros todas las normas de un determinado derecho positivo no son sino elementos de un ordenamiento más amplio y complejo en el que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible" (*Ibid.,* p. 166).

[34] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXI.

Y efectivamente para Borrajo el Derecho surge de una decisión y acción política: la política de reforma social. De ahí el sentido del Derecho social, a saber: la política social determinó, junto a otras múltiples acciones del Estado, a la aparición de un Derecho nuevo inspirado en la concepción social del mundo y de la vida y que por ello mismo comenzó denominarse el "nuevo Derecho social (Canalejas, diría que era de estricta justicia "admitir el factor social como elemento indispensable en la formación de las leyes", 1902)"[35]. La cuestión social se había producido al quebrar la idea formal de igualdad bajo la presión de los hechos que demostraban, nítidamente, que los trabajadores, en cuanto económicamente débiles (y, consecuentemente, también menos favorables por la cultura, etcétera), ocupaban una situación social deprimida. En consecuencia, el nuevo Derecho tuvo que revistar el principio de que había que tratar a todos los hombres con iguales normas, para aceptar que la justicia sólo se realizaría si se establecía un tratamiento desigual, compensatorio, de los hombres y de las situaciones desiguales. O en los términos clásicos de Gustav Radbruch: "La idea central en que el Derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que ente ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico". La constitución de Weimar y la Organización Internacional del Trabajo, ambas de 1919, consolidarán el nuevo Derecho de signo social con vocación de universalidad[36]. A la vocación universalista del Derecho del Trabajo cabe añadir –en coherencia con ella– que el Derecho social del Trabajo aspira a una homogeneidad o aproximación normativa por encima de los límites nacionales[37]. El Derecho social es un "Derecho Nuevo", que no es otro que el referido Derecho social del Trabajo[38].

Al tiempo, afirma, la Constitución de la Segunda República, de 6 de diciembre de 1931, al recoger en sus preceptos el catálogo de los "derechos económicos-sociales", al estilo de la Constitución de Weimar, ofreció la base normativa para la sistematización de las leyes del trabajo, con lo que se pasó de una legislación, hasta entonces de carácter excepcional (medida desde el Derecho común), a un auténtico Derecho especial, es decir, a un ordenamiento jurídico integrado por normas inspiradas en unos principios comunes y, por tanto, congruentes entre sí y en marcada fase de expansión. En realidad, la II República cambió la filosofía política en la materia. Como es sabido, su Constitución centró en el trabajo el sistema de ciudadanía, al definir a España como una "república democrática de trabajadores de todas clases". Esta referencia generalizada a todas las clases de trabajadores fue un añadido de última hora, según la propuesta de Araquistaín y, sobre todo, de Ortega y Gasset. Es más: la Constitución republicana, en su art. 46, fijó todo un programa de acción social y asumió el siguiente compromiso: "La legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte". Es decir, por primera vez en la Historia política de España, se constitucionaliza la protección contra el accidente de trabajo y otras contingencias sociales adversas a través del seguro[39].

---

[35] Efrén Borrajo había dirigido una tesis doctoral sobre José Canalejas: Concepción Cuadrado, M.: *Canalejas y el derecho social del trabajo,* Tesis inédita, Universidad complutense de Madrid, 1977.

[36] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 147-148 y ss.

[37] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 331 y ss.

[38] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, p. XXVII.

[39] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 151-152. Es el culminación y perfeccionamiento de la que fuera una "norma revolucionaria", a saber: "la importancia de la Ley Dato ha de medirse en su contexto histórico y en su función de fermento político (precedente activo) para los cambios posteriores. Fue revolucionaria en su época (…). La Ley Dato está, desde un punto de vista técnico-jurídico, en la prehistoria de la Seguridad Social Pública, pero en este año centenario del psicoanálisis es posible afirmar que la Historia sólo es garantía de futuro cuando está vivificada por raíces más allá de sus límites estrictos". Cfr. Borrajo Dacruz, E.: "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en *Cien Años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000, pp. 81-89, en particular p. 89.

Según Efrén Borrajo la II República supuso un cambio determinante en la filosofía política del Derecho Social (y muy especialmente cambió la filosofía política en materia de Accidentes de Trabajo, yendo del seguro voluntario al obligatorio). La Constitución republicana, en su art. 46, estableció todo un programa de acción social y asumió el compromiso en su redacción literal consistente en que establecer que "La legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte". Es decir, por primera vez en la Historia política de España –realza Efrén Borrajo–, se *constitucionaliza la protección contra el accidente de trabajo a través de un seguro.* De ahí que la Ley de Bases de 4 de julio de 1932 (que fue completada por la Ley de 13 de agosto de 1932) introdujese grandes novedades sobre la precedente regulación del Código de Trabajo de 1926… La Ley de 8 de octubre de 1932 aprobó el Texto Refundido, y el Decreto de 31 de enero de 1933 aprobó el Reglamento. Por cierto, el art. 251 de éste fue aclarado por la Orden de 27 de noviembre de 1934, en cuanto al procedimiento a seguir para optar y hacer efectivo el aseguramiento en la Caja Nacional, o en una sociedad de seguros o, en fin, en una Mutua patronal de Accidentes de Trabajo"[40].

Por su parte, la Constitución de 1978 abre la etapa actual. Su desarrollo normativo está en la base del Derecho laboral español vigente, de acuerdo con la tabla de derechos que establece. Ya apunta que "la mutación es vertiginosa en la materia, sin embargo tan compleja, de Seguridad Social. Los Reales Decretos-Leyes anticipan leyes y éstas, a s u vez, son modificadas con frecuencia, a veces con diferencias de días si es que no de horas, por las temibles Leyes de acompañamiento de la Ley anual de Presupuestos, tal y como va se indicado" (Ibid., pp. 154-157). En el fondo lo que caracteriza a la legislación postconstitucional es la "proliferación legislativa e inseguridad jurídica": "La inestabilidad político-social característica de un proceso de cambio normativo tan profundo como el que se está registrando en el área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, provoca nuevas revisiones de la norma recién publicada y aún en fase experimental de aplicación". Pero se apunta también un elemento crítico relevante: "Una extraña falta de valor cívico en los órganos parlamentarios mantiene vigente la norma laboral más interesante de la transición democrática: el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre huelga y cierre patronal, cuyas normas se integran con la decisiva STC 11/1981, de 8 de abril. La amonestación o juicio negativo para la abstención del legislador es del mismo Tribunal Constitucional" (Ibid., pp. 146-147)[41].

En el sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo el "pluralismo jurídico" en las fuentes de producción". Señala que las fuentes de producción son los poderes o fuerza sociales que crean las normas y establecen, por tanto, el Derecho objetivo, según enseña Francesco Messineo[42]. En particular, en la concepción vitalista del Estado y de la sociedad se admite que existen distintas comunidades con sustantividad propia entre el individuo y el Estado ("formaciones sociales intermedias"), y se acepta asimismo la existencia de otras sociedades paralelas cuando no superiores, como serán las Iglesias y la Comunidad internacional. Por tanto, el cuadro de las fuentes originarias de producción jurídica se amplía extraordinariamente: junto al Estado, que regula con sus normas las relaciones generales de supremacía que le ligan con el ciudadano en cuanto tal. Es decir, al aceptarse esa concepción, el Derecho positivo se integra con normas de origen estatal, que forman el Derecho reflexivo y cristalizado; con

[40] Borrajo Dacruz, E.: "Accidentes de Trabajo y Extranjería", en *Accidentes de Trabajo y Mutuas,* Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2008, pp. 27-77, en particular pp. 36-37. Cabe decir que esta fue la gran etapa del bienio republicado bajo el Ministerio de Francisco Largo Caballero. Véase Monereo Pérez, J.L.: "FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (28), (2021). pp. 265-314. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/511

[41] Véase, asimismo, Borrajo Dacruz, E.: "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista española de derecho constitucion*al, núm.2 (1981), pp. 131-158.

[42] Messineo, F.: *Manual de Derecho civil y Comercial,* 8 Tomos, trad. Santiago Sentis Melendo. Prólogo de Vittorio Nepp. , Chile, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, en particular Tomo I (Introducción. El ordenamiento jurídico Italiano/ Código Civil Italiano) y Tomo II (Doctrinas generales) .

normas de origen social, que forman un Derecho intuitivo, espontáneo y más fluido; con normas de origen supraestatal, etcétera, pues el *vitalismo político y jurídico desemboca congruentemente en el reconocimiento del pluralismo normativo*. La opción entre una y otra concepción es, en la actualidad, una alternativa política, que se plantea y se resuelve en el momento constituyente, cuando se discute, se elabora y se aprueba la Constitución formal del Estado. El monismo jurídico era, así, una realidad. La génesis y el desarrollo del Derecho Social del Trabajo trastocó, sin embargo, esta concepción al dar entrada a las fuerzas socio-económicas, organizadas en sindicatos y asociaciones empresariales, en la regulación de las condiciones de trabajo, desde el momento en que se reconoció carácter y eficacia a los convenios y pactos colectivos. La doctrina favorable al *pluralismo jurídico* encontró sus mejores argumentos en este "Derecho nuevo" que emergía del seno de la propia sociedad. De ahí se infiere de la Constitución el reconocimiento del principio de autonomía social, una de cuyas expresiones es la autonomía colectiva, de tal modo que el Estado queda obligado a respetar la autonomía normativa de ciertos grupos socioprofesionales. Ocurre, así, con la comunidad o grupo profesional que goza de autonomía normativa (conforme a la propia Constitución: artículos 1.1, 9.1, 37.1, 7, etcétera) y que hace efectivo este poder a través del acuerdo o pacto entre las representaciones profesionales de empresario y de trabajadores (normalmente, los sindicatos). Este principio se configura como autonomía colectiva[43]. Según Efrén Borrajo: el convenio colectivo de trabajo es la manifestación típica –la más significativa– del pluralismo jurídico, por virtud del cual el Estado democrático acepta junto él, para la creación del Derecho, a los grupos sociales organizados interesados en la salvaguardia y representación del interés colectivo propio de cada grupo. En términos generales, el convenio colectivo de trabajo puede ser definido como la expresión de un acuerdo celebrado entre uno o varios empresarios –normalmente asociados–, por un lado, y una o más organizaciones de trabajadores por el otro, para establecer las normas pactadas que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito determinado, así como los derechos y obligaciones de las propias partes signatarias del acuerdo[44].

De todo ello se infiere la centralidad de la autonomía colectiva como poder privado (de relevancia política ex art. 7 de la Constitución)[45] de autorregulación o autodeterminación social elevada a fuente de producción de aquellas fuerzas sociales con facultad normativa creadora y del convenio colectivo en cuanto expresión formal típica de ese poder social sustancialmente normativo (art. 37.1 de la Constitución)[46]. Y esta concepción del pluralismo jurídico-social comprende el intercambio

[43] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 311-317.

[44] Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, p. 345.

[45] Sobre la concepción de Borrajo sobre la posición constitucional del sindicato y la figura de la mayor representatividad sindical, en el clima de debate de la coyuntura de delimitación del modelo normativo de regulación del sindicato y de la libertad sindicales en España, véase Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 1 (1985) (Ejemplar dedicado a: Seminario sobre El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical), pp. 143-160; Borrajo Dacruz, E.: "La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2137-2145. Y su concepción más consolidada, en Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo,* Madrid, Tecnos, 20ª edición, 2011, pp. 229 y sigs., y sobre los sindicatos más representativos en la LOLS y observaciones jurídico-críticas sobre el régimen español de la mayor representatividad sindical y de las asociaciones empresariales representativas, pp. 245-253. Este análisis crítico lo resume el propio Efrén Borrajo indicando que "el régimen jurídico del sindicato más representativo, en España, acusa serios problemas de fondo (constitucionalidad) y de forma (rango de la norma, que es, muchas veces, una Ley ordinaria que incide en el tema al regular el contenido adicional de la libertad sindical: tal, la acción de negociación colectiva). Sigue exigiendo un tratamiento riguroso, abierto a la libertad y la igualdad ante la ley de los sindicatos, o una nueva Ley Orgánica que recoja adecuadamente los criterios y matices que han ido introduciendo en la materia la jurisprudencia constitucional y las mismas leyes ordinarias" (*Ibid*., p. 253). Previamente había destacado –literalmente en cursivas– que "libertad sindical, pluralismo sindical y la igualdad de todos los sindicatos ante la ley son tres principios integrantes del contenido esencial del derecho a la libertad sindical" (*Ibid.,* p. 244).

[46] Centralidad que lo es también en su producción científica. Paradigmáticamente, Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y liberta de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4 (2004), pp. 325-364; Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación*

político que supone la concertación social, la cual es expresión del encuentro diacrónico entre la autonomía colectiva y el Estado con sus respectivos poderes de ordenación normativa[47].

En otro orden de ideas, no es irrelevante hacer notar que Borrajo otorga un papel central al Derecho extranjero[48], y al Derecho comparado y al método comparatista[49], que él puso en práctica. Su importancia reside, entre otras cosas, en verificar las respuestas a los problemas sociolaborales; respuestas de política del Derecho y de instrumentación técnico-jurídica. En primer lugar, advierte que el jurista, al ocuparse técnicamente del Derecho Social del Trabajo, tiene que manejar con suma cautela los conceptos y definiciones que se encuentran elaboradas, ya en los otros Derechos nacionales, ya en el propio Derecho interno en relación con cada sector o subsector del mismo. En segundo lugar, resalta su utilidad, puesto que, en general, su estudio descansa en la creencia de que a la naturaleza común entre los hombres responde, o puede responder, un Derecho también común, pero en el Derecho Social del Trabajo en concreto, la *vocación de universalidad* no es tan sólo espontánea, sino el resultado de un amplio movimiento, voluntario y consciente, por obra y gracia de los Convenios internacionales plurilaterales y de la Organización Internacional del Trabajo. Por último, indicando que una vez afirmada la posibilidad y la trascendencia de la comparación en el estudio del Derecho Social del Trabajo, es preciso cubrirse contra el grave peligro que orilla esta posición metódica, a saber: la falta de fundamentación en el dato positivo del concepto jurídico importado. Ciertamente,

Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2000, pp. 159-181; Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, Nº 1, 2000, pp. 131-151.

[47] Las contribuciones directas e indirectas de Efrén Borrajo en esta materia son importantes y continuadas en su trayectoria investigadora. Por ejemplo, Borrajo Dacruz, E.: "Eficacia jurídica del AES", Actualidad Laboral, núm. 14, 1985, pp. 721-732; Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316. Una trayectoria histórico jurídica completa sobre ese proceso en Monereo Pérez, J.L. (DIR): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* Álvarez Gimeno, R, De Val Tena, Á.L., Maldonado Molina, J.A., Monereo Pérez, J.L, y Muñoz de Bustillo Llorente, R., Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del CES, 2015; De La Villa Gil, L.E.: "Acuerdos interprofesionales y otros macro-pactos en la realidad social española", en *Los Grandes pactos colectivos a partir dela transición democrática. Antología,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 15 y ss.; Moreno Vida, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1989; Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999; Ojeda Avilés, A. (DIR.): *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990; Moreno Vida, M.N.: "Concertación social y 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), Thompson/Aranzadi, 2013, pp. 161 y ss.

[48] Paradigmático en el estudio del Derecho extranjero, pero también en su relevante condición de historiador, es su excelente libro Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Balmes de Sociología, 1956. En este estudio se expone, a la vez que los hechos históricos más significativos del sindicalismo francés, un esquema sobre el desarrollo dialéctico, premisas ideológicas, experiencias sociales y políticas, contrarreformas y rectificaciones que dan lugar a nuevas ideologías y a nuevos ensayos de realización del momento obrero en general, de modo que el libro es un estudio completo sobre la acción de las fuerzas sociales "creadoras", en sus pugnas y transacciones, del nuevo Derecho en el que se realizan los postulados de la justicia social, es decir, el Derecho Social del trabajo y de la Seguridad Social. El Estudio abarca el largo y polémico proceso histórico que se abrió en 1776 y que llega a la época de mediados del siglo veinte. La misma estructura sistemática –siquiera sea en sus grandes apartados– resulta bien expresiva de la riqueza de planteamientos: Primera Parte (sobre la cuestión sindical en su proyección histórica); Segunda Parte (sindicalismo revolucionario y sindicalismo reformista); Tercera parte ("Conclusiones histórico-dialécticas").

[49] Paradigmáticamente, Borrajo Dacruz, E.: "La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado", en *Revista de Política Social,* núm. 61 (1964), pp. 163-196; Borrajo Dacruz, E.: "Organización administrativa del Régimen General de la Seguridad Social en Francia: estudio especial de la participación de los interesados", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 4 (1979), pp. 75-106; Borrajo Dacruz, E.: "La recaudación de las cuotas sindicales por la empresa en el Derecho francés", en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980, pp. 57-68.

el estudio de una institución en el tiempo y en el espacio, a través de sus distintos ordenamientos jurídicos, es decisivo, si es que no imprescindible, para captar su sentido, su razón de ser". Ahora bien, observa que si se quiere alcanzar la construcción técnica de la institución, el jurista tendrá que abrazar amplia y cerradamente su limitación: el dato jurídico determinante es, en principio, el dato jurídico positivo-nacional. Entiende que el dato jurídico extranjero *confirma una orientación política de la institución,* avala un comentario, es ornato congruente, pero no puede ser piedra basilar. La doctrina extranjera, contemplada en abstracto, sin relación con las normas positivas concretas, de las que es síntesis lógica, se reduce a la función de servir más a la política que a la ciencia del Derecho social del Trabajo. Se puede afirmar que la comparación externa (o de Derecho comparado en su sentido clásico) y la comparación interna (entre las instituciones de un Derecho nacional en general, o de un Derecho concreto, tal el Derecho del trabajo o el Derecho administrativo, o el Derecho procesal, etcétera) revelan la *comunicabilidad* del Derecho positivo, pero a la vez habrá que tener muy presente que dicha comunicación comporta, precisamente, la existencia de órdenes jurídicos diversos, con principios y técnicas propias o en distinto grado de realización. No se puede llevar a cabo un traslado mecánico de los conceptos o categorías jurídicas obtenidas en base al estudio de las normas de uno u otro ordenamiento jurídico[50].

Para Efrén Borrajo el Derecho social del Trabajo es un Derecho necesariamente dinámico que ha de responder a los problemas de un tiempo presente en situación siempre cambiante. Ahora bien, él considera que existe –con sus pros y contras– un principio de conservación/continuidad del Derecho positivo en clave jurídico normativa e institucional, que se ha mostrado prácticamente inevitable. En efectivo, El Derecho en general y, más aún, su sistema de normas, es conservador en el sentido de que tiende a perdurar. Hay al modo de una ley de conservación de la materia jurídica, de fácil enunciado: *norma que se crea, una vez creada, se modifica o se transforma pero no se destruye"*[51].

II.3. Del sistema de Seguridad Social al sistema de protección social pública

Efrén Borrajo es, sin la menor duda, uno de los clásicos de la Seguridad Social, sólo ya con un libro sencillamente fundamental quedaría avalada esta calificación, a saber: *Estudios jurídicos de previsión social,* donde se construye una elaborada teoría sobre la previsión social[52]. Es esta obra Borrajo apunta –con apoyo en Pérez Botija, uno de sus maestros– a la configuración del seguros social ("Seguros sociales unificados") como un servicio público[53]. Entiende Borrajo que la libertad y la seguridad no son valores contrapuestos, pues la libertad descansa en la seguridad, y forma con ella un todo unitario. En este sentido, en un determinado momento histórico, "la seguridad económica, ante el fallo de la sociedad individualista para resolver este problema vital espontáneamente, tuvo que ser *garantizada políticamente"* y las garantías contra la inseguridad económica constituyen, precisamente, la política de seguridad social. Considera que la política de Seguridad Social es una parte o manifestación de la política social, que se caracteriza" por un conjunto de rasgos típicos: En primer lugar, tiene como fina la liberación del hombre de la miseria; en segundo lugar, hay que considerar que si la finalidad de la seguridad social es la liberación de la miseria, la política persigue este fin general a través de una serie de medidas dirigidas contra las distintas causas de miseria, es decir, contra los

[50] Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, pp. XXIX-XXXII.

[51] Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva,* edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2022, pp. 159-181, en particular p. 162.

[52] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963.

[53] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963, p. 22. La referencia, Pérez Botija, E.: *La Seguridad Social como servicio público,* Madrid, INP, 1954.

riesgos de inseguridad económica o riesgos sociales (accidentes de trabajo; enfermedad profesional; enfermedad común; invalidez; vejez; supervivencia; paro forzoso). En realidad, el examen de los diversos riesgos sociales permite establecer la conclusión de que todos ellos llevan a un mismo resultado final, a saber: la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia del trabajador[54].

Piensa Borrajo que el seguro social es una combinación de la mutualidad (de donde toma el principio de solidaridad), del seguro mercantil y de la asistencia social. El seguro social desde su mismo nacimiento ha tenido una vocación expansiva, extendiendo su campo de aplicación a grupos distintos de los obreros, de manera que orientó su protección hacia la totalidad de la población o, al menos, hacia la totalidad de los trabajadores profesionales, sean obreros o nos. De otra parte, el seguro social tiende a cubrir a sus asegurados contra todos los riesgos sociales: el obrero tiene como riesgo típico el accidente de trabajo o la enfermedad, la vejez, el parado, etc., producen la misma consecuencia, amenazan con la miseria al trabajador y a su familia. La protección tiene que ser, lógicamente, una protección también total, contra todo riesgo. Aparentemente, pues, el seguro social tiende a ser un *seguro total obligatorio.* La tendencia en España es garantizar a garantizar el derecho de todos los españoles a la Seguridad y Asistencia Social. En relación a ello "el régimen español de Seguridad Social está en vías de una radical transformación, de modo que se organice sistemáticamente, de acuerdo con un *Plan nacional*, para que sus realizaciones práctica estén de acuerdo con el alto espíritu de justicia social y de hermandad entre todos los hombres y entre todas las tierras de España"[55]. La idea de planificación ha presidido la intrahistoria del desarrollo y *construcción* de la Seguridad Social a nivel internacional y nacional. Un proceso de construcción en el que tuvo un papel, no menor, el propio Efrén Borrajo[56].

Respecto a las bases de la Seguridad Social en la Constitución Española, señala Borrajo que "la Constitución española de 1978 emplea con frecuencia la expresión "Seguridad Social", tal y como puede verse en sus artículos 25.2, 41 y 149.1.17; sin embargo, es ya un tópico doctrinal que tal expresión recoge un *concepto abierto susceptible de un desarrollo múltiple*, de modo que el legislador dispone de una amplia facultad de acción y podrá optar en términos muy amplios en el momento de la decisión política. Tal libertad de acción arranca, en primer lugar, de la propia naturaleza del derecho de la Seguridad Social desde el momento en que la mención más directa al tema está en el citado art. 41, que se sitúa dentro "De los principios rectores de la política social y económica" (CE, Título I, cap. III). Por tanto, resulta de plena aplicación el débil régimen de garantías que la propia Constitución fija en su art. 53.3, con la regla específica de que tal derecho "… sólo podrá(n) ser alegado(s) ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las reglas que lo desarrolle(n)". Es un derecho que se acerca peligrosamente a la naturaleza de los reconocidos en una norma programática al viejo estilo, de modo que sólo es ejercitable desde el momento y en los términos en que se establezca por

[54] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, p. 59.

[55] Borrajo Dacruz, E.: *Política social*, Madrid, Doncel, 3ª ed., 1963, pp. 63-65.

[56] Véase Blanco Rodríguez, J.E.: *Planificación de la Seguridad Social Española,* Barcelona, Ediciones Marte, 1964, espec., pp. 21 y ss., donde aparecen en este proceso, Jordana de Pozas, Eugenio Pérez Botija, Efrén Borrajo Dacruz, Pérez Leñero, Carlos del Peso y Calvo, Manuel Alonso Olea, Luis Enrique de la Villa, Carlos Martí Bufill, Juan Eugenio Blanco Rodríguez, Mariano Ucelay Repollés, etcétera. Más ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, pp. 21 y ss., 175 y ss., y 295 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un Sistema de Seguridad Social en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (19), (2019), pp. 277–290. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/361. Del propio Beveridge, S.W.: *La bases de la Seguridad Social* (1943)*,* trad. T. Ortiz, México, FCE, 2ª ed., 1946, espec., pp. 65 y ss., 120 y ss., y 167 y ss. (sobre el "Plan para la seguridad social"; "Las bases de la seguridad social" y "Seguridad social y política social"); BEVERIDGE, S.W.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge* (1942), trad. C. López Alonso, 1989, espec., pp. 203 y ss. (sobre el plan de seguridad social) y 259 y ss. ("planificando" la seguridad social en el marco de la política social). Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (4), (2015), pp. 279-305. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62.

una Ley ordinaria"[57]. Estaríamos, así –se podría añadir– ante un concepto de *textura abierta*[58], que evoluciona conforme a la dinámica del tiempo histórico y las cambiantes decisiones de política del Derecho social, sin perjuicio del núcleo irreductible que permite identificar el derecho constitucional la Seguridad Social. Cuestión distinta es si la *débil* garantía constitucional de la Seguridad Social en el texto constitucional es la más apropiada para el mantenimiento efectivo de un régimen público de Seguridad Social que garantice a todos los ciudadanos su derecho a la protección suficiente ante situaciones de necesidad, en la línea que se impone deducir, paradigmáticamente, del art. 12 de la Carta Social Europea Revisada de 1996[59]; atendiendo al bloque normativo finalista formado por los artículos 93 a 96 de la Constitución en conexión necesaria con el canon hermenéutico establecido categóricamente ex art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental[60].

Una segunda causa de la enorme flexibilidad de que goza el legislador para configurar el régimen jurídico y económico de la Seguridad Social está –según Borrajo– en la propia Constitución al establecer ésta una dispersión entre las materias clásica de la concepción unitaria de la Seguridad Social y tratar por separado la Seguridad Social propiamente dicha en su art. 41; la protección de la salud y de los servicios preventivos y de las prestaciones correspondientes en su artículo 43; las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos en su art. 49; la protección social y los correspondientes servicios y prestaciones de los ciudadanos de la tercera edad en su art. 50; la protección social y económica de la familia en su art. 39; y así sucesivamente[61].

En tercer lugar, esta dispersión se corresponde con la dispersión o proliferación institucional con que se presenta el complejo sistema español de Seguridad Social existente en el momento de entrar en vigor la tan citada Constitución de 1978. El llamado sistema de Seguridad Social convivía, mal que bien, con una pluralidad de medidas beneficiarios públicas, asistencia social pública y otras medidas de protección social pública a cargo del Estado, de las Diputaciones provinciales, de los Ayuntamientos, en un entrecruzado tejido político-administrativo que se complicará con la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas. Los artículos 148.20 y 21, y 149.1.16 y 17 reforzarán esta tendencia descentralizadora y colocarían las bases para que se emancipe un tercer sistema institucional: el sistema sanitario. En definitiva, tanto el sistema laboral como el sistema administrativo de la Seguridad Social presentan un marcado pluralismo institucional y amplitud en el margen de desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales[62].

El gran problema para Efrén Borrajo es que existe una indefinición constitucional, pues en este marco institucional, donde la unidad formal queda negada por la realidad organizativa y

[57] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 11-53, en particular p. 13.

[58] En el sentido dado a esta expresión por Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho (1961),* trad. G. Carrio, México D.F., Editora Nacional, 2ª ed., 1980, espec., pp. 155 y ss.

[59] Versión originaria de 1961: Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (BOE, núm. 153, 26 junio 1980). Versión revisada de 1996. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE, núm. 139, de 11 de junio de 2021). Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE, núm. 263, de 2 de noviembre de 2022).

[60] Me permito remitir a Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la seguridad social", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (DIRS), Granada, Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum (Colección Temas Puntuales), 2022; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de la Seguridad social (artículo 12 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (DIRS): *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.

[61] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 14 y ss.

[62] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 14 y 16.

funcional, "*se comprende que el precepto constitucional contenido en el art. 41 carezca de fuerza configuradora"*. Las normas legales dictadas desde 1979 más bien contradicen su contenido. Este desarrollo legislativo confirmaría que se están cumpliendo las previsiones de un sector de la doctrina sobre la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social (incluidas las del propio Efrén Borrajo, José Vida Soria, Luis Enrique de la Villa y Aurelio Desdentado Bonete), de modo que se apuntan con firmeza los modelos normativos siguientes: a) En primer lugar, la asistencia sanitaria se independiza; b) En segundo lugar, los servicios sociales se radican en las Comunidades Autónomas; éstas aprovechan al máximo sus competencias exclusivas en materia de "asistencia social"; c) En tercer lugar, y con el fin de salvar esta dispersión tanto institucional como conceptual, cobra cada vez mayor fuerza el propósito de construir un Sistema de Protección Social Pública. Es así, en resumen, que aparece un nuevo concepto integrado, cual es el sistema de protección social pública en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducida a prestaciones económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con asistencia social pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo), con los servicios sociales (nacionales y territoriales y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de salud". En este cuadro doctrinal –y en parte normativo– "el sistema de protección social pública tendría a su favor las reglas contenidas en los artículos 41, 43, 50, 148, 149 y concordantes de la Constitución. En el nuevo esquema integrador, la Seguridad Social contemplada en el art. 41 de la CE es una pieza más. El legislador goza de libertad al respecto tanto para mantener las líneas tradicionales de un sistema de Seguridad Social como para refundir las instituciones heredadas en este nuevo modelo de organización y de acción social. Considera que "*las bases político-jurídicas del sistema de protección social están, es claro, en la Constitución de 1978. Sus posibles límites, más que jurídicos, serán los que imponga la realidad sobre la que opere"*. Así, el dato económico y la capacidad de asunción de la novedad que pueda presentar la sociedad española en cuanto tal señalarán cuál es, de las posibilidades constitucionales existes, *la viable.* También habrá que contar con la mentalidad, intereses y capacidad de obstrucción de los grupos burocráticos afectados". Con todo, afirma que la Constitución permite distintas lecturas de sus preceptos, y sobre ellas reobran el político imaginativo y el funcionario estabilizado. Hay un componente de razonabilidad y otro de viabilidad, y en su determinación, la historia, la sociología, los intereses creados, los derechos reconocidos o en curso de adquisición, los estereotipos culturales; en suma, los complejos institucionales tienen la palabra final en cada circunstancia político-económica-jurídica[63].

Hace notar Efrén Borrajo que no existe propiamente un modelo constitucional de Seguridad Social. Entiende que el art. 41 de la Constitución, desde el 27 de diciembre de 1978, es un precepto abierto y sienta las bases para una organización dualista de un modelo de protección social: por un lado, el Sistema público de Seguridad Social, que será básico y obligatorio, a cargo de los "poderes públicos", y por otro lado, el Sistema de acción o de previsión social privado, que será complementario del público, y de carácter voluntario, a resultas de actos de la autonomía privada, y que estará a cargo de dichos particulares. Por otra parte, hay otros preceptos constitucionales que completan el cuadro: art. 43, sobre protección social de la salud; 50, sobre protección de la vejez, etc. Y hay, sobre todo, los preceptos que dan fundamento a la articulación a la articulación (o desarticulación) territorial o autonómica de la Seguridad Social. Estos últimos son los que generan, hoy día mayor tensión política; en cambio, el que deberá exigir mayor atención será, seguramente, el de la protección de la "Cuarta Edad", de los mayores de 80 años"[64].

[63] Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 19-22.

[64] Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316, en particular p. 306.

Uno de los puntos de atención críticos que había destacado reiteradamente Efrén Borrajo ha sido el relativo a las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas[65]. En uno de sus trabajos más importante de su última etapa califica el estado de situación de manera contundente al hacer referencia al "Asalto Autonómico". Estima Borrajo que "*la Constitución creó un Estado Único pero Compuesto y con sus silencios y ambigüedades (por ejemplo, art. 150.2; o Disposición Adicional 1ª) apuntó un cierto modelo federalista.* De ahí que se vea ahora como, sin cambiar el tenor literal del texto constitucional, mediante la aprobación, según procedimientos formales, de sendas Leyes Orgánicas se está produciendo una revisión constitucional material o de fondo, al modo de una "mutación genética estructural". La letra permanece, pero de entre los múltiples espíritus que en ella estaban latentes, emerge el que conviene a las fuerzas políticas que dominan las coaliciones; en este caso, las autonomías radicales. Sobre este telón de fondo, para la Seguridad Social son muy importantes los artículos que la Constitución dedica directamente al tema con ese nombre y a otros temas que, pese a sus específicas denominaciones, son conexos con la Seguridad Social: 41, 43, 49 y 50 ya citados y que se integrarían en esa parte de fines y objetivos. Pero son aún más importantes, si cabe, los artículos a integrar en la parte pragmática, del juego del poder, cuales son los que fijan las competencias de las Comunidades Autónomas en distintas materias; entre otros: -art. 148.1.20: asistencia social (que una interpretación estrictamente técnico-jurídico no podría abarcar los Servicios Sociales como técnica específica de protección social pública, pero que sería asumida en virtud de lo previsto en el art. 149.3 de la Constitución); -148.1.21. Sanidad e Higiene; -149.1.16: Sanidad y productos farmacéuticos; y -149.1.17ª sobre Seguridad Social" (el Estado dispone de competencia exclusiva en los dos ámbitos de "legislación básica" y "régimen económico"; y deja abierta una posible legislación "no básica")[66].

Hay que señalar al respecto, que "la Constitución fue incapaz de ser unívoca en su lenguaje". Al hacer referencia a la Seguridad Social (art. 41) es moderna y apunta al futuro. Pero al articular competencias respeta el pasado, el orden vital y habla de materias concretas a las que da los viejos nombres. El art. 149.1.17 es el que centra la distribución de competencias en materia de Seguridad Social. Suele decirse que es un precepto complejo, de difícil intelección. No necesariamente. Entiende que el reparto efectivo inicial respetó, en buena medida, el esquema constitucional, si bien ya aparecieron las tensiones entre el centro estatal y la periferia nacionalista en la redacción (ambiciosa) y en la aprobación (moderada o, al menos ambigua) de los Estatutos de Autonomía. El Capítulo más tenso fue el relativo a la Asistencia Social. Este maleable campo de la Acción Social quedó abierto en la Constitución a la descentralización territorial en el marco del Estado autonómico. De ahí que pudiera aventurar, desde 1979, que en un futuro previsible podría pasar, prácticamente íntegro, a las Comunidades autónomas. La configuración legal de ciertas medida de protección social como "Prestaciones no contributivas que se declaraban, al fin y al cabo, como prestaciones propias de la Seguridad Social, fue un hábil expediente para resistir el impulso territorial, pero están sometidas a fortísima presión en sentido contrario. Al final, se impuso la salomónica división de la Asistencia Social en "interna", dentro del Sistema estatal de la Seguridad Social, y "externa", que al cubrirse con recursos económicos, podía pasara a este orden competencial, tal y como ha decidido la STC 239/2002, de 11 de diciembre, de la que valor los votos particulares[67].

---

[65] Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española*, Núm. 12/13 (1982), pp. 187-196, con un criterio que se mantendría en otras publicaciones y reflexiones sobre esta problemática. Asimismo, Borrajo Dacruz, E., "Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria", *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1980, pp. 453-472.

[66] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinadores): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 45-62, en particular p. 53.

[67] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coords): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas*

Ahora bien, a pesar de todo, el "principio de Caja Única" se mantuvo como correlato del principio de solidaridad social, y presupuesto esencial del principio de igualdad entre todos los españoles. Y con el principio político se respetó, también su proyección administrativa: la Tesorería General de la Seguridad Social. En definitiva, en el Sistema de Seguridad Social se suman los ingresos por cuotas y los provenientes de los Presupuestos Generales del Estado. La Tesorería General es única y tiene competencias de gestión de tan amplio volumen de recursos económicos. "Pero las Comunidades Autónomas más radicales llaman a la puerta de tal "*santa santorum"*. Se percibían los intentos de los Estatutos autonómicos de acrecentar sus pretensiones sobre cogestión, cuando no de pura y dura transferencia, de las competencias sobre reconocimiento de derechos del INSS y de la Tesorería. Efrén Borrajo había advertido de esta tendencia descentralizadora que también acabaría afectando al "principio de Caja Única", de manera más o menos explícita[68].

Ciertamente, el principio constitucional de solidaridad (artículos 2, 9.2 y 41 y siguientes de la Constitución) conduce, entre otras cosas, a la obligación estatal de establecer un Derecho Social de la redistribución. Es un principio inherente a la forma política del Estado Social de Derecho y una de sus instrumentos fundamentales es precisamente la Seguridad Social como sistema integrado de y eficaz de garantía del principio de solidaridad y con ello la concepción de los derechos sociales de la ciudadanía como típico derechos "desmercantilización" de los modos de satisfacción de las necesidad humanas hasta un determinado nivel de suficiencia y adecuación prestacional. El principio de solidaridad se combina a vez, materializándolo, con el principio de igualdad sustancial como dos aspectos inherentes a la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1.1 de la Constitución)[69].

Interrogándose sobre el presente y el futuro del Sistema de Seguridad Social señalaba que a partir de los datos normativos del Sistema, había que tener en cuenta un conjunto de factores concurrentes que ya operaron durante las primeras etapas históricas de la Seguridad Social y que siguen siendo operativos, ya sea como factores activos, ya sea como factores latentes o amortiguados; frenos y contrafrenos sobre la acción de trámite del presente hacia el futuro. Entre ellos distinguía –con lúcida anticipación– de lo que habría de venir después:

1º. Factores de desarrollo lógico-abstracto frente a la realidad institucional: la tendencia unitaria y homogeneizadora; la resistencia al cambio y la tendencia a la diversidad (junto a la anterior tendencia también sigue operando el ancla tradicional que invoca el principio de subsidiariedad; es decir, que postula que se mantenga en las "unidades sociales menores" (Comunidad Autónoma, profesión, cuando no "aldea") la acción protectora de la Seguridad Social. De ahí que el buscado modelo unitario, o el dual simplificado, no parece que vayan a conseguirse fácilmente).

2º. La desagregación institucional de la acción protectora, subrayando que la propia Constitución jurídica, dentro y fuera de su art. 41, ofrece otras bases de organización del propio Sistema Público de la Seguridad Social. En efecto: en la Constitución hay dos artículos que ofrecen base jurídica para que se establezcan otros Cuadros Institucionales de la Protección Social, a saber: el Sistema Público de Sanidad (art. 43); el Sistema Público de Pensiones (art. 50); y el Sistema Público de Servicios Sociales (artículos 49 y 50). Es decir, la Constitución no determina fatalmente el ámbito objetivo de la Seguridad Social, su acción protectora. El legislador tiene la última palabra: hay un gran campo abierto a la decisión política, a las razones de oportunidad y conveniencia.

pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Granada, Comares, 2008, pp. 45-62, en particular pp. 54-60, en particular p. 55.

[68] Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", cit., pp. 55-60.

[69] Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 201, y Capítulo III, pp. 251 y ss., en particular p. 252, y con referencia al "modelo de protección social", pp. 260-263; Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, pp. 161 y ss.

3º. El Factor Autonómico frente al facto estatal. Al respecto, cabe decir que la Constitución de 1978 ha sentado las bases de un Estado Único pero no Centralista. En la España de hoy hay 17 Comunidades Autónomas, cada una de ellas sometida a la unidad política que declara la Constitución; y cada una de ellas recogiendo el eco de un antiguo Reino de Taifas. La Constitución crea un Estado Único pero compuesto y, con sus silencios y ambigüedades (por ejemplo, art. 150.2; Disp. Adic.1ª) apunta un cierto modelo federalista, de modo que, sin cambiar la redacción del texto constitucional podría producirse una revisión constitucional material o de fondo, al modo de una mutación genética estructural. También subraya el "principio de Caja Única" (en garantía del principio de Caja Única existe desde 1978, y se consolida, el organismo gestor más importante de todos los que operan en este campo: la Tesorería General de la Seguridad Social).

4º. El Factor Socio-Económico frente al factor cultural. El factor socio-económico recoge muchas circunstancias de hecho que afectan a la Seguridad Social Pública. Bastaría recordar tres siguientes: el peso de la población activa no ocupada; la evolución demográfica; y la rotación laboral. Borrajo llamó ya la atención la excesiva precariedad y rotación laborales

5º. En cuanto a la configuración futura de la Seguridad Social en respuesta a tales factores determinantes, toma en consideración la tensión entre la Seguridad Social pública y la previsión privada, por un lado, y por otro, la financiación con cuotas frente a la financiación a cargo del Estado. Toma en consideración las recomendaciones de los Pactos de Toledo. Constata, al tiempo, que la respuesta de los órganos político-estatales y de los firmantes de los pactos que han surgido del Diálogo Social desde 1995 e, en línea de tendencia, la siguiente: 1) El Estado cubrirá totalmente vía impuesto las prestaciones no contributivas; b) Las prestaciones contributivas se financiarán con cargo a cuotas; la cuota patronal y la aportación obrera o laboral. Pasar de cuotas a impuestos, y viceversa, es una decisión de gran calado político. El cambio en la financiación es, en verdad, un problema de Estado. Es un gravísimo problema. Exige, entre otras cosas, un *cambio de cultura histórica.* Hay que recordar –apunta– que en la razón de histórica de la Seguridad Social está la aportación del Estado, y que ya en España, desde 1970, se apuntaba el objetivo de alcanzar una cobertura vía impuestos de 33 por 100 en el Sistema, de un 69 por 100 como mínimo en la prestación social por desempleo; y de un 100 por 100 en la protección familiar. Hace notar que en la razón de ser de la Seguridad Social está el principio de solidaridad nacional, y no sólo el de solidaridad entre los directamente interesados. Concluye indicando que es posible y conveniente sostener que la separación y asignación de las fuentes de financiación del Pacto de Toledo, de la Ley 24/1997 y de otros compromisos políticos posteriores, puede y debe ser revisada. La aportación estatal ha de ser un recurso estable y creciente para la Seguridad Social. La asignación presupuestaria actual no es inamovible. Los recursos son reorientables. Para mejorar la aportación económica pública a la Seguridad Social no hay que aumentar, sin más, la presión social; no es un problema de volumen o de cantidad; es un problema de prioridades en la asignación de tales recursos públicos. El lector podrá observar la agudeza de Efrén Borrajo sobre lo que vendría después y aun lo que está por venir en el futuro de la Seguridad Social[70].

III. BIBLIOGRAFÍA DE EFRÉN BORRAJO DACRUZ (NO EXHAUSTIVA)

Borrajo Dacruz, E.: "La imputación del pago (estudio histórico-crítico)", en *Revista de Derecho Notarial,* abril-junio (1955).

Borrajo Dacruz, E.: *Sindicalismo obrero en Francia,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Balmes de Sociología, 1956.

[70] Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316, en particular, pp. 306-316.

Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al derecho del trabajo: concepto e historia del derecho del trabajo, la empresa, el sindicato, la administración laboral nacional e internacional, las fuentes del derecho del trabajo, la aplicación del derecho del trabajo,* Madrid, Tecnos, 2014 (23 edición; antes de la aprobación de la Constitución de 1978, varias ediciones, la última de entre ellas fue la 3ª edición de 1971).

Borrajo Dacruz, E.: *Altos cargos: régimen legal, directores de Cajas de Ahorro, criterios jurisprudenciales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1984.

Borrajo Dacruz, E.: *Las cuotas sindicales y su recaudación por la empresa,* Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981.

Borrajo Dacruz, E., y López Monis De Cabo, C.: *La protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social,* Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1978.

Borrajo Dacruz, E.: *Política y Derecho del Trabajo,* Madrid, Doncel, 1976.

Borrajo Dacruz, E.: *Política social* (1959), 15ª ed.*,* Madrid, Doncel, 1975.

Borrajo Dacruz, E.: *Derecho del Trabajo,* Formación del Espíritu Nacional, del plan de estudios de secundaria, Madrid, Doncel, 1973.

Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social,* Madrid, Aguilar, 1963.

Borrajo Dacruz, E.: *Universidades laborales: balance y perspectiva 1969-1975,* Dirección General de Promoción Social, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1974.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en *Revista de Política Social*, 1978, nº (120), pp. 47 a 70.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo", en *Revista de Sociología,* números 46 y 47.

Borrajo Dacruz, E.: «Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 57 (1960), pp. 4-24.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", Prólogo al libro Santoro Passarelli, F.: *Nociones de Derecho del Trabajo,* trad. F. Suárez González, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963.

Borrajo Dacruz, E.: "La integración de las situaciones de invalidez en la Ley de Bases de Seguridad Social y su aplicación en el Derecho comparado", en *Revista de Política Social,* núm. 61 (1964), pp. 163-196.

Borrajo Dacruz, E.: "Génesis y desarrollo del Derecho social del Trabajo", en *Boletín del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos,* núm. 1 (1976).

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores", *Revista de estudios sociales*, nº1 (1979).

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990-I), pp. 19-22.

Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316.

Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de Economía Española*, Núm. 12/13 (1982), pp. 187-196, con un criterio que se mantendría en otras publicaciones y reflexiones sobre esta problemática.

Borrajo Dacruz, E.: "De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", en *Economía y sociología del trabajo,* núm. 3 (1989), pp. 12-36.

Borrajo Dacruz, E., "Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria", *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1980, pp. 453-472.

Borrajo Dacruz, E.: "Fundamentos de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en *Cien Años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000, pp. 81-89.

Borrajo Dacruz, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coords): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 45-62.

Borrajo Dacruz, E.: "Accidentes de Trabajo y Extranjería", en *Accidentes de Trabajo y Mutuas,* Efrén Borrajo Dacruz (Dir.), Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2008, pp. 27-77.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho al trabajo en la sociedad española de siglo XXI", en *Actualidad Laboral,* núm. 19 (2007), pp. 2268-2289.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal de Justicia de Murcia, Sala de 8 de enero de 2007", en *Actualidad Laboral,* núm. 13 (2007), pp. 1558-1563.

Borrajo Dacruz, E.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social de 8 de enero de 2007", en *Actualidad Laboral,* núm. 13 (2007), pp. 1558-1563.

Borrajo Dacruz, E.: "El accidente de trabajo «in itinere»: ampliaciones judiciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 5 (2007), pp. 537-539.

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica: vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2005), pp. 1864-1890.

Borrajo Dacruz, E.: "Interpretación y desarrollo de un convenio colectivo: diferencias de naturaleza", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2005), pp. 183-187.

Borrajo Dacruz, E.: "El Estatuto delos Trabajadores: XXV aniversario", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2005), pp. 508-516.

Borrajo Dacruz, E.: "Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (2004), pp. 267-286.

Borrajo Dacruz, E.: "El principio de paridad salarial: alcance y excepciones, en especial por razón de fecha de ingreso en la empresa", en *Anales de derecho: Colección Huarte de San Juan,* núm. 5 (2004), pp. 95-108.

Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y liberta de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4 (2004), pp. 325-364.

Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de Negociación Colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva,* edición preparada por Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, CCNCC, 2000, pp. 159-181.

Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, Nº 1, 2000, pp. 131-151.

Borrajo Dacruz, E.: "Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2003), pp. 387-416.

Borrajo Dacruz, E.: "Los salarios de tramitación: mito y realidad", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 197-225.

Borrajo Dacruz, E.: "El «Decretazo»: constitucionalidad de la supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 613-622.

Borrajo Dacruz, E.: "Periodistas, cláusulas de conciencia y resolución de contrato", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2003), pp. 639-645.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos de trabajo entre ley y la jurisprudencia (1)", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2002), pp. 589-605.

Borrajo Dacruz, E.: "El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902", en *Actualidad Laboral,* núm. 9 (2002), pp. 165-188.

Borrajo Dacruz, E.: "Reforma laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (2001), pp. 659-680.

Borrajo Dacruz, E.: "Convenios colectivos de trabajo: de los contenidos tradicionales a las nuevas materias", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2001), pp. 85-102.

Borrajo Dacruz, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (2000), pp. 131-151.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos del trabajo en el XX Aniversario de la Constitución: puntos críticos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 24 (1999) (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), pp. 9-24

Borrajo Dacruz, E.: "Incidencia de una ley de presupuestos en una ley anterior: posición del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (2001), pp. 385-396.

Borrajo Dacruz, E.: "La relación laboral especial de alta dirección", en *iuris: Actualidad y práctica del derecho,* núm. 35 (2000), pp. 50-60.

Borrajo Dacruz, E.: "El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1999), pp. 7-25.

Borrajo Dacruz, E.: "Incentivos a la contratación indefinida, a tiempo completo y a tiempo parcial: cuadro-resumen de los programas de 1998 y 1999", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1999), pp. 215-218.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico de la jubilación anticipada en la titularidad de las explotaciones agrarias: CEE y España", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1998), pp. 751-769. (Publicado también en la *Revista de derecho agrario y alimentario,* núm. 14 (1998), pp. 7-13).

Borrajo Dacruz, E.: "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencia", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1998), pp. 373-406.

Borrajo Dacruz, E.: "Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1997), pp. 957-975.

Borrajo Dacruz, E.: "Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1997), pp. 625-656.

Borrajo Dacruz, E.: "Bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social y nuevas contrataciones laborales: cuadro-resumen", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1997), pp. 777-779.

Borrajo Dacruz, E.: "Selección de las normas aplicables para determinar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas que trabajan en régimen de coordinación de actividades", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1997), pp. 157-163.

Borrajo Dacruz, E.: "¿La ignorancia de la Ley Laboral excusa de su cumplimiento?", en *Actualidad laboral,* núm. 3 (1996), pp. 577-583.

Borrajo Dacruz, E.: "La no discriminación salarial por razón de sexo y la lucha por el derecho", en *Actualidad laboral,* núm. 3 (1996), pp. 813-818.

Borrajo Dacruz, E.: "¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1994), pp. 543-549.

Borrajo Dacruz, E.: "Libertad de opción y responsabilidad del estado-legislador frente a las Directivas comunitarias europeas: La experiencia del FOGASA", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1994), pp. 567-578.

Borrajo Dacruz, E.: "Doctrina constitucional en materia laboral (enero-junio 1993)", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1994), pp. 197-207.

Borrajo Dacruz, E.: "La paga de participación en beneficios en la banca privada: puntos críticos", en *Actualidad laboral,* núm.3 (1993), pp. 757-772.

Borrajo Dacruz, E.: "Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: Balance y nuevas perspectivas", en *Actualidad laboral,* núm.1 (1993), pp. 51-56.

Borrajo Dacruz, E.: "Ejecución de sentencias: Criterios jurisprudenciales", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1993), pp. 135-144.

Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *Actualidad Laboral,* núm. 3 (1992), pp. 761-775.

Borrajo Dacruz, E.: "Nuevas manifestaciones del Derecho Vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1992), pp. 543-548.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o relación "D.O.C.E", 18 octubre 1991", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 221-225.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 89/391/CEE, 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 "D.O.C.E", 26 junio 1989", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 226-236.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal", "D.O.C.E", 29 julio 1991, *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 236-240.

Borrajo Dacruz, E.: "Directiva (CEE) 89/654/CEE, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, "D.O.C.E", 30 diciembre 1989", en *Actualidad Laboral,* núm. 1 (1992), pp. 240-253.

Borrajo Dacruz, E.: "Modelos normativos de negociación colectiva en Europa: cuadro general", en *Actualidad Laboral,* núm.3 (1991), pp. 549-561.

Borrajo Dacruz, E.: "Modulación contractual de las mejoras salariales", en *Actualidad Laboral,* núm.1 (1991), pp. 105-119.

Borrajo Dacruz, E.: «Mejoras salariales voluntarias y cesta de Navidad», en *Actualidad laboral,* núm. 19 (1994).

Borrajo Dacruz, E.: "Agentes de comercio laborales y mercantiles", en *Actualidad Laboral,* núm.1 (1991), pp. 165-173.

Borrajo Dacruz, E.: "Notas sobre el régimen jurídico de la denuncia de un Convenio Colectivo por una asociación empresarial no firmante del Convenio denunciado", en *Documentación Laboral,* núm. 35 (1991), pp. 11-30.

Borrajo Dacruz, E.: "Los representantes sindicales no están obligados a cumplir las órdenes ilegales del sindicato", en *Actualidad Laboral,* núm.9 (1990), pp. 587-592.

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", en *Documentación Laboral,* núm. 30 (1990), pp. 11-54.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho de información de los trabajadores en materia de contratación y de condiciones laborales en el ETT", en *Revista de Trabajo,* núm. 100 (1990), pp. 405-422.

Borrajo Dacruz, E.: "De la previsión social a la protección social: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", en *Economía y sociología del trabajo,* núm. 3 (1989), pp. 12-36.

Borrajo Dacruz, E.: "Repertorio sistemático, según la constitución, de las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia laboral y de Seguridad Social (enero 1986-junio1988)", en colaboración con C. Navarro Gallel, *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1988), pp. 1769-1800.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico aplicable al personal eclesiástico que presta servicios docentes en un centro privado dependiente de la entidad a la que pertenece", en *Estudios eclesiásticos. Revista de investigaciones e información teológica y canónica,* Vol. 63, núm. 246 (1988), pp. 327-350.

Borrajo Dacruz, E.: "Delegados sindicales: ¿De la empresa o en el centro de trabajo?", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp. 1849-1863.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo: 1984-1987", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1987), pp. 2289-2290.

Borrajo Dacruz, E.: "Criterios judiciales sobre la revisión de los complementos, a cargo de la empresa, del subsidio de ILT", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1986), pp. 2050-2067.

Borrajo Dacruz, E.: "De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: El Acta Única y la Europa Social", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1986), pp. 1001-1012.

Borrajo Dacruz, E.: "Indisponibilidad de derechos pactados y condición más beneficiosa", en *Actualidad Laboral,* núm. 53 (1985).

Borrajo Dacruz, E.: "La Ley Orgánica de Libertad Sindical en la interpretación del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2137-2145.

Borrajo Dacruz, E.: "Canon sindical y LOLS", en *Actualidad laboral,* núm. 2 (1985), pp. 2426-2430.

Borrajo Dacruz, E.: "Eficacia jurídica del AES", en *Actualidad Laboral,* num. 1 (1985), pp. 721-732.

Borrajo Dacruz, E.: "El personal de alta dirección en la empresa", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 22 (1985), pp. 157-180.

Borrajo Dacruz, E.: "La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables: El Informe Beveridge en 1985", en *Documentación Laboral,* núm. 15 (1985), pp. 7-42.

Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Nº. Extra 1 (1985) (Ejemplar dedicado a: Seminario sobre El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical), pp. 143-160.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del Trabajo", en *Actualidad laboral,* núm. 1 (1984), pp. 1-8.

Borrajo Dacruz, E.: "Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo", en *Documentación Laboral,* núm. 10 (1983), pp. 7-32.

Borrajo Dacruz, E.: "La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo", en *Documentación Laboral,* núm. 7 (1983), pp. 31-50.

Borrajo Dacruz, E.: "Sindicatos y colegios profesionales: notas para un estudio", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 22 (1982) (Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado), pp. 71-100.

Borrajo Dacruz, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", en *Papeles de economía española,* núm. 12-13 (1982), pp. 187-196.

Borrajo Dacruz, E.: "Los derechos colectivos de los médicos del sector público", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 13 (1982), pp. 7-32.

Borrajo Dacruz, E.: "Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España", en *Revista de Trabajo,* núm. 66 (1982), pp. 9-27. Borrajo Dacruz, E.: "El modelo constitucional de la seguridad social en España", en *Revista de trabajo,* núm. 65 (1982), pp. 25-42.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista española de derecho constitucional*, núm.2 (1981), pp. 131-158

Borrajo Dacruz, E.: "Conservación de la relación de trabajo cuando el trabajador también ocupa un puesto de alta dirección en la Empresa", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 1 (1980), pp. 7-14.

Borrajo Dacruz, E.: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 8 (1980), pp. 7-56.

Borrajo Dacruz, E.: "Organización administrativa del Régimen General de la Seguridad Social en Francia: estudio especial de la participación de los interesados", en *Revista de Seguridad Social,* núm. 4 (1979), pp. 75-106.

Borrajo Dacruz, E.: "La imprescriptibilidad del derecho a las pensiones: del Código Civil al nuevo Derecho de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, nº. 2 (1979), pp. 7-27.

Borrajo Dacruz, E.: "Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España", en *Revista de Trabajo,* números 41-42 (1973).

Borrajo Dacruz, E.: "Bases para una configuración comunitaria de la empresa en España", en *Revista de Trabajo,* núm. 26 (1969), pp. 9-45.

Borrajo Dacruz, E.: "El contenido de la relación jurídica de seguro social", Revista de derecho mercantil, números 76 y 77 (1960), pp. 301-342 y 57-116, respectivamente.

Borrajo Dacruz, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo", en *Cuadernos de política social,* núm. 33 (1957), pp. 7-26.

Borrajo Dacruz, E.: "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del Trabajo (Derecho especial y Derecho nuevo)", en *Revista de Derecho mercantil,* núm. 66 (1957).

Borrajo Dacruz, E.: "Los auxiliares del comerciante en Derecho español", en *Revista de derecho mercantil,* núm. 63 (1957), pp. 7-46.

Borrajo Dacruz, E.: "Los auxiliares del comerciante en Derecho español (Conclusión)", en *Revista de derecho mercantil,* núm. 64 (1957), pp. 245-284.

Borrajo Dacruz, E.: "La relación laboral del penado interno en establecimientos penitenciarios: puntos críticos en su aplicación judicial", en *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno,* Tomás Sala Franco; Abdón Pedrajas Moreno (Coord.), 2012, pp. 127-142.

Monereo Pérez, J.L.: "La enseñanza del derecho del trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial", en *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos,* Luis Miguel Camps Ruíz, Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco (Coords), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 21-30.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: el caso del despido de la trabajadora embarazada", en *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales; estudio en Homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación,* Jesús García Ortega (Coord.), 2009, pp. 17-54.

Borrajo Dacruz, E.: "Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (COORDS.), Granada, Comares, 2008, pp. 45-62.

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.): *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* 2007, pp. 143-178.

Borrajo Dacruz, E.: "Los convenios colectivos extraestatutarios (base constitucional y casos significativos)", en *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco,* Pérez De Los Cobos Y Orihuel, F. y Goerlich Peset, J.M. (Coords.), 2005, pp. 621-640.

Borrajo Dacruz, E.: "Negociación colectiva y libertad de empresa", en *Libertad de empresa y relaciones laborales en España,* Francisco Pérez de los Cobos y Orihuel (Coord.), Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 347-386.

Borrajo Dacruz, E.: "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. 25 Aniversario 1978-2003,* Madrid, INSS, 2003, pp. 302-316.

Borrajo Dacruz, E.: "Presentación de escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales laborales", en *El proceso laboral: Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa,* Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 95-118.

Borrajo Dacruz, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial,* Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pp. 159-181.

Borrajo Dacruz, E.: "Derecho social y derecho legal en la España del Cid: conexiones con problemas y tendencias de la España actual del fin del siglo y de milenio", en *Puntos críticos interdisciplinares en las relaciones laborales,* Pedrajas Moreno, A. (Dir.), 2000, pp. 31-53.

Borrajo Dacruz, E.: "Estampas sociales y la jacobeas en la España del Cid", en *El arpa románica en el camino de Santiago y su entorno socio-cultural,* 1999, pp. 23-44.

Borrajo Dacruz, E.: "La reconversión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: puntos críticos", en VV.AA.: *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Pedrajas Moreno, A. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 21-41.

Borrajo Dacruz, E.: "Administraciones públicas y contratación laboral en la jurisprudencia", en VV.AA.: *Libro Homenaje a Jesús López Medel,* 1999, pp. 2233-2270.

Borrajo Dacruz, E.: "La protección social de las personas mayores: puntos críticos", en *Las actividades económicas de las personas mayores,* 1995, pp. 497-508.

Borrajo Dacruz, E.: "Extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del fufbolista profesional", en VV.AA: *Homenaje al Profesor Juan García Abellán,* Murcia, Universidad de Murcia, 1994, pp. 27-40.

Borrajo Dacruz, E.: "Sistema de protección social", en *Tendencias sociales en España (1960-1990),* Santiago del Campo (Coord.), Vol.2, 1994, pp. 165-198.

Borrajo Dacruz, E.: "Arbitrajes", en *Tendencias sociales en España (1960-1990),* Santiago del Campo (Coord.), Vol.2, 1994, pp. 347-362.

Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, 1993, pp. 563-586.

Borrajo Dacruz, E.: "La Seguridad Social en la Constitución Española", en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Vol. 2, Martínez Retortilo Baquer, S. (Coord.), Madrid, Civitas, 1991, pp. 1485-1520.

Borrajo Dacruz, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea,* Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. (Coord), 1990.

Borrajo Dacruz, E.: "Régimen jurídico aplicable al personal eclesiástico que presta servicios docentes en un centro privado dependiente de la entidad a la que pertenece", en *Constitución y acuerdos Iglesias-Estado: actas del II Simposio Hispano-Alemán,* Joseph Listl, Carlos Corral Salvador (ed.), 1988.

Borrajo Dacruz, E.: "Prescripción del salario y derecho transitorio", en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos,* 1982, pp. 911-922.

Borrajo Dacruz, E.: "La recaudación de las cuotas sindicales por la empresa en el Derecho francés", en *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980, pp. 57-68.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo,* Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2004

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Derecho vivo del trabajo y constitución: Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González,* junto con Tomás Sala Francos y Juna Manuel Ramírez Martínez, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2003.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Trabajo y libertades públicas,* Madrid, La Ley-Actualidad Wolters Kluwer, 1999.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores,* Madrid, La Ley Wolters Kluwe, 1995. Tomos I (vol.1 y vol. 2) y Tomo 2.

Borrajo Dacruz, E. (Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social,* Madrid, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2010.

IV. TRABAJOS SOBRE EFRÉN BORRAJO DACRUZ

Sosa Wagner, F. y Fuertes, M.: *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, Marcial Pons (Madrid, 2009), pp. 11 y ss.

Ramiréz Martínez, J.M. y Sala-Franco, T.: "IN MEMORIAN. Efrén Borrajo Dacruz", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 62 (2022).

Ramiréz Martínez, J.M.y Sala-Franco, T. (Coords.): *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al profesor doctor Efrén Borrajo Dacruz,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo", en *Revista del Ministerio de Trabajo E Inmigración,* núm. 88 (2010), pp. 261-301.

Laborum

Parte II: El Derecho del trabajo en la obra de Efrén Borrajo Dacruz

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Reforma laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo", *Actualidad laboral*, , nº 3, 2001, pp. 659-680.

La reforma de la negociación colectiva y su interpretación por los tribunales: problemas aplicativos y puntos críticos, una reflexión del profesor Efrén Borrajo Dacruz

The reform of collective bargaining and its interpretation by the courts: practical problems and critical points, a reflection by Professor Efrén Borrajo Dacruz

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: "La reforma de la negociación colectiva y su interpretación por los tribunales: problemas aplicativos y puntos críticos, una reflexión del profesor Efrén Borrajo Dacruz", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 51-59

Resumen

La reforma de la negociación colectiva impulsada durante los años 1994 y 1997 ha sido una de las cuestiones que más se han debatido en vía doctrinal y jurisprudencial. Muestra de ello es el trabajo que publicó, en 2001, el profesor Efrén Borrajo Dacruz en la revista Actualidad Laboral que dirigía. Con cierta maestría y estudio crítico, el profesor Borrajo Dacruz muestra el lado más amable, pero también más oscuro de las mentadas reformas, dando cuenta así de la tremenda conflictividad que en sede judicial se produce de manera, a veces, innecesaria. Una de las cuestiones que más cuestiona el profesor Borrajo Dacruz es la relativa al oportunismo de sendas modificaciones, pues con todo ello se ha producido un importante retroceso en la regulación del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave

convenio colectivo; reforma; jubilación forzosa; concurrencia de convenios y preferencia

Abstract

The collective bargaining reform pushed during the years 1994 and 1997 has been one of the most debated issues in a doctrinal and jurisprudential way. Proof of this is the work published, in 2001, by Professor Efrén Borrajo Dacruz in the magazine Actualidad Laboral that he directed. With a certain mastery and critical study, Professor Borrajo Dacruz shows the friendliest, but also darkest side of the mentioned reforms, thus accounting for the tremendous conflict that occurs in the judicial arena sometimes unnecessarily. One of the questions that Professor Borrajo Dacruz questions the most is the one related to the opportunism of the modifications, because this has resulted in a significant setback in the regulation of Title III of the Workers' Statute.

Keywords

Collective agreement; reform; forced retirement; concurrence of agreements and preference

"El Derecho es para la Vida. No la Vida para el Derecho"

Borrajo Dacruz, E

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS PREOCUPACIONES DEL PROFESOR BORRAJO DACRUZ POR LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El profesor Borrajo Dacruz (Catedrático de la Universitat de València) era un enamorado del Derecho del Trabajo y, muy especialmente, del Derecho de la Seguridad Social, tal y como se demuestra en varios de sus estudios dedicados específicamente a esta materia. Empero, el profesor Borrajo no dejaba títere con cabeza, de ahí que cultivara con ímpetu todas las materias que afectaban, en general, al Derecho y, en concreto, al Derecho Laboral. De una manera crítica, una y otra vez, se pronunciaba sobre distintas cuestiones controvertidas, sobre todo al hilo de los últimos pronunciamientos judiciales y las reformas legislativas y todo ello de la mano de la *Revista Actualidad Laboral*, que fundó y dirigió desde el año 1984 hasta el año 2014. Y es que, su mayor pasión era "el derecho vivo del trabajo", el cual reproducía –una y otra vez– en sus apasionantes diálogos entre ley, interpretación de los tribunales y doctrina científica. Inquietud, sabiduría y experiencia son sólo algunas de las cualidades que reunía y que aún recuerdan todos aquellos que conocieron al profesor Borrajo Dacruz.

Muy especialmente, cabe destacar aquí su estudio titulado "Reforma Laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo" que publica en el número 3 de 2001, páginas. 659 a 680, de la Revista Actualidad Laboral. En este trabajo, el profesor Efrén Borrajo comienza analizando la problemática del alargamiento y demora de muchas de las resoluciones judicial. En efecto, ¿de qué sirve sacar una reforma legislativa si la misma no podrá estudiarse jurisprudencialmente hasta varios años después?

En particular, la temática de la autonomía colectiva se convierte aquí en caballo de batalla, pues los constantes zig-zag del legislador determinan el surgimiento de constantes altibajos y dudas en torno a la aplicación de las reglas de juego que le son aplicables a los negociadores colectivos. Por supuesto, en todo este entramado resulta también afectada la autonomía individual. Y es que, como bien indica el profesor Borrajo Dacruz: "*Hay una práctica negocial colectiva y hay una práctica contractual individual que buscan su base en dichos textos legales. Son ciertos los convenios colectivos de trabajo que responden a los criterios de la Ley 11/1994 y son millones y millones los contratos individuales de trabajo que se acogen a los preceptos de las normas de 1997*".

Como cabe deducir, la reforma que se analiza en este texto no es otra que la operada por la 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[1]. Aunque, de manera sutil, el profesor Borrajo introduce también aquí algunos comentarios en relación a la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación y que se publica en la misma fecha que la Ley 11/1994 en el BOE. Y, de igual modo, a los Reales Decretos Leyes 8/1997[2] y 9/1997[3], de 16 de mayo.

Crítica, con razón, el profesor Borrajo algo difícil de ocultar por el legislador y es que, a pesar de la reforma: "*Las formas tradicionales o, sin más, anteriores se mantienen cuando los criterios de la nueva Ley permiten su desarticulación*". Llegando a afirmar que la aplicación de la misma no sólo va retrasarse en vía judicial, sino también por la negociación colectiva, así es: "[se]… *está trabajando por inercias y por anclajes en las viejas Leyes*".

[1] BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

[2] De medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1997).

[3] Por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1997).

II. LA ADAPTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LAS NECESIDADES SOCIALES Y EMPRESARIALES

La reforma de la negociación colectiva ha sido una cuestión bastante debatida a nivel doctrinal. Son varios los antecedentes que se encuentran al respecto, siendo bastantes intensos las controversias suscitadas en los años 2001 y 2012. La regulación legal de la negociación colectiva trae su base en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y, concretamente, en su título III. Allá por el año 2001, el Estatuto de los Trabajadores que se aplicaba era el publicado en 1995, esto es, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El Título III se dedica, específicamente, al tema de la negociación colectiva. Este importante apartado surgió del acuerdo previo entre UGT y CEOE y que se materializó en el Acuerdo Básico Interconfederal de 10 de julio de 1979[4]. Todo el debate sobre la reforma de la negociación colectiva comienza a partir del siglo XXI, ya que el objetivo no es otro que el: "… previo acuerdo entre empresarios y sindicatos, propiciándose así un nuevo ejemplo de «*legislación negociada*», método de legislar ya arraigado en nuestro sistema de relaciones laborales[5]". El tema que más se ha cuestionado tiene que ver con una cuestión básica: ¿era tan necesaria esta reforma? ¿podrían haberse resuelto muchos de los problemas, sin necesidad de intervención por parte del Gobierno? Como ya es conocida, muchas de las transformaciones que se han hecho en esta materia han sido duramente criticadas, aparte de que ha supuesto un retroceso y desnaturalización de la autonomía colectiva. En efecto, se cuentan por decenas la de veces que una modificación en materia de negociación colectiva se ha criticado tanto por parte de sindicatos, como por la misma CEOE.

Desde el año 1980 hasta el año 2001 son muchos los cambios que han operado en materia de negociación colectiva. Es más, el profesor Borrajo Dacruz los enumera y clasifica en su estudio crítico publicado en la revista *Actualidad Laboral*, a saber:

> *"1ª) Convenio Colectivo y Ley.*
> *2ª) Efectos de la declaración de nulidad parcial de un Convenio Colectivo.*
> *3ª) Alteración del contenido de un Convenio Colectivo, durante su vigencia, por otro posterior de ámbito distinto.*
> *4ª) Alteración del contenido de un Convenio Colectivo, durante su vigencia, por otro posterior de ámbito igual o coextenso.*
> *5ª) Derechos adquiridos y sucesión de Convenios Colectivos.*
> *Hay otros temas de máximo interés técnico-jurídico y de permanente actualidad. A saber:*
> *6ª) Modificación de las condiciones de trabajo establecidas en Convenio Colectivo por un posterior Acuerdo colectivo de empresa.*
> *7ª) Convenio colectivo denunciado que mantiene sus cláusulas normativas prorrogadas, y eficacia de otro convenio colectivo vigente de ámbito superior, ya sea este segundo, anterior a la fecha de la extinción por denuncia del primero; ya sea este segundo, posterior a dicha fecha, pero que entra en vigor cuando para sustituir al convenio extinto se trata de negociar otro convenio colectivo de igual ámbito.*
> *8ª) Convenio colectivo no estatutario (irregular) y posible negociación y aplicación de un nuevo convenio colectivo estatutario (regular) en el ámbito material y temporal del primero.*

[4] Véase el texto que reproduce De La Villa Gil, L.E*: Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pág. 72.

[5] García-Perrote, I: "La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido", *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2008, pág. 27.

> *9ª) Reafirmación de que en el ámbito de la empresa el Comité de Empresa, y en su caso, las Secciones Sindicales, tienen legitimación preferente y desplazan, por tanto, al Sindicato como posible sujeto negociador en dicho ámbito empresarial.*
> *10ª) El convenio colectivo que es negociado y firmado por las representaciones legales legitimadas, no necesita el refrendo asambleario de las bases".*

Al margen de esta clasificación, sabemos que la mayoría de las iniciativas que se han planteado sobre el Título III del Estatuto de los Trabajadores han sido propiciadas por la misma autonomía colectiva, debiendo el legislador aquí introducir modificaciones parciales e, incluso, tangenciales. Muy especialmente, el profesor Borrajo Dacruz llama la atención de dos importantes reformas: la del año 1994 y las del año 1997, ambas de signo contrario. A éstas hay que sumar otras modificaciones posteriores que no trataremos de manera centralizada en este trabajo, pero que si conviene señalar.

II.1. La reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994

La Ley 11/1994 introdujo en el ET importantes modificaciones, al término que modificó el articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En efecto, en lo que se refiere al ET modificó el artículo 84 y amplió extraordinariamente el ámbito material de los Convenios Colectivos de trabajo, al tiempo que provocó –como bien indica el profesor Borrajo Dacruz– "… *un repliegue de la norma estatal y abrió, por tanto, dichas materias a la negociación colectiva*". Empero, no se alteró la relación jerárquica entre poder legislativo y autonomía colectiva. La norma convencional, la norma fruto del convenio, del pacto, siguió y sigue sometida al principio de jerarquía normativa. De este modo, en los ámbitos supraempresariales, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación que disponen los artículos 87 y 88 ET, podrán negociar posteriores acuerdos o convenios que «*afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior*» anterior o primeramente negociado, siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Únicamente se establecen excepciones sobre determinadas materias que enuncian el párrafo tercero del artículo 84 del ET.

El profesor Efrén Borrajo Dacruz se muestra, en este punto, muy crítico pues entiende que el Convenio Colectivo no cumple aquí su cometido quedando así relegado a las decisiones que se establezcan por Ley. Ello implica una doble dimensión temporal, de un lado, existiría una legalidad inicial de las leyes que están vigentes al momento de negociarse el convenio colectivo y, de otro, podría haber una legalidad sobrevenida, a resultas de las nuevas leyes que se aprueben antes de la extinción del convenio colectivo. Todo ello, evidentemente, determinará una constante judicialización, como ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo[6].

Claramente, la reforma del año 1994 buscó potenciar la negociación colectiva de ámbito empresarial y los acuerdos de empresa[7].

II.2. El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997

El 28 de abril del año 1997 se aprobó el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997[8], a través del cual se trató de fortalecer el convenio colectivo sectorial estatal.

---

[6] A este respecto, el profesor Borrajo Dacruz cita la sentencia 62/2001, de fecha 1 de marzo (presidente: Sr. García Manzano). La misma doctrina es también jurisprudencia en sentido estricto. Se recoge, por ejemplo, en las siguientes Sentencias del TS (4ª): de 7 abril 1995 (Ar. 3260); de 8 junio 1995 (Ar. 4772); de 10 febrero 1998 (Ar. 2570) y de 25 marzo 1998 (R. 3823/97).

[7] García Murcia, J: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998. Merino Segovia, A: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, La Ley, 2001.

[8] BOE de 6 de junio de 1997.

Frente a la reforma del año 1994, el Acuerdo Interconfederal había fijado unos mínimos legales de derecho necesario que llevaron a que los convenios colectivos cometieran ciertos excesos. Por otra parte, el Acuerdo Interconfederal de 1997 reacción frente a dichos excesos reservando en parte al convenio colectivo sectorial estatal la posibilidad de disponer del contenido legal. Así, la reforma del año 1997 daba cumplimiento a ese ambicioso objetivo que había trazado y que consistía en conformar: "… *un nuevo sistema de negociación colectiva*» que contribuyera a «*racionalizar la estructura*" negocial y a evitar "*la atomización actualmente existente a cuyo efecto sería conveniente establecer una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales*". Para ello, la reforma de 1997 enumeró las materias que debe abordar un Convenio Colectivo nacional por rama de actividad. Sobre este punto, el Acuerdo Interconfederal del año 1997 no completó su implementación, lo que entre otras cosas se debió a que se atribuyó "*carácter obligacional*", no sólo renunciando a imponer sus contenidos, sino que se preocupó por reafirmar la autonomía de las partes al respecto.

III. CUESTIONES CRÍTICAS EN MATERIA NEGOCIAL

A lo largo del exhaustivo trabajo del profesor Efrén Borrajo Dacruz se describen –al hilo de las reformas de 1994, 1997 y 2001– una serie de cuestiones críticas o puntos conflictivos. Veamos por partes.

Primero, ¿cómo afecta la reforma operada por el RDL 5/2001 a la problemática de la jubilación forzosa por edad y convenios colectivos?[9] Antes de nada, debemos recordar que el origen de la llamada "jubilación forzosa" data del ámbito funcional en donde, la jubilación forzosa por razón de la edad (junto a la jubilación voluntaria), venía asociándose a una presunta ineptitud, invalidez y/o desgaste fisiológico y a razones de mejoramiento en el funcionamiento de la Administración Pública. Hasta la entrada del siglo XX no se había previsto, en el ordenamiento jurídico español, una protección social frente a la vejez, por lo que, el funcionario debía continuar con la prestación de los servicios para así garantizar su subsistencia y, todo ello, ante la falta de causa extintiva basada en el hecho natural del envejecimiento por razones de edad[10].

Ya con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores se creó la Disposición Adicional 10ª la cual se refería al "límite máximo de la edad de trabajar". Respetando íntegramente el contenido del antiguo párrafo segundo de la Disposición Adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se indicaba que: "*Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos*".

Por su parte, el Real Decreto-Ley 5/2001[11] derogó la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y todo ello porque se había de estimular "… *la adopción de medidas*

[9] Ver Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", *revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022.

[10] En el ámbito público existían todo un elenco de leyes que reconocía la primacía de la vejez por razones físicas y asociadas a la edad, a buen ejemplo: la Real Orden de 23 de diciembre de 1776, sobre imposibilidad física referida a los individuos de resguardo de Madrid y el Real Decreto de 13 de octubre de 1828, por el que se preveía la posibilidad de jubilar a los empleados, cuando por su avanzada edad o por alguna enfermedad habitual se hallasen absolutamente imposibilitados para continuar sus servicios.

[11] De 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo, claramente desactualizadas"[12]. Las nuevas orientaciones en materia de políticas de empleo dieron lugar a un intenso debate doctrinal[13] que, poco después, se trasladó también a sede judicial[14]. Las constantes tiras y afloja motivaron una nueva vuelta de tuerca que, curiosamente, resultó ser más acorde con la normativa comunitaria y, por ende, con la protección de los trabajadores maduros.

A este respecto, el profesor Borrajo Dacruz se pregunta acerca de las consecuencias de la Disposición Adicional 10ª del ET, señalando así posibles alternativas y soluciones antes la inestabilidad que crea el RD Ley 5/2001. En particular, indica el profesor Borrajo lo siguiente: "*La D.A. 10ª era una norma habilitante, de modo que sin ella el convenio colectivo no podría imponer jubilaciones por la simple razón de edad; podrá ofrecer incentivos a la jubilación, pero ésta es decisión voluntaria del trabajador. Si se acepta esta segunda posición es pura hipótesis académica, en verdad habrá que resolver el alcance temporal de la prohibición de fijar jubilaciones forzosas en la negociación colectiva; a saber: b1) ¿limita esa derogación sus efectos a los nuevos futuros convenios colectivos? b2) ¿incide ya en los convenios colectivos aún vigentes?*".

Segunda cuestión, ¿cuál es el alcance de la cláusula de indivisibilidad? En todo momento, el profesor Borrajo responde a estas preguntas con fundamentación jurídica y jurisprudencial, pues la

[12] Ver Sempere Navarro, A: "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias", en VV.AA., *La reforma laboral de 2011. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2001. Toscani Giménez, D., "La jubilación forzosa", *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, Nº261, 2012, pp. 114 y 115.

[13] Blasco Pellicer, Á: "La jubilación forzosa en la negociación colectiva (efectos de la derogación de la Disposición adicional 10ªET)", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Nº1, 2002, pág. 63-78.

[14] A favor de que los convenios colectivos regulen cláusulas de jubilación forzosa aparecen sentencias de distintos tribunales superiores de justicia, a saber: las sentencias de los TSJ de Aragón de 23 de enero de 2002, de Madrid de 11 de enero de 2002, del País Vasco de 19 de febrero de 2002, de Valencia de 21 de noviembre de 2002 y de Cataluña de 27 de septiembre y 3 de diciembre de 2002. Son varios los argumentos que se arrojan aquí: a) se interpreta la doctrina sobre los "equilibrios de derechos" argumentándose que el reparto de poderes entre ley y convenio colectivo no se recoge en la Carta Magna, por lo que el contenido que recoge el artículo 37.1 de la CE únicamente podrá limitarse por el respeto a otros derechos constitucionales, conforme establece la doctrina del Tribunal Constitucional; b) la ley establece una habilitación expresa, a través de la cual los convenios colectivos podrán negociar "libremente" cláusulas de jubilación forzosa (artículos 37.1 de la CE y 85.1 del ET); c) a través del Estatuto de los Trabajadores no se crea una nueva causa de extinción de los contratos de trabajo, sino que tan sólo se concreta la causa legal del artículo 49.1 letra f) del Estatuto de los Trabajadores, la cual se refiere a la "jubilación del trabajador" y en donde no se especifica si la jubilación habrá de ser voluntaria o forzosa; d) la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores no se conforma como una ley habilitadora, sino como una norma meramente declarativa que se limita a reconocer lo que era, siendo su carácter normativo meramente recomendatorio. Sobre este punto, señala la doctrina lo siguiente: "Esta Disposición Adicional tenía un contenido más "político" que "jurídico" y su derogación, interpretada en esta última clave, no significaba más que un cambio de orientación política en la promoción de las jubilaciones forzosas convencionales", véase Pedraja Moreno, A y Sala Franco, T: "Retorno de la permisibilidad legal para el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos (A propósito de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación)", *Bufete Abdón Pedrajas*, julio 2005, pág. 13 en su versión digital.
En contra, se encuentran las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2002, de 5 de febrero de 2003, de 18 de junio de 2003 y de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002. Se defiende aquí la necesidad de operar un cambio de tendencia, en donde se respete la voluntariedad en el acceso a la jubilación y la prohibición de discriminación por razón de la edad (artículo 14 CE), al tiempo que se fomenta su progresividad y flexibilidad (propiciando así una combinación flexible entre la jubilación y el trabajo a tiempo parcial), así como el derecho al trabajo (artículo 35.1 de la CE). La idea es fomentar el envejecimiento activo de los trabajadores maduros para que puedan éstos acceder a una pensión digna de jubilación (evitando, por el contrario, fijar nuevas causas de jubilación no recogida por el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores –considerado siempre como un "numerus clausus"). Y ello, no tanto por no seguir siendo importantes las razones de política de empleo, sino sobre todo a fin de equilibrar el sistema financiero de la Seguridad Social.

cuestión relativa a "los efectos que en el convenio colectivo genera la declaración judicial de nulidad de algunas de las partes del convenio colectivo" está sujeta a un intenso debate.

Ahora bien, conviene señalar las dos posiciones doctrinales controvertidas, de un lado, aparece la tesis tradicional (que, de hecho, es la más antigua) en don de se dice que "*el Convenio Colectivo, como tal contrato, genera y mantiene un equilibrio de intereses entre las partes negociadoras, de modo que el contenido acordado es un cuerpo unitario, indivisible, entre compromisos compensables entre sí*". Por tanto, la anulación de ciertas reglas rompe ese equilibrio y debe provocar la renegociación de todo el convenio, previa declaración de su nulidad total. Y, de otro, la tesis moderna, busca limitar la nulidad a las cláusulas afectadas, y sólo a ellas, de modo que el cuerpo del convenio se recomponga con la sustitución de las reglas anuladas con las reglas legales infringidas. Sobre esta segunda teoría, el profesor Borrajo pone como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, por medio de la cual se declaran nulos ciertos artículos, al tiempo que se mantiene la validez del resto del Convenio Colectivo, pesa a que el mismo contaba con dicha cláusula de respeto a la totalidad. Opina el profesor Borrajo que, quizás, con esta afirmación el Tribunal Supremo está abriendo las puertas a nuevos frentes: "… *en primer lugar, no cierra la posibilidad de que la anulación de ciertas cláusulas provoque la nulidad total del Convenio; si tales pactos concretos son tan importantes que rompen radicalmente el equilibrio prestacional, el juez podrá declarar dicha nulidad total; en segundo lugar, cualquiera de las partes puede pedir la renegociación del Convenio, y la otra parte está obligada a negociar; es decir, ya no puede negarse a una nueva negociación alegando que está vigente un CC (hay, pues, una reinterpretación del art. 89 del ETT sobre el deber de negociar); en fin, en tercer lugar, la Sentencia fija el sentido y alcance de la prohibición de concurrencia entre convenios vigentes después de la reforma del famoso art. 84 ETT por la Ley 11/94*".

Sin embargo, resalta el profesor Borrajo Dacruz que cuando el Convenio Colectivo se dota a sí mismo de cláusula expresa de indivisibilidad, cláusula que impone el todo o nada, el respeto a la totalidad o la total renegociación. Aparece así una posible tercera tesis: la nulidad será parcial salvo cláusula expresa de indivisibilidad, pues si existe tal cláusula, la nulidad de una parte del convenio conllevará la nulidad de todo el convenio.

Tercero, se plantea la alteración en el contenido de un Convenio Colectivo vigente por otro posterior de distinto ámbito o, lo que es lo mismo, los problemas de prohibición de concurrencia entre convenios colectivos. Recuerda el profesor Borrajo Dacruz que ya con el antiguo artículo 84 del ET se reconocía el principio de estanqueidad del Convenio Colectivo, por lo que éste sólo podía ser afectado al momento de su cierra o clausura cuando contara con ciertas ventanas. ¿En qué consistían esas ventanas? Se resumen en dos:

> "*a) En primer lugar, que el propio CC contuviese cláusulas de reserva (o remisión) a favor de otros convenios coetáneos o posteriores. Ejemplo: un Convenio colectivo provincial que acepta en alguna de las materias que regula la validez y aplicación de las reglas de posteriores Convenio colectivo de empresa. O viceversa, un Convenio colectivo de empresa o provincial, etc., que acepta en algunas materias como válidas y aplicables las reglas de posteriores Convenios colectivos de ámbito superior.*
> *Es obvio que, en estos casos, las normas del Convenio objeto de la remisión se aplican en lugar de las cláusulas del Convenio remitente; pero en ningún caso se puede apreciar concurrencia entre convenios: al aceptarlas, se respeta la autonomía colectiva de los negociadores del convenio que acuerda tal recepción.*
> *b) En segundo lugar, que el Convenio colectivo estuviese sometido en la materia a las reglas sobre estructura y articulación de los Convenios colectivos de un Acuerdo interprofesional o de un Convenio colectivo-marco (art. 83.2 ETT).*
> *En esta segunda parte, la reforma de la Ley 11/1994 ha sido muy enérgica, de modo que exagerando un poco se puede decir que hoy la prohibición de concurrencia ha sido desplazada por la de autorización de concurrencia*".

A través de la reforma por la Ley 11/1994 se añade al artículo 84 del ET un segundo párrafo: "*En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior...*", el cual se refiere a los artículos 82.2 y 82.3 del ET que se refiere a la eficacia totalizadora de los Acuerdos Interprofesionales y de los Convenios Colectivos marco.

Ciertamente, esta segunda regla del artículo 84 ET provoca una descentralización territorial de la negociación colectiva que determina que un Convenio colectivo de sector durante su vigencia puede ser alterado por cualquier otro Convenio colectivo posterior, siempre y cuando se respeten las reglas siguientes: "*1ª regla: que el nuevo convenio sea de ámbito territorial menor (es decir, inferior) al del convenio que pretende alterar (la STS, Social, de 2 diciembre 1996, P: Sr. Desdentado Bonete, es terminante al respecto); 2ª regla: que el nuevo Convenio colectivo sea negociado por sujetos que cumplan los requisitos legales sobre legitimación inicial (art. 87 ETT) y legitimación deliberante (art. 88 ETT); 3ª regla: que las materias a modificar no sean ninguna de las siguientes: período de prueba, modalidades de contratación (excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa), grupos profesionales, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.*

Esta lista de seis materias ha sido ampliada, de hecho, por la Reforma de 1997 a tenor de la primacía que concede a los Convenios colectivos sectoriales estatales." Afirma el profesor Borrajo Dacruz que, estos puntos, son muy discutibles.

> "*4ª regla: que el Convenio colectivo posterior no sea de ámbito empresarial.*
> *Ha de ser como ya se ha dicho otro Convenio colectivo supraempresarial, si bien de ámbito menor respecto del que se produce o quiere producirse el «descuelgue territorial».*
> *En una palabra, la reforma de 1994 ha flexibilizado la centralización de la negociación colectiva que imponía la existencia de los Acuerdos Interprofesionales estatales, al afectar frontalmente al contenido y alcance del art. 83.2 y 3 ETT. Es más, las normas descentralizadoras son derecho necesario absoluto*".

Cuarto, ¿qué ocurre cuando un Convenio Colectivo, durante su vigencia, se modifica por otro posterior de distinto ámbito? Apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo (4ª) de 30 de junio de 1998 (número 2987/97) ha de entenderse que: "*La garantía de la estabilidad del convenio se logra, en primer lugar, a través de la regla de concurrencia que contiene el art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero esta regla no es aplicable al caso, pues sólo establece una garantía para el convenio anterior frente los "convenios de ámbito distinto", lo que además conduciría a la conclusión de que un convenio durante su vigencia sí puede ser afectado sin ninguna limitación por otro del mismo ámbito. Esta conclusión es en lo esencial correcta, aunque debe matizarse. En realidad, la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho (artículo 2.2 del Código Civil). Esta regla rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios dentro del mismo ámbito. El artículo 82.3.1º del Estatuto de los Trabajadores no dice otra cosa cuando señala que los convenios colectivos obligan "durante todo el tiempo de su vigencia", pues esa vigencia, como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango. Del artículo 41.2.3º del Estatuto de los Trabajadores tampoco cabe deducir conclusión contraria, pues se trata de una regla sobre negociación de decisiones empresariales, no de disposiciones de carácter general...*".

Quinto, se pregunta el profesor Borrajo Dacruz acerca de la "conservación o mantenimiento de los presuntos derechos adquiridos en la negociación colectiva y la sucesión de Convenios Colectivos". Para analizar este punto cabe hacer una triple distinción: a) "Principio general" en base al cual no hay derechos adquiridos en base a normas. Por lo que las normas estatales quedan sometidas, en caso de conflicto, al principio de modernidad. Por otra parte, las normas posteriores podrán mejorar, empeorar

o suprimir los derechos adquiridos en normas legales anteriores. B) "Derecho en curso de adquisición y derechos adquiridos" El profesor Borrajo critica el hecho de que, con las nuevas reglas, sólo se vean afectados los beneficiarios de derechos adquiridos, siempre que esos derechos sean duraderos y de disfrute continuado en el tiempo. Lo cual beneficia a los pensionistas. A tenor de la reforma operada por la Ley 11/1994, el convenio colectivo posterior podría alterar a la baja los beneficios que se hayan podido reconocer a los pensionistas y que vinieran reconocidos en virtud de un convenio colectivo anterior. Ello equivale a "… *petrificar los convenios colectivos, en contra del principio de modernidad del convenio y de la facultad que tiene el convenio posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente...*". Finalmente, C) "criterios restrictivos", aquí se interpretan dos temas clave, de un lado, los derechos jubilatorios nacidos de un convenio colectivo (en donde no se había previsto una posible reducción o supresión) no pueden ser empeorados o rebajados por otro convenio colectivo posterior y, de otro lado, los derechos en curso de adquisición (por ejemplo: contra un Fondo interno de una empresa) son derechos ya consolidados y, por tanto, inamovibles.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Pellicer, Á: "La jubilación forzosa en la negociación colectiva (efectos de la derogación de la Disposición adicional 10ªET)", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Nº1, 2002.

Borrajo Dacruz, E: "Reforma Laboral y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo", *Actualidad Laboral*, nº3, 2001.

De La Villa Gil, L.E*: Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

García Murcia, J: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998.

García-Perrote, I: "La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido", *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2008.

Merino Segovia, A: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, La Ley, 2001.

Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", *revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022.

Pedraja Moreno, A y Sala Franco, T: "Retorno de la permisibilidad legal para el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos (A propósito de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación)", *Bufete Abdón Pedrajas*, julio 2005.

Sempere Navarro, A: "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias", en VV.AA., *La reforma laboral de 2011. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2001.

Toscani Giménez, D., "La jubilación forzosa", *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, Nº261, 2012.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, nº 1, 2000, pp. 131-151.

Más de 40 años de experiencia de negociación colectiva

Over 40 years of collective bargaining experience

FRANCISCO VILA TIERNO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-5718-4160

Cita Sugerida: VILA TIERNO, F.: "Más de 40 años de experiencia de negociación colectiva", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 61-68

Resumen

Se trata, en el presente trabajo, de glosar una obra de referencia del profesor Borrajo, concretamente "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", publicada en "su" Revista, Actualidad laboral. En esta publicación el autor dibuja desde la conformación del sistema de negociación colectiva en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores, a las razones que motivaron las reformas de sus elementos configuradores. Lo relevante es como se apunta la base y esencia de la negociación colectiva que ya se reconocía hacen veinte años y que no ha cambiado en nuestros días, demostrando la capacidad de un Maestro para ver más allá del presente..

Abstract

This paper is a reference work by Professor Borrajo, specifically "Two decades of collective bargaining experience: functions and dysfunctions of statutory regulation", published in "his" Revista, Actualidad laboral. In this publication the author draws from the formation of the collective bargaining system in the original wording of the Workers' Statute, to the reasons that motivated the reforms of its shaping elements. What is relevant is how the basis and essence of collective bargaining that was already recognized twenty years ago and that has not changed in our days, demonstrating the ability of a Master to see beyond the present.

Palabras clave

Negociación colectiva; sindicatos; convenios colectivos

Keywords

Collective bargaining; trade unions; collective agreements

I. INTRODUCCIÓN

Efrén Borrajo Dacruz, Catedrático del "Derecho Vivo del Trabajo", se presenta como el protagonista de un continuo diálogo entre la ley, su obra y la jurisprudencia de los tribunales, que son los que ejercen como dueños y señores de ese Derecho vivo[1].

Y es esta Revista, Actualidad Laboral, de la que es fundador, dónde a largo de 30 años se van sentando gran parte de las bases del actual Derecho del Trabajo Español a través de la participación de lo mejor del iuslaboralismo español.

Precisamente este artículo se presenta como un ejemplo de todo lo anterior, en tanto que representa el mejor análisis, y más cualificado, de una institución central de nuestra disciplina, por

[1] RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. "In memoriam Efrén Borrajo Dacruz". Publicado el 04/05/2022. Briefs AEDTSS, https://www.aedtss.com/in-memoriam-efren-borrajo-dacruz-por-juan-manuel-ramirez-martinez-y-tomas-sala-franco/

uno de los mentores del Derecho Laboral a través de ese diálogo fluido entre la norma legal y su evolución, que es reflejada en una obra del autor que la glosa, comenta y disgrega, y la jurisprudencia que es la que realmente dibuja los perfiles definitivos del Derecho.

Esta obra, en tal sentido, constituye un referente en el estudio de la negociación colectiva a 20 años vista de la redacción original del Estatuto de los Trabajadores –en adelante ET.

II. COMENTARIO

En el año 2000, cumplidos los 20 años desde la redacción original del ET, como decíamos, uno de los Maestros de la disciplina, presentaba un análisis completo, riguroso y exhaustivo de la evolución normativa y jurisprudencial de la negociación colectiva en su configuración dentro y fuera del Título III ET.

Partiendo de la redacción original del ET, se abordan los cambios que las sucesivas reformas van introduciendo, con especial énfasis en la del año 1994 y la posterior de 1997. En este sentido, se pone de manifiesto como la negociación colectiva, en cuanto a su alcance, parte de dos premisas fundamentales. De una parte, la ordenación en el marco del Título III ET, como núcleo duro del contenido de la misma, en la conformación de las relaciones de articulación y concurrencia y, de otra, las relaciones ley-convenio que se dibujan a lo largo de toda la norma estatutaria[2].

Sirve, al tiempo, este trabajo, para reflejar las líneas maestras de la estructura y sistema de negociación colectiva distinguiendo la de naturaleza estatutaria de la extraestatutaria o irregular –en palabras del propio Maestro Borrajo–, así como los problemas que se han ido detectando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En este sentido, la negociación colectiva es, y siempre ha sido, una materia que ha planteado múltiples incógnitas. Cuestiones complejas como la legitimación negocial, el desarrollo del proceso de negociación, los fenómenos de concurrencia o el alcance de la ultraactividad, han sido objeto de la atención frecuente de la doctrina judicial y científica que, como en este trabajo, se dialogan entre sí de la mano del prof. Borrajo. No obstante, y a pesar de aquellos problemas, ha sido una parte de nuestro ordenamiento jurídico que ha sufrido relativamente escasos cambios, si bien, en lo cualitativo, cuando éstos se producen son de intenso calado, como es objeto de análisis en la publicación comentada respecto de las reformas anteriores al año 2000. Es, en esta línea, absolutamente visionario el autor, por cuanto que la evolución de la negociación colectiva con posterioridad, ha seguido la misma tendencia.

Ello justifica que lo vinculemos a nuestros recientes trabajos sobre flexibilidad y negociación colectiva y nos permita recordar que ya entonces (antes del año 2000), la flexibilidad introducida en nuestra normativa laboral, se había utilizado como respuesta frente a situaciones coyunturales desfavorables. Y ello ha motivado que se haya identificado, de un modo muy cercano, flexibilidad y reforma que afecta, de manera directa o indirecta, de la negociación colectiva. Es la fórmula clave que se utiliza para solventar los problemas de empleo ante la crisis económica. Y así, el legislador, plantea las mismas soluciones siempre, las mismas fórmulas que reforma tras reforma han ido modificando nuestro Estatuto de los Trabajadores (ET) del año 1980 y que no es otra que la flexibilización[3].

[2] Borrajo Dacruz, E. "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", Actualidad laboral, ISSN 0213-7097, Nº 1, 2000, pág. 131: "Las reformas legales (por Ley) de 1984, de 1994 y de 1997, unas directas en el Título III-ET, otras tangenciales por contaminación sistemática desde los cambios introducidos en el Título I (en especial: acuerdos colectivos de empresa) no han cerrado el proceso de cambio del régimen jurídico de la negociación colectiva de trabajo".
Es posible que hoy día el texto de la norma aparezca como asentado; pero no así su comprensión o sentido y, a la postre, su aplicación efectiva o segura.

[3] Rivero Lamas, J. "La flexibilidad del trabajo en España" en VV.AA. *Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva* /L. Guimaraes Carvalho Ribeiro y R. Pamplona Filho, Erditora Ltr. Sao Paulo, 1998, pp. 143 y ss.

Son, fueron 20 años entonces y ahora 42 años de existencia del ET sometidos a la incesante presión flexibilizadora en sentido ascendente.

Por decirlo de otro modo, una vez reconocida la flexibilización como una constante en el contexto de la negociación colectiva –aunque ello no sea aceptado por todos los actores[4]– esta va a servir como elemento para una ordenación del sistema de relaciones laborales de acuerdo con un enfoque flexibilizador que siempre ha estado presente[5].

En cualquier caso, y al margen de su crítica mayor o menor, la realidad mostraba que el uso de las reglas que disciplinaban esa materia no siempre resultaba afortunado y, sobre todo, que, siguiendo los planteamientos del legislador reformista, consolidaba las denominadas situaciones de rigidez en la regulación de las condiciones laborales. Por tal motivo, de la mano de la tan reiterada flexibilidad se procede, como ya hemos señalado a desmontar el sistema que venía funcionando desde la redacción original del ET en 1980, fundamentalmente desde 1994[6]. Téngase presente que es, concretamente, esta reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, la que protagoniza los cambios más importantes en el sistema de negociación colectiva. Pero, sin embargo, tal y como nos decía el mismo prof. Borrajo en este estudio, así como la doctrina en general, se trata ésta de una reforma que está más fuera del Título III ET que dentro[7]. Y es que, más allá de hacer cambios de estructura o de sistema negocial, lo que hizo fue flexibilizar materias que, si bien antes se reservaban a la regulación legal, se hicieron dispositivas a favor de la negociación colectiva (fijando, a lo sumo, unos topes de regulación). Es decir, que adoptó para flexibilizar el camino de la articulación específica en materias concretas[8].

Este camino, en el que la reforma de 1994 fue, por tanto, determinante[9], mantiene una continuidad a futuro que ya se adelantaba por el prof. Borrajo, si bien, aunque en principio referida para aquellos primeros veinte años, pero que, sin embargo, supone una visión clarividente del Maestro en la interpretación de la propia esencia de la negociación colectiva.

Si repasamos, por ejemplo, el proceso de reformas sobre la negociación colectiva de la última década, en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de

[4] "Tras examinar la queja y las alegaciones del gobierno enviadas a lo largo de 2012 y 2013, el Comité tripartito se pronunció sobre la cuestión planteada por los sindicatos en su informe 371, Caso núm. 2947, elevado al Consejo de Administración en su 320ª reunión celebrada en marzo de 2013 (en lo sucesivo Informe 371). En este informe, el CLS invita al Consejo a aprobar tres recomendaciones dirigidas al gobierno de España en relación con las leyes 3/2012 y 20/2012: en primer lugar, el comité recomienda al gobierno que de cara al futuro respete, en el procedimiento de elaboración de normas, los principios sobre la consulta con suficiente antelación a los interlocutores; en segundo lugar, dada la importancia de alcanzar consensos entorno a las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales, el CLS recomienda al gobierno que promueva el diálogo social dentro del respeto de los principios sobre la libertad sindical y la negociación colectiva establecidos por la OIT; en tercer lugar el comité pide al gobierno que comunique a la Organización las sentencias que recaigan tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo respecto de las normas cuestionadas". Guamán Hernández, A. "Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional", *Revista de derecho social*, núm. 66, 2014, pp. 201 y 202.

[5] Así se reconoce por la propia norma en su preámbulo. Rodríguez-Piñero, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva…" *op. cit*. pág. 5.

[6] Como ya se hizo en 1994: "Su objeto es la regulación del trabajo, de las relaciones laborales y de sus fuentes de ordenación, así como del sistema de protección social". Casas Baamonde, M.E. "Mercado..." *op. cit*. pág. 3.

[7] González Ortega, S. "La reforma de la negociación colectiva" en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, (Alarcón Caracuel, M.R. Coord), Marcial Pons, Madrid, pp. 347 y ss.

[8] En sentido amplio y en extenso, Vila Tierno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

[9] Vid. v.gr. VV.AA. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* / María Emilia Casas Baamonde (coord.), Fernando Valdés Dal-Ré (coord.), Wolters Kluwer, 1994, especialmente: Palomeque López, M.C, "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo" pp. 246-256; Valdés Dal-Ré, F. "Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", pp. 257-291; Casas Baamonde, M.E. "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", pp. 292-321.

trabajo –Ley 35/2010–, ya se anunciaba la "inminente" reforma de la negociación colectiva, que se concretó en la regulación, en primer término del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva –RDL 7/2011– y, en segundo lugar, por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral –RDL 3/2012–, posteriormente reemplazado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral –en adelante Ley 3/2012[10]–. La consecuencia es la misma, antes y ahora, que se vislumbra por el prof. Borrajo, y así, el continuo proceso reformador conduce a una mayor flexibilización[11] en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo hasta el punto de eliminar, en gran medida, la función garantista que se reconocía a la negociación colectiva con topes infranqueables de protección que no habían podido ser ignorados. Proceso que la entrada en vigor del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha ralentizado, pero no ha suprimido, en tanto que hay medidas de flexibilidad que nunca han tenido marcha atrás.

La receta utilizada, por tanto, en el pasado y en el presente es común: "Ante la gravedad y persistencia de la recesión, la fuerte destrucción del empleo y el imparable incremento del paro, el RDL inicia una importante y controvertida reforma de la legislación laboral de modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores…" [12]

Se pretende, en cualquier modificación legislativa sobre esta materia, conseguir una nueva ordenación de la estructura de la negociación colectiva[13], pero que, en realidad lo que responde es al doble enfoque que el legislador utiliza para reformar la negociación colectiva, sea de un modo directo o indirecto. Lo relevante es que nos situamos ante una "nueva y extensa reforma laboral, por tanto, superior en extensión e intensidad a la operada en 1984 [basta sustituir la fecha, bien por 1994, bien por 2010] y que, como aquélla, marca el cierre o final de una etapa, por lo demás no estática, sino de acusada transformación"[14].

El legislador, por tanto, en aquellas reformas identifica como instrumentos de flexibilidad interna[15], las siguientes:

— reglas novedosas de articulación y concurrencia de convenios colectivos[16], a partir de la regla general del art. 84.1 ET y sus excepciones;

[10] Vid. al respecto Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del real decreto ley 7/2011 a la ley 3/2012 (de las razones y los efectos)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 33 (2013).

[11] Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. *La reforma de la negociación colectiva en Claves de la Reforma Laboral de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 121 y ss. González Ortega, S. "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pp. 85 y ss.

[12] Casas Baamonde, M.E. "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma" en Casas Baamonde, M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coordinadores), Reforma del Mercado de Trabajo. Colocación, Modalidades de contratación, Protección por desempleo. La Ley, Monografías, Relaciones Laborales, 1994, Madrid, pág. 3.

[13] Rodríguez-Piñero, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, pág. 7 en relación a la intensidad de la misma que la sitúa en paralelo con la reforma de 1994. En el año 2012, los cambios se insertan en el marco de la flexibilidad interna -tanto en el RDL 3/2012 como en la Ley 3/2012, se incluyen estos cambios en el capítulo III que expresamente se denomina "Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo"

[14] Casas Baamonde, M.E. "Mercado…" *op. cit*. pág. 3.

[15] Vid. Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, núm. 57, 2012, pp. 249 y ss.

[16] Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, pág. 24 y ss.

— el descuelgue salarial o posteriormente convencional, como opción para llevar al máximo posible los intentos de adaptabilidad a las necesidades empresariales[17];

— y las previsiones relativas a la duración de los acuerdos, destacando en este punto la ultraactividad y sus efectos[18].

Esta es la configuración a través de lo que hemos denominado *articulación general*, a diferencia de la *articulación específica por materias*[19] que el legislador utiliza para buscar la misma finalidad, pero a título particular respecto a cada una de las diversas instituciones laborales[20].

Mientras que la estructura de la negociación colectiva se configuró como un pilar garantista en nuestro sistema, el referido proceso de sucesivas reformas, lo llevó principalmente en 1994 como señalaba el prof. Borrajo, a una configuración que pretende, mediante unas reglas de concurrencia de convenios colectivos, incrementar la flexibilidad. Lo concluyente es que no se detiene ahí, sino que se incrementa, en el mismo sentido apuntado, en 2011 y 2012.

No obstante, cuando se hacer referencia a la estructura no es simplemente enumerar los diferentes productos de la negociación colectiva, sino que es necesario analizar el juego entre ellos y, a tal fin, es preciso profundizar sobre las reglas que disciplinan las formas en que se relacionan o articulan entre sí y respecto a la ley. Precisamente, la premisa inicial para determinar el nivel de flexibilidad en nuestra regulación es el grado de remisión o articulación en cascada que se hace hacia instrumentos de ámbito más reducido (de ley al convenio o de los convenios entre ellos). Todo ello, porque los cambios legislativos que inciden en esta estructura y su articulación ordenada tienen una razón de ser, que no es otra que la de incrementar la reiterada flexibilidad interna[21].

Esta opción, cuya finalidad es la de conseguir una mayor adaptabilidad a las necesidades del mercado, se plantea dejando en manos de las partes negociadoras la regulación, por vía convencional, de un buen número de materias[22]. Sin embargo, aquella flexibilidad no tiene un perfil único, sino que se presenta de diferentes modos y se apoya en la utilización de diferentes medios para alcanzar sus fines.

Para ello, se formula el diseño de un amplio entramado de acuerdos colectivos de diverso alcance, con el objeto de situar la regulación de cada materia en el ámbito que se considera más idóneo para responder a las necesidades empresariales y facilitar la adaptación de la ordenación de las relaciones laborales a los requerimientos del mercado. Se parte de la idea de que, si se consigue una respuesta más cercana a las demandas de las empresas mediante una regulación convencional ad hoc, mayores serán las posibilidades de generar empleo, siempre y cuando las fórmulas utilizadas sean suficientemente flexibles para incorporar ese reiterado grado de adaptabilidad y, en suma, sean capaces de admitir la posibilidad de someter su regulación a escenarios de negociación colectiva de un ámbito reducido. Se insiste en buscar soluciones a una crisis económica que viene acompañada por una crisis de empleo.

La reflexión final al respecto es que, como hemos afirmado previamente, las sucesivas reformas labores, con la formulación de una legislación de urgencia, han optado por priorizar la

[17] Vid. AA.VV. "Reformar no basta", en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2012, pág. 49.

[18] Vid. un estudio de la última reforma y los cambios en esta línea: Alfonso Mellado, C.L. (2022). Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021.Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 12(2),1–33. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360

[19] Vila Tierno, F. *La negociacion colectiva como instrumento de flexibiblidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral*, Comares, Granada, 2017.

[20] Vid. análisis en Vila Tierno, F. y Castro Medina, R. "La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna: Panorama tras el RDl 32/2021", *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, Nº. 4, 2022, pp. 71-96.

[21] Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", Relaciones Laborales, núm. 18, octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.

[22] Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación…" *loc.cit.*

ocupación a costa de introducir rebajas legales en el marco del Derecho flexible del trabajo[23]. El nexo de unión entre los diferentes intentos de atajar la crisis mediante actuaciones en la legislación laboral ha sido potenciar la adaptabilidad a las necesidades empresariales. Para conseguir tal objetivo, lo hemos reiterado hasta la saciedad, la propuesta ha sido flexibilizar. Depositar, en los mismos sujetos que intervienen en las relaciones labores, en sus mismos protagonistas –y especialmente en el ámbito de la empresa–, la posibilidad de fijar o determinar los rasgos que deben definir la relación laboral atendiendo a la situación concreta de cada unidad de negociación. Pero en espacios cada vez más reducidos, más pequeños, más cercanos a situaciones económicas absolutamente particularizadas.

La consecuencia de trasladar estas opciones a los propios negociadores, junto con el mismo exceso de oferta de mano de obra, se ha podido traducir en las estadísticas oficiales con una manifestación de una rebaja en la calidad del empleo, con una reducción de los niveles salariales y de una mayor temporalidad –aunque es cierto, en cualquier caso, que los negociadores tienen sus posibilidades (más o menos limitadas conforme a la mayor o menor flexibilidad) para revertir esta tendencia en el propio marco de la negociación colectiva–.

En este sentido, las sucesivas reformas laborales como mecanismo potenciador a favor de la flexibilidad[24], tienen a favorecer la aplicación de la supletoridad (o en su caso suplementariedad), de manera que lo regulado en ámbitos superiores sólo resultaría aplicable en defecto de otra regulación completamente distinta en una esfera inferior. La pérdida de la rigidez es evidente: lo que antes era una norma imperativa absoluta, una norma de derecho necesario y que escapaba de la ordenación por otras instancias, vence a favor de la posibilidad de regulación por las partes negociadoras en ámbitos cada vez más reducidos. Pero, no obstante, ello no se consigue, a través de la reiterada articulación específica, sino también, en segundo término, mediante la reconfiguración de las reglas de articulación y concurrencia generales (art. 84 ET y sus excepciones)[25]

Esta ordenación, que no está exenta de problemas de interpretación y que, en consecuencia, ha conducido a un debate judicial significativo, ha permitido una pervivencia ya clásica y prolongada de las reglas de legitimación, con apenas retoques puntuales desde la existencia del ET en su primera redacción[26]. Y ahí es donde siempre ha entrado en juego el diálogo entre la norma y la jurisprudencia a través de la doctrina, reflejando ese Derecho vivo del trabajo.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El artículo que ha sido objeto de comentario sirvió para analizar las líneas generales de la negociación colectiva a dos décadas de la publicación de la versión original del ET. Y, es precisamente la ordenación de la normativa convencional la que se utiliza por el autor, en este caso, para ofrecer una brillante prueba de su magisterio y como ejemplo de su apuesta personal por el reiterado Derecho vivo del trabajo. Un Derecho que partiendo de la norma es analizado e interpretado por doctrina y jurisprudencia, sometiéndose al cambio constante a través de las sucesivas reformas laborales.

[23] Monereo Pérez, J.L. *Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" en VV.AA. El Estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, pág.61.

[24] V.gr. Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", *Temas Laborales*, núm. 118/2013. Pág. 14. Vid. tb. Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación…" *op. cit.*

[25] Vid. de manera global el alcance de la reforma en Piñero, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

[26] En este sentido, puntualmente para dar una cobertura al concepto de notoriedad para los supuestos de negociación colectiva en sectores en los que la estructura empresarial o propinamente repersentativa dificultan las mayorías requeridas para negociar o, en el ámbito de empresa, para dar prioridad a las secciones sindicales cuando suman la mayoría en la unidad negociadora, para incluir los grupos de empresas o empresas en red o para suprimir alguna expresión "distorsoniante". Ha habido, en esta línea, una opción continuista. Olarte Encabo, S. "Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo", *Temas Laborales*, núm. 120/2013, pp. 495 y 496. Vid. Tb. Canalda Criado, S. *loc. cit.*

Es, a la vez, un Derecho que responde a las necesidades sociales y económicas, pero que atiende a una configuración específica.

En este sentido, el autor aprovecha para esbozar los principales caracteres del sistema de negociación colectiva en el marco estatutario, apoyado en el doble canal de representación, lo que le sirve para conectarlo con otras instituciones fundamentales como la Libertad Sindical o la Huelga, siendo especialmente profundo en el análisis de las funciones de los sindicatos respecto a aquella materia.

Un recorrido histórico por la evolución de la negociación colectiva y la acción sindical, precede a la reflexión sobre cuestiones como la descentralización de la misma, los diferentes frutos negociales, la ordenación de la concurrencia o elementos vinculados a la legitimación, presentando, de este modo, en un formato reducido, el más grande de los estudios. Lo que está reservado a los mayores maestros.

Terminamos repitiendo sus palabras, sus conclusiones a partir de su estudio de la negociación colectiva y de su configuración legal: "La vida real […] sólo ofrece experiencias, combinaciones de hechos, productos mixtos en los que la voluntad política logra si acaso logra algo una bisectriz en un cuadro de fuerzas y de intereses. La justicia social como cualquier otra idea avanza en zigzag, en ángulos encontrados. El Derecho positivo laboral sigue siendo una solución política, en nombre de una idea de justicia, a los renovados problemas del trabajo, pero cuidando en distinto grado de intensidad, según las épocas los intereses de la empresa".

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., "Reformar no basta", en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2012.

Alfonso Mellado, C.L. (2022). Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12(2),1–33. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360

Borrajo Dacruz, E. "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral*, Nº 1, 2000.

Casas Baamonde, M.E. "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en VV.AA. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* / María Emilia Casas Baamonde (coord.), Fernando Valdés Dal-Ré (coord.), Wolters Kluwer, 1994, pp. 292-321.

Casas Baamonde, M.E. "Mercado de trabajo y ordenamiento laboral: el alcance de la reforma" en Casas Baamonde, M.E. y Valdés Dal-Ré, F. (Coordinadores), Reforma del Mercado de Trabajo. Colocación, Modalidades de contratación, Protección por desempleo. La Ley, Monografías, Relaciones Laborales, 1994, Madrid.

González Ortega, S. "La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012.

González Ortega, S. "La reforma de la negociación colectiva" en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, (Alarcón Caracuel, M.R. Coord), Marcial Pons, Madrid.

Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.

Guamán Hernández, A. "Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012 una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional", *Revista de derecho social*, núm. 66, 2014.

Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, núm. 57, 2012.

Monereo Pérez, J.L. *Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" en VV.AA. El Estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

Olarte Encabo, S. "Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo", *Temas Laborales*, núm. 120/2013.

Palomeque López, M.C, "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo", en VV.AA. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* / María Emilia Casas Baamonde (coord.), Fernando Valdés Dal-Ré (coord.), Wolters Kluwer, 1994, pp. 246-256.

Piñero, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", *Temas Laborales*, núm. 118/2013.

Ramírez Martínez, J.M. y Sala Franco, T. "In memoriam Efrén Borrajo Dacruz". Publicado el 04/05/2022. Briefs AEDTSS, https://www.aedtss.com/in-memoriam-efren-borrajo-dacruz-por-juan-manuel-ramirez-martinez-y-tomas-sala-franco/

Rivero Lamas, J. "La flexibilidad del trabajo en España" en VV.AA. *Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva* /L. Guimaraes Carvalho Ribeiro y R. Pamplona Filho, Erditora Ltr. Sao Paulo, 1998.

Rodríguez-Piñero, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. *La reforma de la negociación colectiva en Claves de la Reforma Laboral de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi.

Valdés Dal-Ré, F. "Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", en VV.AA. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* / María Emilia Casas Baamonde (coord.), Fernando Valdés Dal-Ré (coord.), Wolters Kluwer, 1994, pp. 257-291.

Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, núm. 18, octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.

Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales del real decreto ley 7/2011 a la ley 3/2012 (de las razones y los efectos)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 33 (2013).

Vila Tierno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

Vila Tierno, F. *La negociacion colectiva como instrumento de flexibiblidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral*, Comares, Granada, 2017.

Vila Tierno, F. y Castro Medina, R. "La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna: Panorama tras el RDl 32/2021", *Revista crítica de relaciones de trabajo*, Laborum, Nº. 4, 2022, pp. 71-96.

VV.AA. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* / María Emilia Casas Baamonde (coord.), Fernando Valdés Dal-Ré (coord.), Wolters Kluwer, 1994.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Los convenios colectivos del trabajo en el XX Aniversario de la Constitución: puntos críticos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. Extra 24, 1999 (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), pp. 9-24.

Los convenios colectivos en el ordenamiento jurídico español: algunos puntos críticos

Collective agreements in Spanish legal system: some critical points

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense
https://orcid.org/0000-0001-9586-7544

Cita Sugerida: GARCÍA MURCIA, J.: "Los convenios colectivos en el ordenamiento jurídico español: algunos puntos críticos", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 69-75

Resumen

En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus estudios incluido en el número 24 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid del año 1999 titulado "Los convenios colectivos de trabajo en el XX Aniversario de la Constitución: puntos críticos".

Palabras clave

Convenio colectivo; negociación colectiva

Abstract

In this work, included in the monograph in honor of Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his studies is analyzed, which was included in issue 24 of the Journal of the Faculty of Law of the Complutense University of Madrid in 1999, entitled "Collective Labor Agreements in the 20th Anniversary of the Constitution: Critical Points".

Keywords

Collective agreement; collective bargaining

I. BREVÍSIMO INTROITO

El número 24 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, publicado en el año 1999, contiene una colaboración de don Efrén Borrajo Dacruz que lleva por título "Los convenios colectivos de trabajo en el XX Aniversario de la Constitución: puntos críticos". Como él mismo quiso resaltar, el profesor Borrajo vio en ese feliz acontecimiento –el vigésimo año de vigencia de nuestro exitoso texto constitucional– una buena ocasión "para reexaminar el régimen jurídico de la negociación colectiva de trabajo en sus bases fundamentales y, dentro de ellas, los criterios centrales de su desarrollo legislativo". Un momento muy oportuno, podríamos puntualizar nosotros, para que don Efrén volviera a reflexionar sobre un terreno –el de la negociación colectiva– que figuraba desde hacía mucho tiempo entre los principales focos de atención de su meticuloso quehacer universitario y su prestigiada trayectoria científica.

Pese a su reducida extensión, son muy numerosos y de muy apreciable profundidad los "puntos críticos" abordados por el profesor Borrajo en ese condensado estudio, en el que afloran sobre

todo cuatro de las preocupaciones habituales del eximio profesor gallego en esta relevante parcela del Derecho del Trabajo (la negociación colectiva): la irradiación de efectos del convenio colectivo más allá de su ámbito formal de aplicación, la necesidad de flexibilización del "modelo legal español de convenio colectivo de trabajo", la diferente consideración dada por nuestro sistema jurídico a los "convenios colectivos extraestatutarios" en comparación con los "estatutarios", y la creciente presencia de esa peculiar manifestación de la negociación colectiva que, a falta de un nombre mejor, venimos conociendo desde hace algún tiempo con la inexpresiva e imprecisa denominación de "acuerdos de empresa".

Todas esas cuestiones son objeto del perspicaz e irreductible juicio de don Efrén Borrajo a lo largo de esas catorce páginas, y, con mayor o menor medida, de todas ellas nos ocuparemos a lo largo de nuestras modestas palabras de homenaje. Pero si hubiera que hacer un ejercicio de compresión aún mayor, bastaría con dibujar dos grandes ejes para sistematizar las agudas reflexiones del maestro Borrajo en ese interesante opúsculo. De un lado, la capacidad del convenio colectivo de afectar a zonas de las relaciones sociales situadas extramuros del puro ámbito de las relaciones de trabajo. De otro, la conveniencia de dotar a los sujetos negociadores y a los procedimientos de negociación colectiva de mayores espacios de autonomía y mayores márgenes de maniobra. De ahí que el texto que comentamos se erija y se exprese en una doble clave: la constatación de determinadas realidades y la proposición de algunas alternativas. Es algo que siempre ha formado parte de la labor doctrinal de don Efrén: la identificación de puntos débiles en el sistema y la correlativa enunciación de respuestas potencialmente más apropiadas.

II. PROTAGONISMO LABORAL Y TRASCENDENCIA SOCIAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Bajo esos criterios y presupuestos, nos empieza a decir el profesor Borrajo que "sería obligado atender al papel que están cumpliendo los convenios colectivos en el Ordenamiento jurídico español", con la precisión (que al mismo tiempo es una clara advertencia) de que su opción de aludir en términos generales al "ordenamiento jurídico" en lugar de hacerlo al estricto ordenamiento "jurídico-laboral", se debía a un deliberado propósito de poner de relieve, como dato crucial, que "el Convenio Colectivo trasciende, con mucho, el marco jurídico laboral". Nos llega a decir, en ese sentido, que el pacto colectivo de condiciones de trabajo "es una institución jurídica temible", pues, además de afectar de modo directo e inmediato a la situación profesional y, por lo tanto, a la situación vital de millones de personas, atañe también a sujetos ubicados en otras zonas del concierto social. Para el profesor Borrajo, el convenio "tiene una vertiente *laboral*; o si se prefiere, tiene una vertiente *social*, pero tiene también, se quiera o no se quiera, una vertiente *económica*". Dirige sus efectos a trabajadores y empresarios, pero también alcanza a otros actores de la vida social y económica que, sin estar en su ámbito de aplicación, pueden sentir sus consecuencias en su condición de "concurrentes", "competidores", "clientes" o "compradores de productos y servicios", entre otras posibles hipótesis.

Habla el profesor Borrajo de una realidad que, sin duda alguna, es incontestable e insoslayable, aparte de que sus reflexiones a tal efecto sean también extraordinariamente sugerentes. Es evidente que el convenio colectivo, siendo una institución típica y rabiosamente laboral, tiene también interés desde la perspectiva general del "ordenamiento jurídico" (y no sólo desde el sistema de relaciones de trabajo), y es claro asimismo que la regulación elaborada a través de un proceso de negociación colectiva puede tener alguna clase de impacto en el devenir de la economía (y no sólo en el contexto de las nudas obligaciones jurídicas). Sin embargo, frente a esa fácil constatación, de la que el profesor Borrajo se hace una especie de abanderado, da toda la impresión de que quienes por una u otra razón o desde una u otra perspectiva tenemos algo que ver con el sistema de negociación colectiva, no hemos conseguido aún despejar o describir el lugar que corresponde al convenio colectivo en esas otras esferas, o, por decirlo de otro modo, la aportación del convenio a la vida económica y social más allá de su genuina condición de fuente de regulación de la relación de trabajo.

En efecto, si nos fijamos en primer término en la configuración global de nuestro ordenamiento jurídico, podemos comprobar de manera inmediata que el pacto o acuerdo colectivo sigue falto aún de una recepción a la altura de los tiempos, capaz de reflejar su protagonismo en la creación de derechos y deberes. Es innegable que constituye *de facto* una pieza más del sistema de fuentes del Derecho, pero lo cierto es que en ningún momento se ha propuesto la actualización a estos fines de nuestras estructuras tradicionales, en especial las de nuestro venerable Código Civil, donde sigue siendo un gran desconocido. No sabemos si por falta de consenso por parte de la doctrina, por falta de la imprescindible toma de conciencia por parte del legislador, o, sencillamente, por la exclusiva mención del texto constitucional a la negociación colectiva "laboral". Con todo, son datos ya irrebatibles, y probablemente irreversibles, que en la España postconstitucional la técnica de la negociación colectiva ha venido experimentando una creciente expansión. No sólo porque ha logrado incorporarse de forma plena al ámbito de la función pública, sino también porque ha conseguido inmiscuirse en un terreno tan particular como el trabajo autónomo, especialmente mediante los denominados "acuerdos de interés profesional" de los trabajadores autónomos "económicamente dependientes". Hay que tener en cuenta, además, que un poder de regulación cercano a la autonomía colectiva se ha conferido desde la Ley 38/1994 a las organizaciones interprofesionales agroalimentarias (cuyos acuerdos internos, dadas ciertas condiciones de representatividad, pueden ser objeto de extensión "al conjunto total de productores y operadores del sector o producto" tras su recepción en orden ministerial), y que con la Ley 7/1998 las "condiciones generales de la contratación" (sin dejar de ser "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes") recibieron un cierto grado de racionalización desde la perspectiva de su condición de fuente de regulación de los contratos. Luego, ¿qué obstáculos insuperables pueden existir para cuando menos pensar en una recepción más plural de la negociación colectiva como instrumento de regulación de la vida social?

Tratemos de adentrarnos ahora en las posibles afectaciones del convenio colectivo laboral, que sigue siendo por supuesto la manifestación más paradigmática de la técnica de la negociación colectiva. Es un efecto previsible y natural del convenio colectivo su afectación a las relaciones de trabajo comprendidas en el radio de acción de los sujetos negociadores, con independencia de que ese espacio sea delimitado mediante la clásica representación de voluntades (versión liberal, por así decirlo, de la negociación colectiva), o de que se acote mediante el expediente más singular y moderno de la representación *ex lege* o institucional (que entraña por definición un grado mayor de intervención del legislador). Pero más cuestionable pudiera ser que la regulación acordada entre quienes contienden en las relaciones de trabajo produzca efectos más allá de ese estricto ámbito, ya sea por seguir involucrando a personas que, habiendo formado parte del grupo profesional de referencia en versiones anteriores del convenio, quedaron fuera del mismo a partir de determinado momento (como es el caso de los pensionistas), ya sea por afectar de algún modo a personas ajenas por completo a la dinámica de las relaciones de trabajo ordenadas por el convenio. En este último caso estamos de forma estricta ante los llamados "terceros", hipótesis nada remota que por lo demás está contemplada expresamente por la legislación laboral al procurar medios de impugnación directa de la norma pactada en caso de lesión grave de derechos o intereses legítimos. En el primer ejemplo, como con cierta resignación exponía el profesor Borrajo, siguen faltando aún cauces claros de reacción para los posibles afectados, en tanto que su eventual condición de terceros queda notablemente atenuada por la sencilla razón de que son titulares de derechos que al fin y al cabo proceden del convenio colectivo en cuestión, que al igual que puede crearlos puede revisarlos o restringirlos, al menos mientras no obtengan el pertinente blindaje de parte de la ley.

Echemos una mirada, finalmente, al sistema económico y productivo en su conjunto, para el que, como bien señala Borrajo, el convenio colectivo puede causar efectivamente efectos de diversa consideración. Situados en este contexto, es bueno recordar que la supresión de los denominados "cuerpos intermedios" a partir de la revolución liberal supuso el inicio de una línea de regulación contraria a las coligaciones o conciertos para alterar el precio del trabajo y del producto. Es verdad

que desde hace mucho tiempo (desde la aceptación expresa o implícita de la autonomía colectiva, hace ya más de un siglo), tanto el convenio colectivo como, en general, la "acción colectiva", han conseguido escapar de esa clase de prohibiciones, pero ello no significa que hayan dejado de ser indiferentes desde la perspectiva económica. Como bien hemos podido notar en el contexto del mercado europeo, la actividad de negociación colectiva presupone una coalición de intereses que, de no ser por su indiscutible base social, podría verse frenada por las reglas de libre competencia. No se trata de que el convenio colectivo pueda tener efectos económicos, pues tal cosa va de suyo en tanto que fija precios y costes. Se trata, más bien, de la posibilidad (más o menos fundada, más o menos remota) de que lo pactado en convenio colectivo incurra en prácticas indeseables desde el punto de vista económico por generar posiciones de abuso o falsear la competencia en beneficio de los sujetos negociadores o de quienes ellos representan en perjuicio de otros, pertenezcan o no al ámbito de aplicación del convenio. El cumplimiento de la función institucional del convenio colectivo ahuyenta esos posibles riesgos. Pero, como bien ponía de relieve el profesor Borrajo, no está de más vigilar que el aumento de costes de producción que normalmente acarrea el convenio colectivo (por subida de salarios o mejora de otras condiciones de empleo) no persiga el efecto de expulsión del mercado de agentes económicos menos poderosos. El aumento en sí mismo no es nada anómalo ni inquietante. Lo podría ser, a lo sumo, el móvil o ánimo subyacente.

III. LA IDEA DE FLEXIBILIZACIÓN DEL MODELO LEGAL DE CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO

Los apuntes anteriores son en buena medida los soportes utilizados por el profesor Borrajo para apostar por una flexibilización de lo que él mismo llama "modelo legal de convenio colectivo de trabajo". De entrada, la operación flexibilizadora del régimen jurídico de la negociación colectiva debería servir, a juicio de don Efrén, para "garantizar la seguridad jurídica de los sujetos obligados, de los beneficiarios y de los terceros respecto de la negociación", esto es, para mejorar la respuesta legal a los problemas que, según las anotaciones anteriores, pueden derivarse del impacto del convenio colectivo en personas o grupos que no tienen posibilidad alguna de intervenir en su negociación (como es el caso, particularmente, de quienes reciben complementos de jubilación a cargo de su antiguo empleador). Pero en un plano más estructural, las palabras del profesor Borrajo también pretendían ser una reivindicación en pos de la apertura (en sentido flexibilizador) del régimen jurídico de la negociación colectiva que venimos teniendo desde el Estatuto de los Trabajadores, que él, a la vista de sus raíces y de buena parte de sus elementos congénitos, calificaba de *semi-corporativo*. Propugnaba don Efrén, más explícitamente, una adaptación de nuestro entramado legal de convenios colectivos "a las peculiaridades socio-laborales propias de un sistema económico y social más espontáneo y más rico en materiales en los que la libertad de sindicación es, también, un derecho *individual*, con manifestaciones positivas *plurales* o, sin más, *negativas*".

A tal efecto, el propio profesor Borrajo proponía una especie de programa de reformas del régimen jurídico vigente en aquellos momentos. Un plan en toda regla, podríamos decir, en tanto que prácticamente alcanzaba a todo el armazón de nuestro sistema de convenios colectivos. Se refería, para ser más concretos, a la delimitación de los ámbitos de negociación (para dar entrada, por ejemplo, a los grupos de empresa), a la determinación de los sujetos legitimados para negociar regularmente (con una amplia panoplia de posibles representantes colectivos más allá de los sindicatos y los comités de empresa), a las manifestaciones más típicas de la que en una visión de conjunto podríamos calificar como negociación interprofesional o general (con inclusión de los acuerdos marco y otros productos convencionales), a los criterios de distribución de materias entre los diferentes niveles de negociación (para reservar parte de ellas al convenio colectivo de empresa), a las reglas de sucesión entre convenios (principalmente para excluir de su afectación los compromisos por pensiones), al procedimiento de negociación (para proporcionar mayor autonomía a las unidades apropiadas de negociación respecto del convenio colectivo de ámbito superior), a las competencias de las comisiones paritarias (para

reforzarlas), y a la intensificación de la fuerza vinculante de lo pactado mediante el principio de confianza legítima (al menos con referencia al convenio supraempresarial una vez "homologado" por la autoridad laboral). Un programa evidentemente ambicioso y radical, pero eso no significa que fuese quimérico o irrealizable. De hecho, el proceso de reforma laboral desplegado en nuestro país desde los años ochenta del siglo pasado ha dejado sentir sus efectos en más de uno de estos temas. Por ejemplo, en las reformas del siglo XXI se ha procedido a una ruptura parcial de las reglas generales de no concurrencia para ampliar las posibilidades de los convenios colectivos de empresa.

Detengámonos, en todo caso, en tres de los puntos críticos identificados por el profesor Borrajo en el trabajo que estamos reseñando, que por aquellas fechas constituían, por lo demás, otros tantos temas de debate en el seno de nuestra doctrina laboralista (tan activada e impulsada, dicho sea de paso, por don Efrén). El primero conecta con la calificación de (semi)corporativismo dirigida a nuestro sistema postconstitucional de negociación colectiva, con la que muy probablemente el profesor Borrajo quería alertar acerca de su marcada conexión con los "convenios colectivos sindicales" del régimen anterior. Desde ese punto de vista, es claro que el centro de atención recae en el carácter normativo y la eficacia general atribuida a los que venimos llamando convenios colectivos "estatutarios" (esto es, los negociados conforme al Estatuto de los Trabajadores), que desde luego pone de manifiesto una acusada línea de continuidad con sus precedentes más inmediatos y que a la postre deriva de la previa determinación y selección de los sujetos negociadores. Si la legitimación para negociar sólo se atribuye a determinados agentes no es por capricho del legislador, sino por el designio de convertirlos en representantes institucionales del conjunto de trabajadores y empresarios del ámbito funcional y geográfico de referencia. Eso es lo que viene ocurriendo desde que se prepararon los primeros proyectos o documentos para dar respuesta al encargo del artículo 35.2 de la Constitución, y lo que finalmente quedó acuñado en nuestro sistema, en íntima conexión, como es de sobra sabido, con el uso intensivo de los criterios de representatividad. Pero. Bien mirado, no es una característica que responda tan sólo a modelos corporativistas, ni que tenga como único precedente lo sucedido en el régimen franquista. En realidad, la preferencia de nuestro legislador por un convenio colectivo de eficacia general que actúe como "norma de la profesión" arranca de nuestras primeras leyes laborales y, si se quisiera ser más minucioso, desde las previsiones de desarrollo convencional de la ley de descanso dominical de 1904. A partir de ahí ha estado presente en nuestro sistema con independencia de las vicisitudes políticas y jurídicas experimentadas por nuestro país, como una constante hasta tal punto enraizada en nuestros hábitos que parece imposible de extirpar. Ha sido capaz de mantenerse, para más señas, tanto en las etapas de mayor fuerza corporativista (correspondientes en buena medida con los sistemas políticos autoritarios) como en los periodos de mayor dosis democrática (como la Segunda República y el actual régimen constitucional). Ha variado, naturalmente, en su formulación, y ha variado también su contexto. Pero la opción por el convenio colectivo negociado y firmado por una instancia mayoritaria (o unificada) con eficacia erga omnes la podemos constatar en todos los textos legales que desde comienzos del siglo XX han regulado el marco de nuestra negociación colectiva. No extraña, pues, que esa fórmula convencional haya logrado subsistir también en nuestro moderno sistema de relaciones laborales, y que una y otra vez haya conseguido superar los muchos y variados embates críticos que de vez en cuando ha venido recibiendo desde la doctrina científica o desde los propios medios profesionales. Quizá porque, más allá de las contradicciones o los elementos de rigidez tan oportunamente anotados por don Efrén, ha venido aportando indiscutibles dosis de estabilidad.

Un segundo punto crítico en este terreno de la negociación colectiva ha sido siempre para el profesor Borrajo el relativo a los convenios colectivos que llamamos "extraestatutarios" (o a veces "informales"), como contrapunto a los que se han mencionado en el párrafo anterior. En determinadas épocas de nuestra pequeña historia de la negociación colectiva no se han dado condiciones legales para esta otra vía de negociación de condiciones de trabajo, sencillamente porque, como ocurrió durante el régimen franquista, tan sólo se llegó a admitir (y sólo tras unas primeras

décadas de prohibición) el convenio estrictamente estipulado por la legislación de referencia (que era precisamente un convenio "para todos", pues en aquel tiempo no parecía concebible otra cosa). Pero el convenio de "eficacia limitada" no ha sido desconocido ni mucho menos en la trayectoria histórica de nuestro sistema de relaciones laborales. Normalmente, junto al convenio colectivo de eficacia general (más institucionalizado e intervenido por la ley), se ha permitido y en ocasiones previsto una vía paralela de negociación colectiva informal, a cargo, simplemente, de los sujetos colectivos que tuvieran entre sus fines y medios esa clase de actividad (como es lo propio de las asociaciones profesionales de trabajadores y empresarios). La legislación de la Segunda República admitía esa clase de convenios colectivos (negociados directamente por asociaciones profesionales y no por los jurados mixtos), y nuestra legislación actual no ha tenido más remedio, como acredita la experiencia, que aceptar su existencia y viabilidad. No hemos podido advertir aún, sin embargo, una actitud decidida de nuestro legislador hacia el reconocimiento de tales pactos colectivos, que verdaderamente deben su incrustación y su subsistencia en el actual régimen constitucional a la labor inicial de la jurisprudencia. En todo caso, desde hace ya bastante tiempo podemos contar con algunas muestras de su creciente aceptación por el sistema legal vigente, particularmente a la hora de regular las decisiones de modificación de condiciones de trabajo en el interior de las empresas y en relación con la eventual intervención jurisdiccional con fines de interpretación de sus cláusulas o de corrección de posibles vicios de legalidad en su contenido. Probablemente al profesor Borrajo le habría gustado una recepción más explícita y consciente de estos frutos de la negociación colectiva, que tal vez sean, por cierto, los más naturales en un sistema asentado en el principio de autonomía colectiva. No en vano, son los convenios colectivos más habituales en los países de tradición libre y democrática, sin perjuicio de sus esfuerzos, también típicos, por garantizar en todo momento la posibilidad de extensión (para alcanzar por esa otra fórmula la siempre anhelada eficacia general). Sigue siendo muy razonable su preocupación (científica y práctica) no sólo por la naturaleza jurídica de los convenios colectivos informales, sino también, y más aún, por sus excesivas dosis de inseguridad en cuanto al valor de sus preceptos (¿normativo o contractual?), a la forma de llevar a efecto sus previsiones en el ámbito más concreto de la relación laboral, a su complicada articulación con la autonomía de la voluntad expresada en el contrato de trabajo, o, en fin, a su insoslayable diagnóstico desde perspectivas tan relevantes para una "norma profesional" como las que atañen a su vigencia o su potencial concurrencia con otros convenios. De momento nos salva, no obstante, el hecho cierto de que los convenios extraestatutarios no hayan dejado de ser en nuestro actual sistema una excepción a la regla, y de que no se atisben en el horizonte augurios con suficiente poder de convicción o persuasión como para pensar en un cambio del estado de cosas, cuando menos en un futuro próximo.

El tercer punto de interés en la obra del profesor Borrajo que nos sirve de base para estas breves y modestas reflexiones se refiere a los acuerdos de empresa, como producto singular de la negociación colectiva que no se deja adscribir a ninguna de las categorías precedentes. Seguramente se sitúa más cerca de los convenios colectivos estatutarios que de los extraestatutarios, por cuanto, además de gozar de cierta tipificación legal, sus efectos llegan necesariamente al conjunto de los trabajadores del ámbito funcional de referencia, que por definición tiene que ser la empresa o, si se quiere decir así, la realidad o estructura empresarial (desde la empresa en su sentido más puro y pleno hasta otras posibles unidades pertenecientes a la empresa o creadas a partir de la empresa, como el centro de trabajo o el grupo de empresas). Pero son productos convencionales que no siguen en su configuración las reglas o pautas propias de la negociación colectiva estatutaria, ni que, a decir verdad, lleguen a merecer la condición propia de un convenio colectivo, entre otras razones por su contenido monográfico y su selectiva función institucional. Por supuesto, tampoco se ajustan bien a la idea que podamos tener de convenio colectivo extraestatutario, que, al margen de sus muchas particularidades (y de sus diferencias con el estatutario), no deja de ser un convenio colectivo propio (con nombre y apellidos) en lo que se refiere a su potencial contenido y a su función reguladora. Así las cosas, los acuerdos de empresa son inevitablemente un *tertium genus* en nuestro catálogo de pactos colectivos, acaso imprescindible en un sistema basado en la autonomía colectiva (que entraña

posibilidades de acción de las representaciones colectivas de trabajadores y empresarios), y con toda seguridad útil para la ordenación y gestión de las relaciones de trabajo a escala empresarial. En parte, por su mayor grado de agilidad y especialización en comparación con el convenio colectivo. Y en parte por sus ingredientes de participación de los trabajadores en la empresa, que los convierte en un medio extraordinariamente apto para abordar de forma cotidiana y casuística las necesidades empresariales en relación con su plantilla. En todo caso, es difícil soslayar su fuerte conexión con el producto estrella de nuestro sistema, es decir, con el convenio colectivo estatutario. De hecho, los acuerdos de empresa pueden actuar como alternativa al convenio colectivo (o remedio subsidiario a falta del mismo), como complemento de esa regulación convencional básica con el objetivo común de proporcionar una ordenación dúctil y actualizada de las relaciones de trabajo en la esfera interna de las empresas, y como pieza de modulación de la eficacia general en coyunturas de crisis mediante el descuelgue a escala empresarial de las reglas de proyección general en el ámbito profesional de referencia.

IV. PEQUEÑO EPÍLOGO

De cualquier modo, el relativo asentamiento de los acuerdos de empresa en nuestro pequeño mundo laboral no es óbice para entender bien las sabias llamadas del profesor Borrajo al legislador con vistas a la mejora de su estatuto legal y, en última instancia, con el objetivo de incrementar sus niveles de certeza y seguridad jurídica. Llamadas que, como hemos podido ver, don Efrén conjugaba con propuestas de flexibilización y racionalización para los dos grandes canales de negociación colectiva de nuestro país: la primera (con pretensiones esenciales de agilidad) para los convenios colectivos estatutarios y la segunda (con objetivos mayormente de juridificación) para los extraestatutarios. En realidad, quien fuera maestro de tantos laboralistas pedía hace algo más de veinte años una reconsideración a fondo de nuestro sistema de negociación colectiva, una vez culminado su rodaje y alcanzada su madurez dentro del marco constitucional. Una reconsideración en la que convenios estatutarios, convenios extraestatutarios y acuerdos de empresa aparecían inevitablemente como principales focos de atención, pero en la que también se querían abrir espacios suficientes para abordar otros problemas más o menos colaterales, fundamentalmente referidos a la naturaleza, eficacia y modo de operar de otros muchos frutos posibles de los procesos de negociación (que son también de transacción) en el sistema de relaciones laborales, como los acuerdos de paz, los acuerdos de conciliación o mediación o los laudos arbitrales equiparados en su valor y sus funciones al acuerdo colectivo. En buena medida, los problemas siguen. En buena lógica, deberíamos seguir atentos a su evolución, entre otros motivos para honrar como se merece la memoria de don Efrén.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Eficacia jurídica del AES", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 1985, pp. 721-732.

Eficacia jurídica del AES

Legal effectiveness of the AES

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León.
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Cita Sugerida: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Eficacia jurídica del AES", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 77-89

Resumen

Concebido el diálogo social como seña de identidad de un modelo democrático, avanzado y maduro de relaciones laborales, el Dr. Borrajo, con grandes dosis de fineza jurídica e incuestionable magisterio, desgrana el contenido plural del Acuerdo Económico y Social para 1985 (AES), integrado, de un lado, por el Acuerdo de tal nombre propiamente dicho, que firman el Gobierno, la representación patronal (CEOE y CEPYME) y la representación laboral (UGT en solitario), y, de otro, por el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, suscrito por las representaciones patronal y laboral mencionadas.

Palabras clave

concertación social; diálogo social; sindicatos; asociaciones patronales; legislación negociada; acuerdos interprofesionales

Abstract

Conceived as a sign of identity of a democratic, advanced, and mature model of labor relationships, Dr. Borrajo, with large doses of legal finesse and unquestionable teaching, delves into the plural content of the Economic and Social Agreement for 1985 (AES), made up, on the one hand, by the Agreement of that name properly speaking, signed by the Government, the employer representation (CEOE and CEPYME) and the labor representation (UGT alone), and, on the other hand, by the Interconfederal Agreement for Collective Bargaining, signed by the aforementioned employer and labor representation.

Keywords

social partnership; social dialogue; trade unions; employers' associations; negotiated legislation; collective bargaining

I. INTRODUCCIÓN

Aunque resulta ocioso elogiar las virtudes del profesor Borrajo por ser conocidas de todos, no me resisto a señalar la gran satisfacción que me produce revisitar uno de sus ensayos, caracterizado, como siempre, por la solidez de sus opiniones, solvencia dogmática, pulcritud expositiva, profundidad intelectual, contrastada calidad, así como destacado cartesianismo al cohonestar hecho y Derecho.

Con grandes dosis de fineza jurídica e incuestionable magisterio, el Dr. Borrajo desgrana, en esta ocasión, el contenido plural del Acuerdo Económico y Social para 1985 (AES), publicado en el BOE de 10 de octubre de 1984, por Resolución de 9 de octubre de 1984 del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), e integrado, de un lado, por el Acuerdo Económico y Social propiamente dicho, que firman el Gobierno, la representación patronal (CEOE y CEPYME) y la representación laboral (UGT, en solitario) y, de otro, por el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-1986 (AINC), suscrito por las representaciones patronal y laboral citadas.

Pese a constituir el AES un único documento, cada una de sus partes merece, a juicio del Dr. Borrajo, reflexiones independientes sobre su catalogación conceptual, dada su naturaleza y eficacia distintas, alcanzando síntesis conclusivas de utilidad práctica e interés doctrinal compartidas por otros autores ante la "pluralidad y diversidad de cláusulas; unas, que afectan a todos los firmantes; otras, sólo al Gobierno, y otras a las organizaciones sindicales y empresariales"[1].

II. COMENTARIO

Las experiencias de concertación social en España se remontan bastante atrás en el tiempo, hasta el extremo que puede decirse que constituye una realidad asentada desde hace más de cuatro décadas en nuestro sistema de relaciones laborales. En concreto, ya a la altura de 1979 se puede identificar la primera experiencia nacional de concertación social, a través del Acuerdo Básico Interconfederal de julio de tal anualidad. A partir de esa fecha, puede afirmarse que la concertación social se presenta como un elemento más del sistema, connatural al mismo y que parece haber surgido sin mayores obstáculos[2]. Pieza clave dentro de este *iter*, es el AES, analizado con rigor y minuciosidad por el Dr. Borrajo.

II.1. Estructura

Desde el equilibrio y la coherencia en la argumentación, el Dr. Borrajo trasciende el análisis apegado al tenor del macro-pacto suscrito en el año 1984, para realizar una atinada reflexión sobre el modelo del diálogo social, sistematizada en tres partes convenientemente hilvanadas sin dejar ningún cabo suelto:

Con prodigiosa pluma, desciende, en primer lugar, al contenido del Acuerdo tripartito (arts. 3 a 23), que incorpora materias de tanta enjundia para el interés general como incentivos fiscales a la inversión y tratamiento fiscal de las rentas más bajas; retribuciones del personal del sector público; protección a los desempleados; Seguridad Social (cotizaciones, revalorización de pensiones, reforma de la protección social); salud laboral; contratación y formación profesional; armonización de la legislación laboral española con la característica de la Unión Europea; participación institucional; empresas públicas; patrimonio sindical acumulado ; y, en fin, constitución y funcionamiento de una Comisión de Seguimiento del propio AES[3].

Tras realizar un repaso certero de cada uno de estos apartados que no incorporan sino compromisos asumidos por el Gobierno a reflejar en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, en la iniciativa legislativa y en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y tomando como referente el precedente Acuerdo Nacional del Empleo (ANE) de 1981-1982 y los pronunciamientos del Tribunal Central de Trabajo sobre su consideración técnico-jurídica, que niegan su naturaleza normativa y su obligatoriedad personal general, el Dr. Borrajo encuentra un elocuente denominador común a la primera parte del AES: sus cláusulas "son compromisos políticos y su eficacia es igualmente

[1] Rojo Torrecilla, E. y Pérez Amorós, F.: "El Acuerdo Económico y Social", *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985, p. 61.

[2] Cruz Villalón, J.: "Caracterización de la concertación social en España", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006, p. 23.

[3] Desde un punto de vista descriptivo, los pactos sociales tripartitos exigen la concurrencia de tres elementos, subjetivo, objetivo y teleológico. Subjetivamente, no hay pacto o contrato social sin la presencia del Gobierno y de los antagonistas sociales, siendo, de modo necesario Un acuerdo a tres bandas, convertidos los actores en contratantes; objetivamente, todo pacto social es un pacto de política de rentas y salarios que persigue, al margen de otras posibles regulaciones accesorias, una limitación del crecimiento salarial, conllevando ventajas y desventajas para cada una de las partes firmantes, las cuales se acaban por valorar, globalmente, de modo positivo; en fin, desde el punto de vista jurídico, estos pactos sociales pueden configurarse como negocios plurilaterales, y, en particular, como contratos coligados, porque las partes firmantes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio jurídico único para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos las finalidades que persiguen o pretenden. De La Villa Gil, L.E.: "La concertación social", en *Transformaciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Barcelona, Instituto de Estudios Laborales, 1989, p. 325.

política y, por tanto, no exigible ante los Tribunales judiciales". O, utilizando otros términos también esclarecedores, "al compromiso político se corresponde una responsabilidad política, con sanciones igualmente políticas, por ejemplo en términos de rechazo electoral, protestas sociales (ejercicio colectivo de los derechos de expresión, manifestación, etc.)"[4]. Se trata, a la postre, como han señalado otros autores que con posterioridad se han acercado al texto analizado, de un "pacto entre caballeros"[5], que reposa en la fuerza social y política de las partes firmantes y en la coacción social y política que ella produce en cuanto al respeto de lo acordado lo cual hace que sea imposible para los particulares reaccionar jurídicamente ante un incumplimiento y tampoco pueden los jueces disponer de la aplicación de un acuerdo que carece de valor jurídico[6].

Con su característica brillantez, se adentra, en segundo lugar, en el AINC, Acuerdo bipartito integrante del AES total pero dotado de entidad propia, que queda, deliberadamente, por voluntad de las partes firmantes fuera del marco convencional estatutario, al faltar "requisitos sustanciales de fondo y requisitos instrumentales de forma". Así, de un lado, la parte sindical no cumple la exigencia esencial de representar como mínimo "a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal en su caso" (incumpliendo los términos del art. 88.1 ET); y, de otro, aun cuando publicado en el BOE, no se sometió al control de la autoridad laboral ni a los trámites de registro y posterior remisión, desde dicha autoridad, para su depósito, sino que se presentó directamente en el IMAC (transgrediendo el tenor del art. 92.2 a 5 ET). Por estas mismas razones, el profesor Borrajo entiende, con gran capacidad expresiva, que, "al reducirse a un convenio colectivo irregular (no conforme al título III ET), será siempre, según interpretación judicial dominante, un pacto colectivo contractual (sin eficacia directa e inmediata) y de eficacia personal limitada (no aplicable erga omnes)", de manera que, según tal tesis, "el convenio negociado con incumplimiento del Acuerdo Interconfederal resultaría jurídicamente válido, surgiendo una responsabilidad contractual entre las partes firmantes del convenio marco por incumplimiento del mismo, concretable en una indemnización de daños y perjuicios"[7]. En definitiva, "no puede valorarse como un macro-pacto estatutario, sino un convenio de eficacia limitada"[8].

En tercer lugar, la conclusión, trazada con tino, se presenta obvia: el Pacto integra una categoría contractual *sui generis*, conformado por unos acuerdos tripartitos de carácter político y otros bilaterales de semblanza contractual[9], conformando un "todo unitariamente concertado", donde el Acuerdo tripartido pasa a ser el presupuesto base del Acuerdo bilateral, de suerte que el incumplimiento del primero constituirá causa suficiente, en aplicación de la pauta "rebus sic stantibus" o del principio de "equivalencia de las prestaciones", para la denuncia y resolución del segundo en cuanto relación obligatoria sinalagmática. Incorpora, por ende, "contrapartidas legitimadoras entre los agentes implicados", no en vano lo característico de este Acuerdo fue el establecimiento de un

[4] La presencia en ellos del poder constituido "les aleja, por hipótesis, de la negociación bilateral (sindical-patronal) en que la negociación colectiva consiste". De La Villa Gil, L.E.: "Acuerdos interprofesionales y otros macro-pactos en la realidad social española", publicado en el libro *Los Grandes pactos colectivos a partir dela transición democrática. Antología,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 15 y ss.

[5] Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M.: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 1985, p. 745.

[6] Moreno Vida, M.N.: "Naturaleza jurídica de los Pactos Sociales", en Ojeda Avilés, A., Dir., *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 81.

[7] Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M.: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 1985, p. 749, que apuestan por su carácter normativo.

[8] De La Villa Gil, L.E.: "Acuerdos interprofesionales y otros macro-pactos en la realidad social española", publicado en el libro *Los Grandes pactos colectivos a partir dela transición democrática. Antología,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 15 y ss.

[9] STS 9 marzo 1985 (RA 4067/1986) ó STCo 39/1986, de 31 de marzo. En parecido sentido, la doctrina, coincidiendo con la tesis del Dr. Borrajo, ha destacado "la naturaleza programática del título primero y la naturaleza de acuerdo interconfederal el segundo, pero situado extramuros del ET, por no haber sido suscrito por todas las organizaciones sindicales más representativas y con legitimación para convenir". Rojo Torrecilla, E. y Pérez Amorós, F.: "El Acuerdo Económico y Social", *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985, p. 65.

gran número de instancias, formalizadas o no en Comisiones, de encuentro entre el Gobierno y los interlocutores sociales; a cambio, en el Acuerdo Interconfederal inserto en el AES, se volvió a establecer una política de rentas, así como temas referidos a la productividad, absentismo, estructura de la negociación colectiva e instrumentos de pacificación de conflictos[10].

Esta secuenciación ha servido como pórtico para que autores que se han aproximado con posterioridad al tema realicen afirmaciones suficientemente apuntaladas, tal y como sucede con la gráfica representación de "este pacto global, no como un triángulo cerrado sino como un ángulo, con un vértice y dos lados, en el centro del cual no está el gobierno, sino el sindicato, en la medida que asume obligaciones jurídicas frente al empresariado a cambio de contrapartidas de naturaleza política por el gobierno; en este esquema contractual, la patronal, con cláusulas de descuelgue, que hacen depender el pacto de una favorable situación económica o que convierte la situación excepcional en regla, se compromete a poco, siendo testigo fiscalizador de la posible magnanimidad del gobierno"[11]. Sea como fuere, la interferencia entre ambas figuras, compromisos tripartitos y compromisos bilaterales, redundan en un logro global: la conquista del "consenso"[12] en aras a la "estabilización económica y social"[13].

II.2. Diálogo y concertación social

Dejando claro que con el presente comentario sólo se pretende aproximar sumariamente el rico trasfondo institucional y teórico de las consideraciones vertidas por el Dr. Borrajo capaces de poner certidumbre sobre la exégesis de los denominados pactos sociales, es menester recordar la oportunidad de la canalización pacífica, institucionalizada, de las numerosas y muy diversas controversias desarrolladas en el marco de las relaciones laborales[14]. No significa ello, empero, efectuar un juicio de desvalor sobre el conflicto, que lógicamente debe seguir existiendo como motor de progreso en las condiciones de trabajo, pero su manifestación debe transmutar desde un ámbito meramente redistributivo hasta alcanzar un cariz transaccional[15]. Deviene imprescindible, pues, apostar desde todos los ángulos por la negociación, el acuerdo y el diálogo, en la medida en que en muchas ocasiones es "mejor un paso atrás negociado" que "un paso atrás unilateralmente impuesto"[16].

El diálogo social constituye, así, una seña de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro de relaciones laborales. Entendido como una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, no cabe duda de que influye sobre ella, pero también la legitima adicionalmente[17], no en vano proporciona "las capacidades institucionales necesarias para navegar el futuro de las transiciones"[18].

[10] Moreno Vida, M.N.: "Los Acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 92.

[11] Pérez Pérez, M.: "La concertación social ante el Tribunal Constitucional: ¿una cuestión jurídica?", en Ojeda Avilés, A., Dir.*, La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 69.

[12] Moreno Vida, M.N.: "Naturaleza jurídica de los Pactos Sociales", en Ojeda Avilés, A., Dir., La concertación social tras la crisis, Barcelona, Ariel, 1990, p. 82.

[13] Ortiz Lallana, C.: "Aproximación a los objetivos y métodos de una nueva política de concertación social en España", en Ojeda Avilés, A., Dir., *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 127.

[14] Molina Navarrete C.: "Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales. Balance de convergencias y divergencias 30 años después", *Temas Laborales*, núm. 54, 2020, p. 80.

[15] Durán López, F.: "El futuro del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996, p. 609.

[16] Grouch, A.: "Un commento al saggio di Simitis", *Giornale di Diritto Lavoro e di Relazioni Industriale*, núm. 76, 1997, p. 648.

[17] Baylos Grau, A.: "El futuro de las normas del trabajo que queremos", en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, MEYSS, 2017, p. 123.

[18] OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra (OIT), 2019.

Los Estados necesitan del "consenso de los actores sociales para lograr la cohesión"[19], de manera que el diálogo social dota de legitimación suplementaria a la iniciativa gubernamental para la aprobación de normas legales y reglamentarias, desde la determinación de la oportunidad de las mismas y la acotación temática, hasta la redacción concreta de los contenidos de los proyectos. Permite adoptar decisiones conjuntas o en colaboración entre el gobierno y los agentes sociales, de manera que estos últimos intervienen y se corresponsabilizan en las correspondientes decisiones del poder público, asegurando una mayor efectividad de tales propuestas en un contexto de mayor paz social. Enriquece, por tanto, el sustento democrático en una sociedad tan compleja y cambiante como la contemporánea[20].

Según la OIT, el diálogo social puede ser utilizado como instrumento para promover el buen gobierno y para fomentar no solo la cooperación entre los interlocutores sociales, sino también mejorar el rendimiento económico y el bienestar de los trabajadores. En ese sentido, crea un entorno cohesionado donde los agentes sociales pueden coadyuvar a lograr objetivos mutuamente deseables de trabajo decente y crecimiento[21]. Así, parafraseando a la propia OIT, "fortalecer el respeto de los mecanismos de diálogo social y utilizarlos es una forma de cimentar la resiliencia y el compromiso de los empleadores y de los trabajadores para la adopción de medidas de política necesarias"[22]. La Unión Europea también ha señalado cómo el diálogo tripartito ofrece a las partes en el contrato social la oportunidad de considerar las cuestiones sociales más generales que trae consigo la situación actual y cómo abordar el futuro, orientando con ello las respuestas políticas de forma consensuada para su efectiva puesta en práctica[23].

El artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, deben tener como objetivo, entre otros, el diálogo social. El apartado 20 del preámbulo del Pilar europeo de derechos sociales establece que el diálogo social desempeña un papel fundamental en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo, así como que los interlocutores sociales a todos los niveles desempeñan un papel crucial en el desarrollo y la aplicación del propio Pilar europeo, de conformidad con su autonomía para la negociación y la celebración de acuerdos y su derecho a la negociación colectiva y a la acción colectiva. Con mayor detalle, los apartados a) y c) del principio 8 disponen, de un lado, que se deberá consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales, así como que deberá animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva. De otro, que deberá fomentarse el apoyo para aumentar la capacidad de los interlocutores sociales para promover el diálogo social.

En suma, el diálogo social, entendido como medio (mecanismo que permite y obliga a los actores sociales a posicionarse sobre los temas nucleares de la vida del país) y como fin (herramienta idónea para asegurar una superior equidad de los beneficios que se generan)[24], se alza como nivel singularmente cualificado de democracia participativa, e instrumento necesario para una buena

[19] Sanguineti Raymond, W.: "Libertad sindical y rol institucional de los sindicatos: anotaciones a dos décadas de vigencia del texto constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999, p. 39.

[20] Cabero Morán, E.: "Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del coronavirus", *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020, p. 2.

[21] Balliester, T. y Elsheikhi, A.: "The Future of Work: A Literature Review", *OIT Working paper*, núm. 29, 2018, p. 41.

[22] OIT: *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus),* Ginebra (OIT), 2020.

[23] Guarriello, F.: "El diálogo social nacional en los países de la UE. Un panorama general", *Gaceta Sindical*, núm. 25, 2015, p. 53

[24] Rodríguez Ortega, J.A.: "El diálogo y la concertación social", *Estudios de Derecho (Universidad de Antioquía)*, Vol. LXVII, núm. 150, 2010, p. 118.

gobernanza[25]. Como ha señalado la doctrina, "los interlocutores sociales deben participar activamente en la puesta en funcionamiento de un contrato social estable y, a la par, dinámico, que promocione los valores sociales y garantice la centralidad de la sociedad del bienestar, con presencia de marcos jurídicos regulatorios adecuados y delimitación de los espacios que han de ocupar la iniciativa pública y la iniciativa privada. Sus elementos esenciales deben ser la salud, la educación, la protección social, el empleo y los salarios, la formación, así como el respeto pleno al principio de autonomía colectiva en los procesos de negociación colectiva"[26]. El método de concertación es en sí sustancialmente político, pues de lo que se trata es, en el fondo, de hacer partícipes a las grandes organizaciones profesionales en la gestión de la política social y económica y de corresponsabilizarlas, de algún modo, en las correspondientes decisiones del poder público. A pesar de que, en democracia, la legitimidad de las decisiones ejecutivas y legislativas reside en la representatividad electoral alcanzada en las urnas por el Gobierno y los partidos políticos, resulta incuestionable que los agentes sociales también ostentan una legítima representatividad. Es, por ello, que el entendimiento entre éstos y la administración coadyuva a conferir un plus de legitimidad necesario para garantizar tanto la estabilidad política como la paz social, especialmente en tiempos de crisis en los que hay que acometer ajustes difíciles de asimilar por parte de amplios sectores de la sociedad[27].

Desde este punto de vista, la intervención de los agentes sociales atesora un componente más de un entramado mucho más extenso y de raíces mucho más profundas que convergen hacia un incremento de la legitimidad democrática de los gobiernos[28], no en vano la concertación comporta un proceso de encuentro y de negociación entre el poder estatal (heteronomía) y los interlocutores sociales (autonomía colectiva) como respuesta a las exigencias de gobernabilidad de las sociedades complejas[29], cobrando forma a través de distintos instrumentos: pactos sociales tripartitos (en los que participan el Gobierno, los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas comprometiéndose todos ellos); acuerdos o convenios marco (verdadera y propia negociación colectiva entre sindicatos y asociaciones empresariales más representativas desempeñando el Gobierno el papel de mediador de esos acuerdos cuya pretensión es regular la negociación colectiva posterior); legislación negociada (acuerdos entre organizaciones sindicales y empresariales más representantivas que luego hace suyos el Gobierno o el Parlamento convirtiéndolos en leyes o en normas reglamentarias); o de negociación en mesas separadas (en las que el Gobierno negocia los mismos o distintos temas con los sindicatos y con las asociaciones empresariales más representativas con vistas a la presentación de un determinado proyecto de ley o reglamento). Sin olvidar tampoco la importante función pública de colaboración indirecta con el poder judicial del Estado en la impartición de justicia a través de la intervención de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas en los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales.

El modelo de concertación social se ha llevado a cabo, por un lado, mediante procesos de concertación tripartita de carácter inestable y poco institucionalizado marcado por continuos momentos y fases de desencuentro y de fructífero encuentro,; y, por otro, mediante una dinámica permanente entre sindicatos y empresarios, a través de Acuerdos Interconfederales y un proceso continuo de

[25] CES: *Los agentes sociales y la gobernanza democrática: el papel de los interlocutores sociales en la consolidación de la democracia política y el desarrollo de la democracia participativa*, 2016, pp. 27 y 29.

[26] Merino Segovia, A.: "El respeto a la autonomía colectiva como pilar fundamental de un nuevo contrato social. Los retos de futuro en España", *Gaceta Sindical*, núm. 22 (nueva etapa), 2014, p. 214.

[27] Monereo Pérez, J.L.: "La participación de los sindicatos en el diseño y gestión de las políticas públicas y la concertación social", en Sanguineti Raymon, W. y Cabero Morán, Coords.: *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017, p. 330.

[28] Cruz Villalón, J.: "Caracterización de la concertación social en España", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006, p. 33.

[29] Monereo Pérez, J.L.: "La participación de los sindicatos en el diseño y gestión de las políticas públicas y la concertación social", en Sanguineti Raymon, W. y Cabero Morán, Coords.: *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017, p. 331.

negociación colectiva bilateral[30]. Ambos sistemas tienen, no obstante, un entramado subjetivo común: la intervención de los agentes sociales.

El diálogo y la concertación social, cuya versión propia requiere naturalmente la presencia –directa o indirecta– del poder político en el acuerdo, es desde luego una categoría distinta de la negociación colectiva, esto es, de la determinación negociada bilateral de condiciones de trabajo por sectores de la producción. Y también de la representación o participación institucional, con la que se designa la presencia de representantes de organizaciones sindicales y empresariales representativas en instancias públicas que la tengan prevista[31].

II.3. El papel de los interlocutores sociales como sujeto político

La ubicación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales dentro del Título Preliminar de la norma máxima opera como muestra clara de que su actuación resulta de gran relevancia para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, proclamado por el art. 1.1 CE[32]. De este modo, el constituyente atribuyó a tales agentes un papel de innegable repercusión política, otorgándoles la condición de interlocutores óptimos ante los poderes públicos, portadores frente a ellos de los intereses de los ciudadanos[33]. No cabe duda, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, desde la sentencia de 11 de mayo de 1983, que la función de los sindicatos y de las asociaciones empresariales no es la de representar a sus miembros a través de esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado, sino que la propia Constitución, en su art. 7, les ha investido, a diferencia de otras asociaciones ordinarias, el carácter de "asociaciones de relevancia constitucional" dentro del Estado social y democrático de Derecho con competencias para defender intereses generales de la sociedad[34]. Como con acierto se ha dicho, el art. 7 CE convierte a los sindicatos (con fundamento en el art. 28 CE) y a las asociaciones empresariales (con asidero en el art. 22 CE), en "piezas básicas del sistema social y político", mostrando una clara preferencia por estos tipos de organizaciones profesionales en comparación con otras formas de asociación, como las corporativas e incluso las fórmulas espontáneas o asamblearias[35].

Así, el Tribunal Constitucional ha dado a los sindicatos y asociaciones empresariales la condición de "organismos básicos del sistema político" o de "piezas económicas y sociales indispensables" para la defensa y promoción de los intereses colectivos"[36], de manera que si los partidos políticos son cauce para la participación política de los ciudadanos, los sindicatos y asociaciones empresariales se conciben como canales de participación social[37], como portadores de los intereses característicos de la sociedad productiva[38]. Estos intereses, pese a ser contrapuestos, no pueden simplificarse en un modelo constante de conflicto, perteneciente más bien a los inicios del movimiento obrero en el albur de las revoluciones industriales, sino que, sin olvidar esta característica de confrontación siempre latente,

[30] Moreno Vida, M.N.: "Concertación social y negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L. y Monero Vida, M.N., Dirs.: *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 2013, p. 53.

[31] Palomeque López, M.C.: "La base constitucional del diálogo social", *Trabajo y Derecho*, núm. 15, 2022, p. 5.

[32] Sanguineti Raymond, W.: "Sindicatos y diálogo social en España: un balance", *Ius et Veritas*, 2005, p. 219.

[33] Cruz Villalón, J.: "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 142-143.

[34] Sala Franco, T.: "Art. 7", en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A., Dirs.: *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 223.

[35] García Murcia, J.: "Art. 7", en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., Dirs.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, p. 119.

[36] STCo 11/1981, de 8 de abril.

[37] Moreno Vida, M.N.: "Diálogo social y concertación en las Relaciones Laborales de Andalucía", *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pp. 551 y ss.

[38] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "El futuro de la concertación social", en Ojeda Avilés, A., Coord.: *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 313 y ss.

también pueden actuar de consuno en relación con el poder público para lograr el bienestar social o el desarrollo de una vida digna[39].

Como también ha señalado el Máximo Intérprete de la Carta Magna[40], la posición constitucional de las organizaciones sindicales y empresariales les legitima para desempeñar "una función genérica de representación de los correspondientes intereses, en la que se comprende, en particular, el ejercicio de todos aquellos derechos de dimensión colectiva que contribuyan a su defensa y promoción". Por tanto, la representación colectiva pertenece a un estado más avanzado respecto a los moldes tradicionales de la representación voluntaria, acompañado de cuatro rasgos característicos[41]: 1.- Deriva de una norma y no de negocios o compromisos privados. Es más, en este caso procede directamente de una cláusula constitucional, sin necesidad de residir en los vínculos privados de afiliación o incorporación a la correspondiente organización. 2.- Cuenta con alcance general –erga omnes–, de tal modo que llega no solo a quienes tengan esos vínculos de pertenencia con la organización sindical o patronal, sino también a todos los que están comprendidos en la franja profesional correspondiente e incluso al conjunto de la sociedad si la actividad desarrollada va más allá de lo estrictamente profesional. 3.- Conlleva una actividad amplia y no predeterminada, extensible a todos aquellos medios lícitos de acción que pueden redundar en beneficio del interés social. 4.- Atesora una garantía constitucional, de manera que ni el legislador ni los poderes públicos pueden prescindir de los sindicatos ni de las asociaciones empresariales. Podrán variar su régimen jurídico, pero no articular un sistema de relaciones sociales en el que no estén presentes estos sujetos.

El relevante papel constitucional atribuido a los interlocutores sociales se refuerza con cuatro vetos irreductibles[42]: 1) no es posible la supresión operada por ley infraconstitucional de las instituciones sindicales y patronales ni tampoco su vaciamiento práctico ni la reducción de su actividad aunque pervivan; 2) no cabe en nuestro sistema constitucional una organización conjunta para trabajadores y empresarios, a diferencia de lo que ocurrió en el régimen franquista; 3) tampoco es viable reconducir la representación a instituciones de tipo corporativo; 4) deviene imposible la dirección o interferencia publica de estas organizaciones profesionales, pues rige el principio de libertad de creación, libertad de actuación y libertad de afiliación.

A la vista de los contornos tan abiertos de su margen de actuación, podría pensarse en una primera aproximación que tal representación podría predicarse de cualquier sindicato o asociación empresarial, pero una reflexión más profunda lleva a considerar que, como es lógico, no toda organización sindical o patronal está en condiciones reales de desempeñar ese importante papel social[43]. De ahí que el régimen de pluralidad asociativa quede mediatizado por la técnica de la mayor representatividad, de manera que únicamente los verdaderos titulares de la interlocución van a ser aquellas organizaciones que acreditan un peso especial en el ámbito profesional de referencia, esto es, aparezcan como más capaces y potentes, evitando una intervención de un número desmesurado de sujetos que haría poco eficaces los procesos de negociación y consiguiendo, al tiempo, una permanencia en los intervinientes[44].

Por tanto, dentro de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, solo aquellos que cumplen unos determinados requisitos ostentan funciones más importantes desde la perspectiva de su

[39] Molina Navarrete, C.: "Art. 7", en García Murcia, J., Ed.: *La Constitución del trabajo*, Oviedo, KRK, 2020, pp. 53.
[40] SSTCo70/1982; 96/1985 y 210/1994.
[41] García Murcia, J.: "Art. 7", en Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., Dirs.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, p. 119.
[42] García Murcia, J.: "Art. 7", en Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., Dirs.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE 2018, p. 119.
[43] Rivero Lamas, J.: "Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución", *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, pp. 178.
[44] Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J.: "El sindicato y su función constitucional", en Sanguinetti Raymond, W. y Cabero Morán, E., Coords.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017, p. 85.

actividad pública. Para valorar esta cualidad en los primeros se ha elegido, soslayando el problema de la escasa afiliación sindical, el criterio de la audiencia electoral, medida a través de los resultados de las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores en las empresas [arts. 6 y 7 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (LOLS)][45]. Para las segundas, se adopta un criterio mixto: número de empresas y empleo proporcionado (disposición adicional sexta ET). En ambos casos, considerados conformes a la Constitución por el Máximo Intérprete de la Norma Fundamental[46] y calificados como "características integrantes de la fisiología del sistema español de relaciones laborales"[47], capaces "de dar estabilidad y permanencia al proceso mismo de diálogo en tanto consolidan la posición de quienes intervienen"[48] y "evitar la atomización, al tiempo que mantener una amplia cobertura de la negociación colectiva y una facilidad muy apreciable de absorber los nuevos sectores de la actividad productiva"[49], se refleja un parámetro objetivo de cómputo a nivel estatal y también de Comunidad Autónoma.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Ya nadie puede poner en duda, tras más de cuarenta años de andadura constitucional, que los acuerdos tripartitos surgidos del diálogo social, no solo han tenido un enorme impacto en la gestión del mercado de trabajo, en la negociación colectiva y, en general, en el devenir de las relaciones laborales[50], sino que desempeñan un papel fundamental como garantía de cohesión y pacificación social[51], al tiempo que articulan una especie de "democracia concertada" que, extendiéndose a otras materias (sanidad, dependencia, cultura, educación, vivienda, medioambiente, infraestructuras, protección social, tributación, justicia, …), resulta clave en la dirección de las políticas del país y es imprescindible, sobre todo, para arbitrar medidas dirigidas a salvar las dificultades de la coyuntura económica[52]. A alumbrar esta idea han contribuido de manera decisiva estudios como el aquí comentado.

La formulación sintética y contundente de la naturaleza jurídica del AES realizada por el Dr. Borrajo da sobradas muestras de un análisis riguroso de las posibilidades de composición de los intereses económicos y sociales contrapuestos a través de categorías técnicas de concertación tripartita o diálogo social bipartito. "Diálogo y concertación son, en realidad los dos aspectos o secuencias sucesivas de una misma realidad institucional, debiendo preferirse una u otra según se ponga la atención en el mismo proceso de encuentro y negociación llevado a cabo por los interlocutores con

[45] Casas Baamonde, M.E.: "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España ¿un modelo en crisis", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988, p. 73 o Sanguineti Raymond, W.: "El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico español", *Debate Laboral*, núm. 1, 1993, pp. 101 y ss.

[46] STCo 53/1982, de 22 de julio. García Murcia, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid, MTSS, 1987, p. 61.

[47] Valdés Dal-Re, F.: Representación y representatividad sindicales en España, *Relaciones Laborales*, núms. 14 y 15, 1998, p. 68.

[48] Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J.: "El sindicato y su función constitucional", en Sanguineti Raymond, W. y Cabero Morán, E., Coords.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque López treinta años después (1986-2006),* Granada, Comares, 2017, p. 85.

[49] Alfonso Mellado, C.L. y Cabeza Pereiro, J.: "La mayor representatividad sindical: un balance del modelo de la LOLS", en Sanguineti Raymon, W. y Cabero Morán, E., Coord.: *Sindicalismo y Democracia*, Granada, Comares, 2017, p. 313.

[50] Cruz Villalón, J.: "El diálogo social en España y las aportaciones del III AENC", *Gaceta Sindical*, núm. 25, 2015, p. 57.

[51] Durán López, F.: "Sindicatos y salida concertada de la crisis", *Papeles de Economía Española*, núm. 22, 1985, p. 320.

[52] Menéndez Sebastián, P.: "El modelo sindical español o el arte de perpetuar lo transitorio. Un balance impostergable en su cuadragésimo aniversario", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 44, 2018, p. 122.

el propósito de alcanzar un acuerdo político –diálogo social– o, en cambio, en el propio resultado acordado de aquel –concertación social–"[53].

Pese al tiempo transcurrido, casi cuatro décadas, el ensayo del Dr. Borrajo, de alto componente dogmático, presenta plena vigencia, resultando particularmente relevante para comprender las últimas décadas de la historia española, que ofrecen ricas y variadas experiencias de diálogo social, las cuales, en su conjunto, han alcanzado un dinamismo y una significación muy considerable atendiendo a sus ámbitos material, subjetivo, territorial, funcional y objetivo[54]. Ahora bien, la experiencia española de concertación social, que se inició en los años setenta del siglo pasado y se prolonga hasta la actualidad, no constituye, ni mucho menos, un *iter* homogéneo (ha pasado por período críticos y tampoco está carente de algunos fracasos[55]); está claro que su protagonismo en el diseño del modelo socioeconómico "no se verifica de manera lineal y continuada en el tiempo, por cuanto que se desarrolla con procesos ciertos de tensión, momentos de inflexión y presencia de objetivos contrapuestos entre los diversos protagonistas políticos, económicos y sociales"[56]. Aun con esos negativos acontecidos en algunos años del siglo en curso, la historia parece apuntar que la opción pública por la concertación social es la más acertada a la hora de conseguir una contención y racionalización de la conflictividad y un avance en la tutela de los intereses de los ciudadanos en general garantizados a través de un correcto funcionamiento de los servicios públicos, y, cómo no, de los trabajadores en particular mediante la mejora de las condiciones laborales. Desde la perspectiva de un "reivindicacionismo responsable" basado en el entendimiento[57], los agentes sociales no sólo deben actuar para los trabajadores y sus condiciones de trabajo en sectores o empresas determinados, sino también para el conjunto de los individuos que integran la sociedad, abanderando reivindicaciones que giren en torno al derecho a una ocupación decente[58], pues este postulado constituye el principal motor o trampolín para conseguir el bienestar general y la supervivencia del tejido productivo[59]. Sin duda, las enseñanzas del Dr. Borrajo han ido encaminando el tránsito hacia esa meta.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.L. y Cabeza Pereiro, J.: "La mayor representatividad sindical: un balance del modelo de la LOLS", en Sanguineti Raymon, W. y Cabero Morán, E., Coord.: *Sindicalismo y Democracia*, Granada, Comares, 2017.

Balliester, T. y Elsheikhi, A.: "The Future of Work: A Literature Review", *OIT Working paper*, núm. 29, 2018.

[53] Palomeque López, M.C.: "La base constitucional del diálogo social", Trabajo y Derecho, núm. 15, 2022, p. 6.

[54] Escudero, R.: "Reflexiones sobre un modelo consolidado de diálogo social y sobre su revitalización en el bienio 2004-2006", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006, pp. 53-54.

[55] Un repaso por los de mayor éxito y por los de verdadera crisis, en Sanguineti Raymond, W.: "Sindicatos y diálogo social en España: un balance", *Ius et Veritas*, núm. 30, 2005, pp. 222-225 o Talavera Gallego, A.: *Marco teórico del diálogo y la concertación social en España. Una evaluación de eficiencia para el caso de Andalucía*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 130-177, disponible en https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/44871 (25/11/2019).

[56] Cruz Villalón, J.: "La concertación social en la reconstrucción del contrato social", *Gaceta Sindical*, núm. 22, 2014, p. 191 En términos análogos, Escudero, R.: "Reflexiones sobre un modelo consolidado de diálogo social y sobre su revitalización en el bienio 2004-2006", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006, p. 53.

[57] Rodríguez Escanciano, S.: "Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 48, 2002, pág. 23.

[58] Morgado Panadero, P.: "Retos y propuestas para el Derecho del Trabajo en tiempo de crisis", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 149, 2011, pág. 177.

[59] Rodríguez Escanciano, S.: "El diálogo y la concertación social en los Estatutos de Autonomía. Consejos y otros órganos de participación institucional", *Trabajo y Derecho*, número monográfico, 15 junio, 2022, p. 10.

Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J.: "El sindicato y su función constitucional", en Sanguinetti Raymond, W. y Cabero Morán, E., Coords.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017.

Baylos Grau, A.: "El futuro de las normas del trabajo que queremos", en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, MEYSS, 2017.

Cabero Morán, E.: "Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del coronavirus", *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020.

Casas Baamonde, M.E.: "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España ¿un modelo en crisis?", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 33, 1988.

Cruz Villalón, J.: "La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004.

Cruz Villalón, J.: "Caracterización de la concertación social en España", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006.

Cruz Villalón, J.: "La concertación social en la reconstrucción del contrato social", *Gaceta Sindical*, núm. 22, 2014.

Cruz Villalón, J.: "El diálogo social en España y las aportaciones del III AENC", *Gaceta Sindical*, núm. 25, 2015.

De La Villa Gil, L.E.: "Acuerdos interprofesionales y otros macro-pactos en la realidad social española", publicado en el libro *Los Grandes pactos colectivos a partir dela transición democrática. Antología,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

De La Villa Gil, L.E.: "La concertación social", en *Transformaciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Barcelona, Instituto de Estudios Laborales, 1989.

Durán López, F.: "Sindicatos y salida concertada de la crisis", *Papeles de Economía Española*, núm. 22, 1985.

Durán López, F.: "El futuro del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.

Escudero, R.: "Reflexiones sobre un modelo consolidado de diálogo social y sobre su revitalización en el bienio 2004-2006", *Gaceta Sindical*, núm. 7, 2006.

García Murcia, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid, MTSS, 1987.

García Murcia, J.: "Art. 7", en Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E., Dirs.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018.

Grouch, A.: "Un commento al saggio di Simitis", *Giornale di Diritto Lavoro e di Relazioni Industriale*, núm. 76, 1997.

Guarriello, F.: "El diálogo social nacional en los países de la UE. Un panorama general", *Gaceta Sindical*, núm. 25, 2015.

Menéndez Sebastián, P.: "El modelo sindical español o el arte de perpetuar lo transitorio. Un balance impostergable en su cuadragésimo aniversario", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 44, 2018.

Merino Segovia, A.: "El respeto a la autonomía colectiva como pilar fundamental de un nuevo contrato social. Los retos de futuro en España", *Gaceta Sindical*, núm. 22 (nueva etapa), 2014.

Molina Navarrete C.: "Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales. Balance de convergencias y divergencias 30 años después", *Temas Laborales*, núm. 54, 2020.

Molina Navarrete, C.: "Art. 7", en García Murcia, J., Ed.: *La Constitución del trabajo*, Oviedo, KRK, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: "La participación de los sindicatos en el diseño y gestión de las políticas públicas y la concertación social", en Sanguineti Raymon, W. y Cabero Morán, Coords.: *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017.

Moreno Vida, M.N.: "Naturaleza jurídica de los Pactos Sociales", en Ojeda Avilés, A., Dir., *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990.

Moreno Vida, M.N.: "Diálogo social y concertación en las Relaciones Laborales de Andalucía", *Temas Laborales*, núm. 100, 2009.

Moreno Vida, M.N.: "Los Acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013.

Moreno Vida, M.N.: "Concertación social y negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L. y Monero Vida, M.N., Dirs.: *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

Morgado Panadero, P.: "Retos y propuestas para el Derecho del Trabajo en tiempo de crisis", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 149, 2011.

Ortiz Lallana, C.: "Aproximación a los objetivos y métodos de una nueva política de concertación social en España", en Ojeda Avilés, A., Dir., *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990.

Palomeque López, M.C.: "La base constitucional del diálogo social", *Trabajo y Derecho*, núm. 15, 2022.

Pérez Pérez, M.: "La concertación social ante el Tribunal Constitucional: ¿una cuestión jurídica?", en Ojeda Avilés, A., Dir.*, La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990.

Rivero Lamas, J.: "Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución", *Revista del Ministerio de Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998.

Rodríguez Escanciano, S.: "Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 48, 2002.

Rodríguez Escanciano, S.: "El diálogo y la concertación social en los Estatutos de Autonomía. Consejos y otros órganos de participación institucional", *Trabajo y Derecho*, número monográfico, 15 junio, 2022.

Rodríguez Ortega, J.A.: "El diálogo y la concertación social", *Estudios de Derecho (Universidad de Antioquía)*, Vol. LXVII, núm. 150, 2010.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "El futuro de la concertación social", en Ojeda Avilés, A., Coord.: *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel, 1990.

Rojo Torrecilla, E. y Pérez Amorós, F.: "El Acuerdo Económico y Social", *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985.

Sala Franco, T.: "Art. 7", en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A., Dirs.: *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M.: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 1985.

Sanguineti Raymond, W.: "El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico español", *Debate Laboral*, núm. 1, 1993.

Sanguineti Raymond, W.: "Libertad sindical y rol institucional de los sindicatos: anotaciones a dos décadas de vigencia del texto constitucional", *Revista de Derecho Social*, núm. 8, 1999.

Sanguineti Raymond, W.: "Sindicatos y diálogo social en España: un balance", *Ius et Veritas*, núm. 30, 2005.

Talavera Gallego, A.: *Marco teórico del diálogo y la concertación social en España. Una evaluación de eficiencia para el caso de Andalucía*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, disponible en https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/44871 (25/11/2019).

Valdés Dal-Re, F.: Representación y representatividad sindicales en España, *Relaciones Laborales*, núms. 14 y 15, 1998.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista de Derecho Constitucional,* nº 2, 1981, pp. 131-158.

Acerca del derecho de huelga de los funcionarios públicos

About the right to strike for public officials

TOMÁS SALA FRANCO
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Estudio General
Universidad de Valencia

Cita Sugerida: SALA FRANCO, T.: "Acerca del derecho de huelga de los funcionarios públicos", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 91-98

Resumen	**Abstract**
En este estudio insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus artículos publicado en el número 2 de la Revista de Derecho Constitucional del año 1981 titulado "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981".	In this study included in the monographic tribute to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his articles published in issue 2 of the Journal of Constitutional Law in 1981 titled "The right to strike of public officials in the Constitutional Court ruling of April 8, 1981" is analyzed

Palabras clave	**Keywords**
Derecho de huelga; funcionarios públicos	Right to strike; public officials

I. ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Uno de los aspectos peor regulados de la huelga en el ordenamiento laboral español a partir de su Constitución es sin duda el de la huelga de los funcionarios públicos. La Constitución española no reconoce explícitamente el derecho de huelga a los funcionarios públicos, sino que hay que deducirlo dificultosa –y no pacíficamente– del texto constitucional a base de delicadas interpretaciones.

En efecto, el art. 28.2 de la CE señala que *«se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses»*, planteando el problema interpretativo de aclarar si cuando la Constitución habla de *«trabajadores»* lo hace en un sentido técnico restringido de trabajadores dependientes y por cuenta ajena sometidos a la legislación laboral o en un sentido sociológico amplio comprendiendo también a los funcionarios públicos, personal estatutario, y a los contratados administrativamente.

Las opiniones doctrinales se encuentran divididas en este punto. Mientras un sector doctrinal minoritario se manifiesta partidario de una interpretación restringida del término *"trabajadores"*, concluyendo que la Constitución ni prohíbe ni reconoce el derecho de huelga de los funcionarios, pudiendo tener éste un origen legal, la mayoría se ha inclinado abiertamente por una interpretación amplia y sociológica del término constitucional.

Los argumentos manejados por este último sector han sido los siguientes:

a) En primer lugar, una interpretación sistemática del precepto constitucional, por cuanto hay otros pasajes en la Constitución que hablan también de *"trabajadores"*, habiéndose interpretado este término en sentido amplio. Así, el art. 7 de la CE se refiere a *"sindicatos de trabajadores"*, incluyendo entre ellos a los funcionarios públicos y demás personal estatutario. Se observa en este mismo sentido que la referencia del art. 28.2 de la CE al *"mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"* como único límite al derecho parece apuntar hacia que la Constitución no pretendiera imponer límites subjetivos sino objetivos al derecho de huelga.

b) En segundo lugar, una interpretación finalista. Así, se señala que la libertad sindical y el derecho de huelga van unidos suponen un *"reconocimiento implícito"* del derecho de huelga, ya que este último forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, interpretándose sin asomo alguno de duda que la libertad sindical viene reconocida en la Constitución con carácter general a los funcionarios públicos en los arts. 7 y 28.1 de la CE.

c) Y, en tercer lugar, finalmente, una interpretación del precepto constitucional a la luz de las normas internacionales ratificadas por España, que reconocen el derecho de huelga a los funcionarios públicos y que, según el art. 10.2 de la CE, deben servir de criterios interpretativos de los preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de huelga. Tal ocurre con el art. 6.4 de la Carta Social Europea, si bien ratificada bajo *"reserva de interpretación"*, y con el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Según estos preceptos cabría suprimir o restringir el derecho de huelga de aquellos funcionarios públicos que trabajen en servicios esenciales para la comunidad (orden público, salud pública o seguridad nacional), pero no cabría una supresión del derecho de huelga de todos los funcionarios públicos por el sólo hecho de serlo.

La posición del Tribunal Constitucional, a partir de la importantísima Sentencia de 8 de abril de 1981, ha sido la de mantenerse *"neutral"* sobre esta cuestión.

Uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el RDLRT de 1977, regulador de la huelga con carácter preconstitucional, era el de considerar inconstitucional la exclusión de los funcionarios públicos del derecho de huelga reconocido en el RDLRT a los trabajadores del sector privado.

Ello no obstante, la STC de 8 de abril de 1981, que resolvió este recurso, *"pasó de puntillas*" sobre este motivo y eludió afirmar la inconstitucionalidad de una norma que excluía a los funcionarios públicos del derecho de huelga que la Constitución les había reconocido, afirmando lo siguiente:

> *"El Real Decreto-Ley 17/1977, según claramente resulta de su artículo 1º, regula el derecho de huelga en el ámbito de las relaciones laborales, y este tipo de relaciones se encuentran en la actualidad delimitadas por las reglas del Estatuto de los Trabajadores, que expresamente excluyen (cfr. art. 1º apartado 3), la relación de servicios de los funcionarios públicos… Lo anterior significa que el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado –y, por consiguiente, tampoco prohibido–, por el Real Decreto-Ley 16/77. Si no hay regulación –y tampoco prohibición–, mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa"*.

II. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO

Efrén Borrajo, en su Artículo, ya ponía de manifiesto y subrayaba el carácter *"abierto"* de la Constitución sobre este tema, tal como interpretó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1981, sobre el que se puede o no estar de acuerdo, señalando que *"la fecunda distinción entre juicios políticos y juicios jurídicos en la valoración de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que realizan el contenido polivalente de la Constitución. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo"*.

III. ACERCA DE LA REGULACIÓN LEGAL ORDINARIA DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Hasta la fecha, el derecho de huelga de los funcionarios públicos ha sido expresamente reconocido, si bien indirectamente, en varios preceptos de la legislación ordinaria:

1º) En primer lugar, en la Disposición Adicional Décimosegunda de la derogada Ley para las Medidas de Reforma de la Función Pública 30/1984, de 2 de agosto, según la cual *"los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales"*.

Este precepto posee un doble interés. De un lado, por ser el primer precepto legal ordinario que reconoció expresa y abiertamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos. De otro, por abordar el concreto tema de las retenciones de haberes de los funcionarios en situación de huelga legal, tema enquistado en una interpretación formalista del Tribunal Supremo que defendía la nulidad de las retenciones por entender que se trataba de una sanción administrativa acordada sin las formalidades legales del expediente administrativo.

Este precepto de legal fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, argumentándose que en la medida en que la trascrita Disposición Adicional afectaba a un derecho fundamental –el derecho de huelga– necesitaba una ley orgánica, dado el principio de reserva de ley orgánica del art. 81 de la Constitución.

La STC de 11 de junio de 1987 declaró sin embargo la plena constitucionalidad del precepto, rechazando que la materia regulada estuviese incluida en la reserva de ley orgánica del art. 81 de la CE, argumentando que ésta debe ser interpretada en un sentido restrictivo, excluyendo las materias conexas que no afectan frontalmente a los derechos fundamentales y libertades públicas. Así, señalaba que:

"*La citada Disposición Adicional Décimosegunda no viene a regular o desarrollar aquel derecho (de huelga), sino a reconocer expresamente la legitimidad del descuento de haberes por la cesación colectiva en el trabajo, deduciendo las consecuencias sobre la retribución que, de acuerdo con los criterios generales deducibles del ordenamiento, se derivan de la situación de suspensión de la relación de empleo en que se sitúa el funcionario en huelga*".

Por lo demás, el art. 31 de esta Ley establecía que eran faltas muy graves de los funcionarios públicos "*la participación en huelgas, a los que la tengan expresamente prohibidas por la ley"* (apartado k) y "el *incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga*" (apartado l).

2º) Más tarde, el art. 496 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, reconocerá expresamente el derecho de huelga al *"personal al servicio de la Administración de Justicia"* (excepto a los jueces, magistrados y fiscales), *conforme a las normas sobre funcionarios*

del Estado" y *"en los términos contenidos en la legislación general del estado para los funcionarios públicos",* debiéndose garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia.

3º) En tercer lugar, en el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, incluirá en el contenido básico de la libertad sindical (de los funcionarios públicos también) *"el ejercicio del derecho de huelga"*, si bien *"en los términos previstos en las normas correspondientes"*, aún no aparecidas.

4º) Finalmente, en algunas Leyes de Función Pública autonómicas se ha reconocido expresamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos y actualmente, con carácter general, en el art. 15 c) del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) se reconoce con carácter general el derecho de los funcionarios públicos *"al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"*.

5º) Este reconocimiento legal tiene no obstante excepciones. Así, en cuanto los funcionarios militares (*"las Fuerzas o Institutos armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar"*, dirá el art. 28.1 de la CE), dado que el art. 28.1 de la CE permite exceptuarlos o limitar su derecho de libertad sindical, estando con ello en sintonía con la normativa sindical internacional, parece lícito que la normativa ordinaria (Código de Justicia Militar o Reglamento de la Guardia Civil) les prohíba acudir a la huelga.

Idéntica argumentación, si bien no avalada en este caso por la normativa sindical internacional, cabría hacer acerca de la prohibición de las huelgas de los Jueces, Magistrados y Fiscales, excluidos del derecho de libertad sindical por el art. 127.1 de la CE. Realmente, la normativa aplicable guarda silencio sobre el tema, si bien un significativo silencio que contrasta con el art. 496 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se reconoce expresamente el derecho de huelga al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia y no a los Jueces, Magistrados y Fiscales. Ello no obstante, como es sabido, ha habido huelgas de jueces y magistrados sin respuesta sancionatoria por parte del Estado.

Menor fundamentación posee la prohibición de huelga para los funcionarios de policía (Cuerpo Nacional de Policía) hecha por el art. 6.8 de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado 2/1986, de 13 de marzo. Los funcionarios policiales no tienen constitucionalmente previstas limitaciones a su derecho de libertad sindical sino simples *«peculiaridades»*, como el resto de los funcionarios públicos (art. 28.1. CE). Teniendo en cuenta que las peculiaridades no pueden afectar al contenido esencial del derecho de libertad sindical y que, dentro de éste se encuentra el derecho de huelga, según doctrina del propio TCO (por todas, SS.TC de 8 de abril de 1981 o de 11 de mayo de 1983), podría dudarse razonablemente de la constitucionalidad de este precepto legal, pese a que la justificación de tal prohibición que aparece en la Exposición de Motivos de la ley sea *"discutiblemente razonable"* en términos políticos: *"en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admiten interrupción"*.

IV. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO

Comentará Efrén Borrajo a este respecto lo siguiente:

"*Sigue abierta la cuestión de si los funcionarios públicos tienen o no reconocido el derecho de huelga. La posición recogida del Tribunal Constitucional simplemente informa de que las alteraciones de la regularidad de servicios no son delitos por sí mismos, pero no hay pronunciamiento sobre si valen como simple libertad o si han alcanzado el carácter de un derecho, cuyo ejercicio lícito (no abusivo) exime de sanciones al sujeto huelguista.*

El Tribunal Constitucional en realidad elude el tema, y llega a hablar, pura y simplemente, del "eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos" (Fundamento jurídico número 13, in fine).

La posición es perfectamente comprensible. En el Derecho comparado son aún muchos los países que prohíben la huelga en la función pública (Alemania Federal, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Islandia, Austria, etc.). Hay, por el contrario, otros países en que se ha levantado la prohibición, como veremos inmediatamente.

Ahora bien, el proceso que puede registrarse en el Derecho comparado conduce, gradualmente, a un cambio de criterio: la huelga no se reconoce, autoriza o prohíbe en atención al estatuto jurídico privado o público del trabajador, sino en atención a la naturaleza de la función afectada. Es decir, se reconoce el derecho de huelga tanto a los trabajadores privados como a los funcionarios públicos, y para unos y para otros las restricciones se imponen en beneficio de la comunidad, de modo que se garanticen los servicios mínimos o vitales.

Los servicios atendidos por funcionarios públicos gozan de una fuerte presunción de interés social, pero no son, necesariamente y por sí mismos, servicios esenciales o vitales. En consecuencia, el mantenimiento del servicio público en condiciones aceptables, legitima la huelga. Sin entrar en detalles, ésta es la evolución y resultado obtenidos en Italia, al declararse inconstitucional la prohibición del Código penal de 1930 como contraria a la Constitución de 1947; en Inglaterra, o en Francia, en este caso a resultas de la Ley de 31 de julio de 1963, pues hasta entonces la tesis jurisprudencial predominante declaraba ilegal la huelga de funcionarios públicos.

En resumen: para los funcionarios públicos se reconoce el derecho de huelga (y no sólo, la libertad) y se regulariza su ejercicio, imponiendo peculiaridades que lo distinguen del régimen más abierto o liberal de los trabajadores privados.

En cualquier caso, se refuerza el deber de atender los servicios esenciales públicos".

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A la vista de todo lo anterior, cabe preguntarse por el actual régimen jurídico de la huelga de los funcionarios públicos. Sobre esta importante cuestión cabría, a mi juicio, señalar lo siguiente:

1º) En primer lugar, que no hay una ley orgánica que desarrolle y regule el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos.

2º) En segundo lugar, que la única norma legal que se refiere a la huelga de los funcionarios públicos es el art. 95.2 m) del EBEP, calificando de falta muy grave *"el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga"*.

3º) En tercer lugar, esto significa que, mientras no haya una ley orgánica de desarrollo constitucional, los funcionarios públicos podrán ejercitar su derecho de huelga dentro de los límites que establezcan los preceptos constitucionales.

4º) En cuarto lugar, que en la medida en que estos límites constitucionales son de una gran inconcreción y ambigüedad, en tanto no haya una ley orgánica, deberán ser interpretados judicialmente por los tribunales ordinarios.

5º) En quinto lugar, que en esta interpretación los tribunales (o el legislador en su día) tendrán dos límites muy claros:

a) De un lado, la interpretación del alcance de los límites no podrá suponer la negación absoluta del derecho de huelga de los funcionarios.

b) De otro lado, la interpretación del alcance de los límites no podrá ser más generosa con los funcionarios públicos que con los trabajadores con contrato de trabajo. Otra solución quizás atentaría al principio de igualdad de trato.

6º) En sexto lugar, que dentro de este amplio margen señalado, lo más prudente es aplicar a los funcionarios, bien *"por analogía"* (según unos), bien *"como directriz o marco de referencia"* (según otros), lo dispuesto en el RDLRT acerca de los límites al derecho de huelga del personal laboral, en cuanto a *"las motivaciones de la huelga"* (huelgas políticas, de solidaridad, motivadas por conflictos jurídicos o novatorias) y en cuanto al procedimiento y modalidades de la huelga (legitimación, preaviso, publicidad, comité de huelga, convocatoria, piquetes, ocupación de locales, huelgas articuladas –intermitentes, rotatorias, estratégicas o tapón– servicios mínimos y servicios esenciales para la comunidad, esquirolaje o terminación de la huelga).

Así viene operando en la práctica la jurisprudencia de los Tribunales, aplicando el RDLRT como *"derecho supletorio"* a las huelgas de funcionarios y a las huelgas del personal estatutario (por todas, STS (S. 3ª) de 10 de mayo de 1986, Ar/2363).

Así, por ejemplo, los RR.DD sobre servicios esenciales se refieren tanto al personal laboral como al personal funcionario o estatutario del servicio esencial en cuestión, aludiendo en todos ellos, como fundamento de los mismos, al art. 10.2 del RDLRT.

7º) En séptimo lugar, que la aplicación del RDLRT en todo caso no puede ser mecánica sino con las razonables salvedades que imponen las peculiaridades de las *"condiciones estatutarias"*. Así, por ejemplo:

a) En todas las huelgas de funcionarios, por tratarse de *"servicios públicos"*, será aplicable lo dispuesto en el art. 4º del RDLRT sobre el preaviso especial de 10 días naturales como mínimo y sobre la publicidad a dar al usuario del servicio.

b) No está, sin embargo, tan claro el que en todas las huelgas de funcionarios públicos deba dictarse un RD de servicios esenciales, por cuanto no todas las actividades realizadas deben ser calificadas de tales. Acaso existe en este punto, un equívoco provocado por la literalidad del art. 10.2 del RDLRT que habla de *"empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos"* frente a la literalidad del art. 28.2 CE que habla de *"asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"*; equívoco que ha llevado a considerar que son servicios esenciales todos los servicios públicos. Así, por ejemplo, se han entendido servicios esenciales, dudosamente al menos, los que prestan el Centro de Proceso de Datos del Ministerio de Educación y Ciencia o el Museo del Prado, en sendos RR.DD de servicios esenciales.

c) ¿Cómo configurar la *"huelga novatoria"* en el caso de los funcionarios públicos dada la existencia en todo caso de un Estatuto de la Función Pública y de un *"sucedáneo"* de negociación colectiva por cuanto los pactos y acuerdos colectivos regulados por el EBEP no poseen eficacia jurídica interna como tales ni duración temporal en muchas ocasiones? ¿Serían novatorias todas las huelgas de funcionarios públicos y, por tanto, ilegales?

d) En todo caso, la terminación de la huelga por acuerdo *"con eficacia de convenio colectivo"*, a que se refiere el art. 8.2 del RDLRT será aplicable a las huelgas de funcionarios restrictivamente, esto es, admitiendo únicamente el *"acuerdo"* si, por razón de la materia, se trata de algo *"negociable"*, esto es, susceptible de *"pacto"* o *"acuerdo"* y con la eficacia propia de estos pactos o acuerdos colectivos.

e) En cuanto a la legitimación para convocar las huelgas, si bien habría que admitir la legitimación genérica de los propios funcionarios públicos, de los representantes sindicales y de los representantes unitarios de los mismos por analogía con lo dispuesto en el art. 3.2.a) del RDLRT, cabría no obstante dudar de que los delegados de personal y las juntas de personal estén facultados

para acordar la declaración de una huelga, a la vista de las funciones asignadas por el art. 40 del EBEP y, sobre todo, en la medida en que son los sindicatos los únicos legitimados para la *"negociación colectiva"* de los pactos y acuerdos.

f) Por último, los efectos de las huelgas legales e ilegales se regirán por su normativa específica, establecida en el EBEP.

Así, en caso de huelga legal, el art. 30.2 del EBEP establece:

— Primero, que cabrá la retención de los haberes sin necesidad de expediente disciplinario, ya que *"no tendrá carácter de sanción"*.

— Segundo, en cuanto a las vacaciones, los periodos de huelga legal mantenidos por los funcionarios públicos no permiten la reducción del número de días. El art. 50 del EBEP establece que todos los funcionarios tendrán derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor. La norma establece el principio de proporcionalidad entre el tiempo en que los funcionarios se encuentran en servicio activo y la duración de las vacaciones, por lo que, dado que en la situación de huelga legal el funcionario permanece en situación de servicio activo, no cabe la posibilidad de descontar por razón de huelga el tiempo correspondiente a las vacaciones (en este sentido, SS.TS (S. 3ª) de 16 y 17 de diciembre de 1991 (Ar/686 y 687) y de 21 de junio de 1993, Ar/5152).

— Tercero, que la huelga no afectará al *"régimen respectivo de sus prestaciones sociales"*. Así, a diferencia del RDLRT (art. 6.3), el EBEP establece que el período de huelga no afecta a la cobertura de la Seguridad Social. Lo que significa que se continuará cotizando y, en su caso, percibiendo las prestaciones devengadas durante ese tiempo.

— Y cuarto, en el caso de huelga ilegal, las sanciones imponibles serán las previstas en los arts. 93 y ss. del EBEP.

VI. COMENTARIOS DEL PROF. EFRÉN BORRAJO

Con carácter general, Efrén Borrajo ya mantenía a la altura de 1981, en una perspectiva de *"lege data",* que *"el RDLRT no era directamente aplicable en los supuestos de huelga de funcionarios públicos",* si bien admitía que en estas huelgas, para colmar dicho vacío, debería aplicarse éste, no por *"analogía",* ya que ello constituiría una creación de derecho *"ex novo"* por parte de los Tribunales, *"supuesto no contemplado en el Art. 4.1 del Código Civil",* sino como *"directriz o marco de referencia",* admitiendo, en este sentido, una amplia legitimidad para convocar una huelga de funcionarios públicos a "*cualquier organización formal (responsable) portadora de intereses colectivos de los funcionarios afectados"*.

Ahora bien, en una perspectiva de *"lege ferenda",* mantenía la conveniencia de una ley reguladora de la huelga de funcionarios públicos que desarrollara restrictivamente determinados aspectos de su ejercicio en razón a sus *"peculiaridades"*. Así, señalaba:

a) Un preaviso preceptivo, en términos más amplios que el aceptado para las huelgas de los trabajadores privados.

b) Una más enérgica y más ágil intervención de la autoridad administrativa (y no sólo del Gobierno), según el esquema trazado por el art. 10, *in fine,* del RDLRT.

c) Un intento, serio y razonable, de conciliación y/o mediación, con la aceptación y, en su defecto, imposición de un arbitraje independiente.

d) Configurar con rigor y claridad el cuadro de representantes legales legitimados para la declaración de la huelga, "y *seguramente no sufriría la legalidad constitucional si se reservase esta facultad, sin más, a las asociaciones profesionales de funcionarios suficientemente representativas"*.

e) Legalizar la facultad del Gobierno para paralizar una declaración de huelga durante un tiempo limitado (*período de enfriamiento,* según el modelo norteamericano) al modo del precepto (ya declarado inconstitucional, aunque podría sostenerse tesis contraria seguramente) del artículo 10.2 del RDLRT.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo. (Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo)", *Cuadernos de Política Social*, núm. 33, 1957, pp. 7-26.

Comentario a «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo»

Commentary on 'Critical Approaches to the Study of Labor Law'

JUAN MANUEL RAMÍREZ MARTÍNEZ
Catedrático (j) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università de Valencia

Cita Sugerida: RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Comentario a «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo»", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 99-107

Resumen

En este comentario insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus artículos publicado en el número 33 de la Revista "Cuadernos de Política Social" del año 1957 titulado "Procedimientos para definir el Derecho del Trabajo".

Abstract

In this commentary included in the monograph in homage to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his articles published in issue number 33 of the "Cuadernos de Política Social" journal in 1957, titled "Procedures for defining Labor Law," is analyzed.

Palabras clave

Presupuestos críticos; procedimientos; estudio; definición; Derecho del Trabajo

Keywords

Critical assumptions; procedures; study; definition; Labor Law

I. INTRODUCCIÓN

1. Para situarlo en el contexto de la obra de Borrajo cabe señalar que con anterioridad, en 1954, había publicado "Abuso de derecho, Derecho Social y Derecho del trabajo", en la Revista Internacional de Sociología. Contemporáneo es su artículo "Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo", en Revista de Derecho Mercantil, nº 66, 1957. Algo después publica "Política Social", Doncel, 1959 y, en la misma editorial, "Derecho del Trabajo" en 1960. Luego, en 1962, publica "Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo", Escuela Social de Valencia. Ya posterior, de 1968, es la 1ª edición de su "Introducción al Derecho Español del Trabajo", Tecnos.

Cabe añadir que la 1ª edición del "Manual de Derecho del Trabajo" de Bayón Chacón y Pérez Botija es de 1957 (habiendo publicado este último su "Curso de Derecho del Trabajo" en 1948[1]), que en 1960 Alonso García publica su "Derecho del Trabajo", que en 1963 Alonso Olea publica

[1] Sobre la figura y obra de Pérez Botija, ver Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: "EUGENIO PÉREZ BOTIJA (1910-1966): la Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política social, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM,* nº 8, pp. 267-275. Sobre Bayón Chacón, ver De la Villa Gil, L.E. y Sampedro Guillamón, V.: "La obra científica del profesor Gaspar Bayón Chacón", en RGDTSS, nº 62, pp. 634-641. La misma revista ha publicado, dentro de la sección "Grandes maestros españoles del Derecho del Trabajo", un artículo sobre Pérez Botija en el nº 61 y anuncia otros sobre Alonso Olea y Alonso García en los próximos números.

su "Introducción al Derecho del Trabajo" y que igualmente en 1963 se publican las "Nociones de Derecho del Trabajo", de Santoro Passarelli (traducido por Suárez González, con el Prólogo de Borrajo titulado "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del trabajo") y el "Compendio de Derecho del Trabajo" de Hueck y Nipp. rdey (traducido por Rodríguez-Piñero y de la Villa).

II. COMENTARIO

2. El artículo que comento se articula en tres apartados. Su cuerpo principal es el segundo apartado, páginas 8-24, relativo a "El problema de la existencia del Derecho del Trabajo". El primer apartado lleva un largo título: "La definición como como determinación de la *quiddidad* de un objeto preexistente". El último y breve apartado son las "Conclusiones".

En el primer apartado Borrajo, siguiendo a Ferrater Mora, se plantea el problema de qué es la cosa (la *quiddidad),* no el *cómo* ni el *porqué*, sino *qué* es la cosa[2]: en este caso, el Derecho del Trabajo. En términos generales, señala, la definición no se plantea si una cosa es, si existe, sino qué es la cosa que ya es, la cosa que ya existe. La cuestión en este caso es si existe el objeto a definir; es decir, si existe el Derecho del Trabajo[3].

3. En el segundo apartado del artículo, el más extenso, como ya he señalado, se discute precisamente "El problema de la existencia del Derecho del Trabajo".

Afirma Borrajo, de partida, que es evidente que "el Derecho" existe, pero que, respecto de las ramas del mismo, respecto de los "Derechos particulares" (tales como el Derecho civil, el mercantil, el administrativo, el penal o, precisamente, el Derecho del Trabajo) hay que buscar su definición conforme a dos líneas de presupuestos o presuposiciones.

Conforme a la primera línea, que Borrajo denomina "distributiva", la realidad jurídica nueva que pide una consideración específica o especial –en nuestro caso, el Derecho del trabajo– se califica considerando los otros Derechos particulares en que se distribuye el Derecho. De este modo, se trata de observar si la realidad jurídica nueva puede subsumirse en las ramas jurídicas, en los Derechos, ya existentes; o si, por el contrario, ofrece caracteres distintos, especiales[4].

Dicho de otro modo, se trata de ver si el objeto y notas del Derecho que se pretende singular tienen caracteres especiales, o si se pueden subsumir en los Derechos ya existentes. Esta línea presupone a los otros Derechos como realidades inmutables y, por tanto, la nueva realidad solo puede encuadrarse en el esquema distributivo si no les afecta en su contenido.

Para la segunda línea, el Derecho del Trabajo existe y ofrece dos notas, la de que es Derecho y la de que se refiere al trabajo. Para definirlo, pues, hay que determinar qué supone la referencia al "Derecho" y qué especificación sobre el mismo introduce el elemento "trabajo"[5].

A juicio de Borrajo estas dos líneas de presuposiciones resultan insuficientes.

4. Respecto de la primera presuposición, que supone la existencia de ramas del Derecho perfectamente definidas, el Derecho del Trabajo, "en razón de su objeto o contenido material"[6], se desmembraría entre los derechos singulares existentes. Así, si el Derecho civil se ocupa de los derechos de la persona –o si forman parte de su contenido los contratos entre personas privadas–, siendo el trabajador una persona –o siendo contratos individuales o colectivos los acuerdos o convenios entre trabajadores y empresarios–, su estudio correspondería al Derecho civil. O, de modo

[2] "Presupuestos críticos…", pp. 7-8.
[3] "Presupuestos críticos…", pág. 8
[4] "Presupuestos críticos…", pág. 9.
[5] Ibídem.
[6] "Presupuestos críticos…", pág. 12.

similar, ocupándose el Derecho mercantil de la empresa mercantil, las relaciones entre trabajador y empresario, que se producen en el seno de la empresa, corresponderían a ese otro derecho singular. Y lo mismo cabría concluir respecto del Derecho administrativo.

Se produciría, de este modo, una paradoja, al estilo de la "paradoja del bibliotecario perplejo", que Borrajo recoge de Eugenio D'Ors: el bibliotecario, que tiene que colocar en sus estantes las obras completas de Aristóteles, se encuentra con que colocados en los de Moral, Política, etc., las obras *Ética a Nicómaco, Gran Moral, La República*, etc., no le queda ninguna obra que colocar en el estante de Filosofía. Queda perplejo porque sabe que Aristóteles es filósofo.

La conclusión de la primera presuposición, dice Borrajo, es "descorazonadora": los derechos singulares ya existentes agotan el "material de la realidad jurídica" que se presenta como nueva y, por ello, "es imposible que exista un Derecho del Trabajo al modo que existen un Derecho civil o un Derecho mercantil, etc."[7].

Pero ello, señala Borrajo, sólo es así si se parte del dogma de que los derechos singulares existentes agotan la realidad jurídica y son inmutables en sus "contenidos", en sus "objetos". Por el contrario, los derechos singulares son "realidades históricas…tipos mutables, de contenido relativo en función del espacio y, sobre todo, del tiempo"[8]. Como añade luego, Derecho civil, mercantil, del trabajo…son "esto que la historia nos ofrece como siendo Derecho civil, Derecho mercantil o Derecho del Trabajo"[9].

Se trata, pues, de negar el dogma. En palabras de Borrajo: "Un Derecho singular nuevo es posible: basta para ello con substraer a una o a todas las ramas particulares del Derecho un sector de la realidad jurídica que antes se comprendía en dichos Derechos singulares y constituirla como objeto de una rama jurídica independiente"[10].

5. Respecto de la segunda posición –la de que el Derecho del Trabajo existe y su concepto se define relacionando el genérico "Derecho" con el específico "trabajo"–, presenta la dificultad de la plurivalencia del término "trabajo": "el término trabajo implica contenidos más amplios que los que luego se encierran en la denominación «Derecho del trabajo»"[11].

Por ello, nos dice Borrajo, "la *individualización del contenido* se nos aparece siempre como puro acto de voluntad, *simple convención*"[12].

6. Ante esos resultados, las posiciones del investigador que pretende averiguar qué es el Derecho del trabajo son, a juicio de Borrajo, tres.

En primer lugar, entender por Derecho del trabajo "lo que…cada investigador juzga que debe ser Derecho del trabajo", por ejemplo, el estudio de "todo acto o institución jurídica que tiene que ver con el trabajo"[13]. En segundo lugar, entender por tal "lo que ordinariamente se cree o se viene creyendo que es Derecho del trabajo"[14]; en último término, lo que la doctrina considera Derecho del trabajo. En tercer lugar, entender por Derecho del trabajo lo que la realidad jurídica, las disposiciones legales, regulan como contenido propio: las disposiciones que tienen que ver con el trabajo o, más específicamente, el "conjunto de normas jurídicas cuya aplicación o interpretación es de la competencia de la jurisdicción especial"[15], es decir, la social.

[7] Ibídem.
[8] "Presupuestos críticos…", pág. 13
[9] "Presupuestos críticos…", pág. 14.
[10] "Presupuestos críticos…", pág. 13.
[11] "Presupuestos críticos…", pág. 14.
[12] "Presupuestos críticos…", pág. 15.
[13] Ibídem.
[14] Ibídem.
[15] "Presupuestos críticos…", pág. 16.

Para Borrajo, esas tres posibles posiciones o criterios resultan infructuosas y revisten un carácter convencional o subjetivo. En el fondo, las tres se reducen a la primera y es el investigador, el estudioso, la doctrina quien determina el contenido del Derecho del trabajo[16]

Se trata, entonces, de buscar "un nuevo criterio…en razón de su *objetividad*"[17]; para ello, previamente hay que examinar "*el contenido que se trata de vaciar*"[18] en los diversos conceptos doctrinales.

En tal sentido, agrega Borrajo, "(el) primer problema…es el de la determinación de su contenido"[19]. Si no se logra un acuerdo sobre el contenido no es posible determinar "su concepto".

7. Pero la determinación del contenido jurídico de un Derecho particular no es fácil ni evidente. Señala Borrajo que se suele adoptar una posición histórica, una perspectiva histórica (que puede ser tanto la "historia doctrinal" del concepto, cuanto su "historia legal"), pero apunta al riesgo de que dicha perspectiva histórica o historicista consista en buscar antecedentes históricos, "*una suma discontinua de antecedentes*", partiendo del concepto actual. El problema, entonces, sigue siendo el de determinar el concepto actual.

Para afrontarlo propone Borrajo manejar de otro modo la perspectiva histórica, considerando que todo "nuevo Derecho particular" ofrece como nota esencial "*su pretensión de novedad*"[20].

Enfrentado a los conceptos de "particular", "singular", "novedad" y "Derecho nuevo", concede preferencia al término "singular"o "singularidad": es decir, el Derecho que es "novedoso" en cuanto "Derecho diferente o distinto o *especial*"[21]. Un Derecho es singular, viene a decir, cuando no simplemente plantea una "particularización" respecto de un tronco común, sino que plantea una "*diferenciación* por razón de una o varias notas o singularidades que *constituyen, precisamente, su razón de ser*"[22]. Para entenderlo hay que determinar su "*singularidad* o *novedad*": hay que indagar no sobre su "objeto material", sino sobre su "novedad".

Llegado a este punto, Borrajo se interroga acerca de si la existencia de una institución jurídica basta para hablar de una ciencia jurídica que la tenga como objeto. Compara, al respecto, entre dos instituciones civilistas como la compraventa y el arrendamiento de servicios. Ciertamente el viejo o primitivo arrendamiento de servicios se ha remodelado, pero no basta el cambio, la renovación, o el desarrollo de la regulación de una institución jurídica "para hablar ya, y por ese solo hecho, de un derecho singular que la tenga como objeto"[23].

Históricamente han existido regulaciones jurídicas de la relación social a que da lugar el trabajo. Pero esa regulación jurídica sólo pretende "convertirse en un sistema jurídico especial", sólo se hace sentir "la necesidad de un ordenamiento jurídico y de una ciencia nueva", permítaseme la larga cita, "cuando el sistema jurídico y el sistema científico tradicionales ya no alcanzan su objetivo, es decir, cuando el objeto material, que sigue siendo el mismo hecho social, exige una regulación jurídica y unos estudios desde unos principios y conforme a un sistema que no son los del Derecho y los de la Ciencia que antes lo trataban"[24].

Ejemplifica Borrajo este razonamiento sobre los supuestos del Derecho administrativo o el Derecho mercantil, o sobre la Sociología. Así, desde que la organización política supone una

[16] Se apoya en este punto Borrajo en Barassi: *Tratado del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1953, tomo I, pág. 26.
[17] "Presupuestos críticos…", pág. 16.
[18] Ibídem.
[19] "Presupuestos críticos…", pág. 17.
[20] "Presupuestos críticos…", pág. 19.
[21] "Presupuestos críticos…", pp. 19-20. Un derecho "nuevo" puede ser simplemente un derecho "joven", no "novedoso".
[22] "Presupuestos críticos…", pág. 20.
[23] "Presupuestos críticos…", pág. 21.
[24] "Presupuestos críticos…", pág. 22.

autoridad cabe hablar de "relaciones entre los órganos públicos y los particulares", pero el Derecho administrativo, siguiendo a Garrido Falla, sólo existe a partir del Estado de Derecho. O el Derecho mercantil, siguiendo a Rubio García-Mina y otros autores, sólo se constituye en una ciencia jurídica autónoma en "el momento de la economía capitalista", sólo cuando se basa "en una peculiar ordenación de fuentes y en un sistema propio de principios"[25] (el último entrecomillado pertenece a Rubio).

Termina Borrajo preguntándose "¿por qué el hecho social del trabajo ha alcanzado tal relevancia en alguno de sus sectores que demanda una regulación jurídica y un estudio propios?... ¿cuáles son las notas y principios que peculiarizan…tal regulación jurídica y posibilitan tal estudio?"[26].

Tras tales preguntas, ¿a qué conclusiones llega Borrajo en este denso trabajo que modestamente –y espero que fielmente– he tratado de sintetizar?

8. Como "Conclusiones" para determinar el concepto de Derecho del trabajo, Borrajo estima que ha alcanzado un punto de partida objetivo: que el Derecho del trabajo es un Derecho "que se pretende nuevo, *especial o distinto*"[27].

Novedad que implica "que el hecho social del trabajo plantea,…*en su totalidad o en alguno de sus sectores*, exigencias ante el Derecho que o bien antes no existían o bien se resolvían de un modo que ahora se reputa insuficiente"[28]. No se trata de buscar "antecedentes" (ver, *supra*, epígrafe 6 de este comentario) en la configuración jurídica de las relaciones laborales "sino de encontrar *el momento* en que el Derecho común se mostró insuficiente"[29].

Aquí termina el artículo de Borrajo, demandando "un concepto a priori: el concepto de «Derecho especial»"[30].

III. CONSIDERACIONES FINALES

9. El trabajo de Borrajo es, pues, un trabajo incompleto; mejor dicho, deliberadamente se plantea como parte de "un estudio de mayor volumen", tal y como se anuncia en nota a pie de página[31].

No me consta ese estudio anunciado en la bibliografía de Borrajo. Sin embargo, otros estudios del mismo, cercanos a este en el tiempo, sí que vienen a completarlo, señaladamente el titulado "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo (Derecho especial y Derecho nuevo)", publicado el mismo año 1957 en la Revista de Derecho Mercantil, nº 66.

Obviamente no puedo entrar a exponerlo, pues será parte de otro comentario en este número especial. Baste resaltar que se ocupa, como su título y su índice indican, de cuestiones que ya se han abordado sucintamente en el estudio que estoy comentando: derecho especial y derecho nuevo.

Recordemos (*supra*, epígrafe 7) que entre los conceptos de particular, singular, novedad, derecho nuevo ha preferido el concepto de "singular", el derecho que es novedoso en cuanto "Derecho diferente o distinto o *especial*": los conceptos de derecho singular o especial parecen sinónimos, pero también con derecho nuevo (novedad). Al final (*supra*, epígrafe 8), terminaba reclamando un concepto de "Derecho especial".

En ese otro artículo en que compara Derecho mercantil y Derecho del trabajo, se refiere a Derecho especial y Derecho nuevo. Tras repasar las posiciones de Messineo, De Castro, Rocco y

[25] Rubio García-Mina: "Sobre el concepto de Derecho mercantil", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 12, 1947, pág. 325 (citado por Borrajo).
[26] "Presupuestos críticos…", pág. 24.
[27] "Presupuestos críticos…", pág. 25.
[28] Ibídem.
[29] Ibídem.
[30] "Presupuestos críticos…", pág. 26.
[31] "Presupuestos críticos…", pág. 9, nota 3.

Ascarelli termina contraponiendo tres "categorías": derecho común (general, normal), derecho especial (particular) y derecho excepcional (anómalo)[32]. Repasando las posturas de los autores citados concluye, apoyándose en Messineo, que el derecho "que responde *sistemáticamente* a unos principios *distintos* de los que tienen un valor organizador general, es el que, en puridad de términos, cabe llamar *derecho especial*"[33], derecho especial que representaría "*una desviación sistemática*, de modo que vale como *el derecho normal de ciertas relaciones sociales*"[34].

En suma, el concepto de "derecho especial" termina prevaleciendo para Borrajo, quien sintetiza sus rasgos principales sobre el pensamiento de Rocco y Ascarelli, concluyendo con este último que "*la especialización de un complejo jurídico no se explica por la individualización de la materia que regula, sino por los principios que inspiran tal regulación*"[35].

10. El Derecho del Trabajo acaba definido como un derecho especial en la obra cumbre de Borrajo, su "Introducción al Derecho español del Trabajo"[36]. Partiendo de su definición de Derecho del Trabajo[37] señala que la misma es válida para una etapa histórica que, dice, se puede fechar en el orden internacional entre 1900 y 1919. Así, el Derecho del trabajo es un "Derecho nuevo", "un Derecho característico de nuestro tiempo"[38].

Ciertamente, matiza, en la medida en que el hombre ha necesitado históricamente del trabajo ajeno esa relación social ha sido regulada y, por tanto, ha existido un Derecho del trabajo. Pero, añade, una cosa es que exista una regulación jurídica del trabajo y otra es que esa regulación pueda erigirse como derecho especial. Precisa, entonces, tres categorías conceptuales: el Derecho común, el Derecho excepcional y el Derecho especial.

Derecho común es el que regula unos hechos o relaciones sociales de acuerdo con principios y técnicas "que inspiran el ordenamiento jurídico general". Derecho excepcional es el que regula unos hechos o relaciones sociales de acuerdo con principios y técnicas "que representan una desviación o una contradicción con respecto a los del ordenamiento jurídico general".

Como tercera categoría, el *Derecho especial* es el que regula unos hechos o relaciones sociales conforme a principios y técnicas distintos pero que se articulan sistemáticamente y "valen como derecho común de la realidad social sometida a su regulación", normas que forman un "todo orgánico" y que "tienen fuerza expansiva"; de modo que, cuando se aprecia una laguna, ese vacío se llena invocando los principios de ese derecho especial (que, en este punto, Borrajo vuelve a denominar singular), un derecho, concluye, que si bien es excepcional respecto al ordenamiento general es común "respecto del sector sometido a sus preceptos"[39].

Ofrece también Borrajo la "causa o razón" del Derecho especial: que la "solución política" dada a los problemas de la comunidad –en el caso del Derecho del trabajo es "la cuestión social por antonomasia, la cuestión obrera"[40]– se revela como "injusta", "inadecuada", "no ajustada"[41]; en ese caso surge una norma nueva, primero como excepcional y, luego, si se desarrolla sistemáticamente, como Derecho especial.

[32] "Problemas comunes…", pág. 369.
[33] "Problemas comunes…", pág. 371.
[34] Ibídem.
[35] "Problemas comunes…", pág. 372. La frase entrecomillada es de Borrajo, no es cita de Ascarelli, a cuya posición se adhiere.
[36] Así el epígrafe II de la Lección 2ª. Cito por la 4ª ed., 1975.
[37] "(El) conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regulan las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios sociales por cuenta ajena", en "Introducción…", 4ª ed., pág. 32.
[38] "Introducción…", pág. 33.
[39] Todas estas citas de "Introducción…", pág. 34.
[40] "Introducción…", pág. 35.
[41] "Introducción…", pág. 34.

Como acabo de señalar, para Borrajo el Derecho del trabajo surge "para garantizar la paz social" como respuesta a la cuestión social obrera, situándose como Derecho "social", como Derecho "especial" frente al Derecho común de signo "individualista": es especial porque sus principios son distintos a los del ordenamiento jurídico tradicional, principios que eran individualistas y no sociales. En fin, concluye, el Derecho del trabajo no nace con la revolución industrial sino "cuando se trató de solucionar la crisis social *posterior* a la revolución industrial"[42].

11. En resumen, los "Presupuestos críticos" comentados inician unas reflexiones que culminan en la completa exposición que sobre el concepto del Derecho del Trabajo se contiene en la "Introducción". Dos reflexiones cabe resaltar en ese conjunto de trabajos que conforman los "Presupuestos…", los "Problemas comunes…" y la "Introducción…".

En primer lugar, la idea de que un Derecho es nuevo en cuanto que se inspira en nuevos principios, cuando un objeto material de regulación "sigue siendo el mismo hecho social…(pero) exige una regulación jurídica y unos estudios desde unos principios…" nuevos[43]. El Derecho especial no lo es por razón de la materia que regula sino por los "nuevos principios que realiza sistemáticamente"[44].

Principios nuevos que, en el caso del Derecho social ya no son "los principios individualistas" sino "los principios sociales", el Derecho social del trabajo aparece como derecho especial "frente al Derecho común de signo «individualista»"[45]. De modo que el derecho positivo "se coloca bajo el signo del repudio o mitigación del individualismo consagrado en los Códigos del siglo XIX"[46].

En segundo lugar, la idea de que el Derecho especial nuevo tiende a extenderse al ordenamiento general. El Derecho especial se convierte en el nuevo Derecho común: así, el Derecho del trabajo, el Derecho social, laboraliza o socializa el ordenamiento común.

Pienso que un ejemplo de esta "«especialización» del Derecho común" o "«comunización» del Derecho especial"[47], puede serlo, en el ámbito precisamente de los principios, el de igualdad real o material[48] que contiene el art. 9.2 de nuestra Constitución y que, como es sabido, dispone lo siguiente: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Es bien conocido que ese artículo se inspira en el casi idéntico art. 3.2 de la Constitución italiana: "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 svilupp. della della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione política, económica e sociale del Paese".

La norma italiana tiene un marcado acento obrero (se consideró el art. 3.2 como el "núcleo rojo" de la Constitución republicana), en cuanto que, si bien se refiere a la libertad e igualdad de los "ciudadanos" reclama la efectiva participación de "todos los trabajadores" en la organización política, económica y social del País. Mientras que la norma española dispone para los poderes públicos facilitar la participación de "todos los ciudadanos" en la vida política, económica, cultural y social. De este modo, entiendo, trasciende el ámbito de lo laboral para extenderse a cualquier ámbito que ataña a

[42] "Introducción…", pág. 35.
[43] "Presupuestos…", pág. 22.
[44] "Problemas comunes…", pág. 381.
[45] "Introducción…", pág. 35.
[46] ·Introducción…", pág. 36.
[47] Ibídem.
[48] Sobre el principio de igualdad material, ver Carmona Cuenca, E.: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista de Estudios Políticos (Nueva época), nº 84, abril-junio 1994, pp. 265-285.

los ciudadanos. En todo caso, incluso en la norma italiana la amplia referencia a la participación en la organización política, económica y social del País ya trasciende lo estrictamente laboral.

En el ámbito laboral, tanto una norma como la otra puede servir para fundamentar el derecho de huelga[49]. Pero, generalizándose más allá de lo laboral, la norma española puede fundamentar para todos los ciudadanos el acceso a la vivienda[50]; o relacionarse con el acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas[51]; o, en general, tienen su base en el principio de igualdad material o real todas las muchas normas de acción afirmativa o positiva (normas mal llamadas de discriminación positiva) a favor de personas o grupos desfavorecidos[52]. Se han promovido también cuestiones de inconstitucionalidad en el terreno penal, basándose en ese art. 9.2 CE, aunque el Tribunal haya desestimado la cuestión

[49] "Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución…y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)" (STC 11/1981, de 8 abril, f.j. 9).

[50] Ver Pisarello, G., "El derecho a la vivienda: Constitucionalización débil y resistencias garantistas" en EJJL (Espaço Juridico Journal of Law), Chapecó (Brasil), vol 14, nº 3, 2013, pág. 140: "La función social del derecho de propiedad –y la prohibición de ejercicios abusivos del mismo, prevista en el art. 7.2 del Código Civil– opera como límite y como parte integrante, a la vez, del contenido constitucionalmente protegido. Y de la misma manera que ha permitido a los poderes públicos promover políticas de reforma agraria, también les autoriza a impulsar políticas de reforma urbana que desarrollen el mandato de igualdad material recogido en el art. 9.2 CE y generalicen el derecho a la vivienda".

[51] Ver STC 216/1991, de 14 de marzo (f.j. 5): "La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida −antes al contrario− la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse". Continúa: "Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan" (STC 216/1991, de 14 marzo, fj 5).

[52] En la jurisprudencia constitucional, ver, en cuestiones laborales, por todas, STC 28/1992, de 9 marzo, FJ 3: "son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 C.E. que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva". Ver asimismo STC 216/1991, de 14 marzo, FJ 5: "no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial". También STC 128/1987, de 16 julio, FJ 7: "el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva". En fin, STC 3/1993, de 14 enero, FJ 3: "en la perspectiva del art. 9.2 C.E., de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas".

planteada[53]. Igualmente se alegó el art. 9.2 CE en relación a la suspensión de medios de comunicación del Movimiento Nacional[54]. O en relación a sanciones tributarias[55].

12. Este comentario mío ha terminado por girar en torno al concepto de Derecho especial, que entiendo que es el hilo conductor de los estudios de Borrajo de 1957, prolongados luego en su "Introducción…". Como ya he señalado antes (*supra*, ep. 8), los "Presupuestos…", que he comentado, terminan señalando la necesidad de estudiar previamente el concepto de Derecho especial. Por ello he tenido que referirme necesariamente a esos otras dos publicaciones, de muy distinta envergadura, los "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo" y la "Introducción al derecho español del trabajo". Espero, al hacerlo, no haber invadido el campo de otras contribuciones a este oportunísimo homenaje en memoria del admirado Maestro.

[53] Ver STC 19/1988, de 16 de febrero, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Se cuestionaba la constitucionalidad de lo dispuesto en relación a la responsabilidad personal subsidiaria por el art. 91 del Código Penal (en la redacción dada por la Ley 8/1983, de 15 de junio), que hoy se contiene en el art. 53.2 del vigente Código (en la redacción dada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Código Penal 1983, art. 91.1: "Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiere la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta". C.P. 1995, art. 53.2: "En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad".
Se desestima la cuestión porque la norma no impide atender a las específicas condiciones económicas del culpable, según su f.j. 10: "Se ha promovido también la cuestión, como se dijo, por entender que el art. 91 del Código Penal, al permitir que recaiga sobre el carente de recursos la medida en él prevista, habría contradicho lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución… Este conjunto de previsiones normativas no puede dejar de ser tenido en cuenta para apreciar que, situado en su sistema legal propio, el art. 91 del Código Penal no impide al juzgador atender, al dictar la condena de multa y al disponer sobre su ejecución, a las específicas condiciones económicas de quien haya, como culpable, de sufrirla, advertencia ésta que no es irrelevante, para juzgar de la acomodación del precepto a lo prevenido en el art. 9.2 de la Constitución".

[54] Ver STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 5: STC 6/1981 de 16 marzo, FJ 5: "La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el art. 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público".

[55] STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 6.A in fine: "es preciso recordar que, una vez satisfechas las exigencias de igualdad formal y no discriminación que impone el art. 14 de la Constitución, la propia norma constitucional obliga a atender los requerimientos de la igualdad real, a cuyo fin se ordena el criterio legal de «la capacidad económica del sujeto infractor»…, y que resulta así no sólo compatible con el art. 14 de la Constitución sino también justificado o exigido por el art. 31.1 en relación con el art. 9.2 del propio texto constitucional".

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La enseñanza del derecho del trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial", *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo, estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 21-30.

La jurisprudencia como Derecho vivo del Trabajo

The jurisprudence as the living law of labor

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo
https://orcid.org/0000-0002-1797-2979

Cita Sugerida: SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La jurisprudencia como Derecho vivo del Trabajo", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 109-116

Resumen

La materia a que se dedica este libro (no otra cosa que el estudio de la obra científica del profesor Borrajo Dacruz) entronca a la perfección con las características profesionales del homenajeado. En ella concurren las posibilidades de examinar los antecedentes históricos de nuestro ordenamiento (para así contextualizar y comprender el resultado presente), como respecto de tantas cuestiones abordó el destinatario. Nada difícil es vincular las diversas decisiones de política legislativa con las de calado político e ideológico respecto de temas de Seguridad Social (qué modelo de sociedad o de familia es el tácitamente preferido, qué tipo de protección contributiva se desea brindar, qué régimen de compatibilidades se establece o cómo ha de financiarse el aparato protector y gestor edificado), de contratación laboral (duración, novaciones, extinción, modalidades), del sistema de fuentes (acuerdos o convenios colectivos, reglamentos, etc.) o del acceso al mercado de trabajo (empleo, extranjería, ETTs, formación, etc.) y así sucesivamente.

Quiere decir lo anterior que estamos ante cuestiones que solo pueden abordarse con profundidad cuando se tiene la capacidad de alternar una visión panóptica del Derecho (incluso de las Ciencias Sociales), los conocimientos técnicos necesarios para comprender y concordar el entramado normativo (en ocasiones, más parecido a un dédalo que a un verdadero sistema) y la capacidad crítica para contextualizar la concreta institución regulada. Si a ello añadimos el entusiasmo personal por transmitir los propios conocimientos, para convocar foros de debate o para suscitar vocaciones universitarias vamos teniendo un perfil aproximado de lo que represente el Dr. D. Efrén Borrajo Dacruz para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por más que resulte inusual, deseo aprovechar este pórtico para agradecer a quienes han promovido esta iniciativa que hayan contado conmigo. De ese modo queda constancia documental de mi reconocimiento y admiración hacia una trayectoria profesional de primerísimo nivel e innegable repercusión en el panorama de nuestro iuslaboralismo.

Palabras clave

Jurisprudencia; Derecho vivo; Trabajo

Abstract

This book is dedicated to the study of Professor Borrajo Dacruz's scientific work and perfectly aligns with the professional characteristics of the person being honored. It provides opportunities to examine the historical background of our legal system (to contextualize and understand the present outcome) and to address many of the issues that the recipient tackled. It is easy to link various legislative policy decisions with those of political and ideological importance regarding Social Security issues (what kind of society or family is tacitly preferred, what type of contributory protection is desired, what compatibility regime is established, or how the protection and management apparatus is financed), labor contracting (duration, novations, extinction, modes), the system of sources (collective agreements or regulations, etc.) or access to the job market (employment, immigration, temp agencies, training, etc.) and so on.

The above means that we are dealing with issues that can only be addressed in depth when one has the ability to alternate a panoptic view of Law (even of the Social Sciences), the technical knowledge necessary to understand and agree on the normative framework (sometimes more like a labyrinth than a true system), and the critical ability to contextualize the regulated institution. If we add personal enthusiasm for transmitting one's own knowledge, for convening debate forums, or for inspiring university vocations, we have an approximate profile of what Dr. Efrén Borrajo Dacruz represents for Labor Law and Social Security.

Although it may be unusual, I want to take advantage of this portal to thank those who have promoted this initiative for counting on me. This way, there is a documentary record of my recognition and admiration for a first-class professional trajectory and undeniable impact on the landscape of our labor law.

Keywords

Jurisprudence; Living law; Labor

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

En 2010, bajo la dirección de los Catedráticos Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, la editorial Tirant lo Blanch alumbró la obra colectiva *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*.

Más de mil doscientas páginas fueron necesarias para albergar casi setenta colaboraciones que testimoniaran tanto el afecto al llorado homenajeado cuanto lo que el título del libro indica. Bajo el ISBN 9788498767902 aparece esta obra coral que, de manera emblemática, encabeza el ensayo escrito por el Dr. Borrajo y rubricado como "La enseñanza del derecho del trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial" .

Esta es la publicación seguidamente comentada. Un artículo que permite ahora realizar su lectura, por así decirlo, reflejándolo en un espejo: allí se trataba de un homenaje y eso es, justamente, lo que acontece de nuevo. Allí se trataba de una recensión y en estas páginas se examina…esa anterior valoración.

Al tiempo, lo que se busca ahora no es regresar (revisitar en término muy adecuado pero en decadencia) a la obra del profesor Albiol sino detectar en aquellas páginas (de la 21 a la 29) las ideas que su autor apuntaba o dejaba entrever como propias.

II. INTRODUCCIÓN

El ensayo en cuestión está estructurado en cinco partes. Vale la pena enumerarlas porque denotan el orden que preside el discurso: una descripción inicial sobre la orientación metodológica de las publicaciones examinadas; su entronque con otras obras de la comunidad iuslaboralista próxima ("*La Escuela Valenciana de Derecho del Trabajo*"); su conexión con publicaciones de la misma línea ("*Otras obras de marcada orientación jurisprudencial*"); la relevancia del "caso práctico" en la Enseñanza Superior; en fin, una llamada a proseguir en la línea examinada.

Hay en esas páginas gran complicidad con el destinatario del homenaje, pero también con la comunidad de estudio y vida profesional. Elogiando la orientación de la línea editorial seguida por Tirant, incluso en los detalles tipográficos, se resalta su "*función de ayuda al lector fijo pero discontinuo*". Resaltando la pertinencia de complementar el estudio normativo y doctrinal con el de las decisiones de los Tribunales se conecta lo escrito por el homenajeado con lo realizado por terceras personas (*Se aprecia un reforzamiento de este género didáctico en otras muchas obras coetáneas y, sobre todo, posteriores"*).

Quienes hemos conocido a la persona, desde luego, tenemos la ventaja de que su exposición escrita de los temas concuerda por completo con el modo de ser, de analizar presencialmente o de conferenciar. Leer estas páginas equivale a revivir y a tener presente al gran Maestro que es Efrén Borrajo.

III. COMENTARIO

Timando como pretexto dialéctico las apreciaciones vertidas por el Profesor Borrajo Dacruz en su glosada aportación a obra colectivo, seguidamente aparece media docena de pasajes en los que se trasluce una concepción propia del sistema de relaciones sociolaborales o del oficio universitario. Al hilo de ellos surge la reflexión propia (de quien esto escribe) o el entronque con lo aprendido tiempo atrás (del Profesor Montoya Melgar, en su Manual).

III.1. Caracterización del ordenamiento laboral

"*El Derecho propio de nuestro tiempo está sometido a una fortísima fuerza de actualización, lo que es perfectamente comprensible si se atiende a que, en su raíz última, quiere dar solución a conflictos sociales –al menor interpersonales– cuyo número se multiplica en épocas históricas de transición*". Ese texto es el que abre la recensión de obras a que se dedica el estudio ahora comentado. Pese a tratarse de una declaración incidental, seguramente realizada a vuelapluma, hay en ella una expresión de convicciones nada menor.

Por naturaleza, el Derecho tiene, entre sus misiones, la de reconducir al orden las situaciones de conflicto, manifestando así su condición de ordo ordinans. En un sentido lato, toda la arquitectura del Derecho no es sino un gigantesco esfuerzo (un esfuerzo no siempre coronado por el éxito) de superación de conflictos y de creación de solidaridad, bien en plano de igualdad, bien en plano jerárquico. Doctrina muy solvente viene explicando que donde no hay conflicto de intereses no hay razón de ser del Derecho; no existe un fenómeno jurídico en cuya raíz no encuentre el análisis tal conflicto.

La toma de posición del profesor Borrajo, de ese modo, viene a enlazar con la muy mayoritaria doctrina conforme a la cual en nuestras sociedades resulta connatural el conflicto de intereses. Se trata de una premisa aceptada, con naturalidad, en nuestro esquema de relaciones laborales. Como mero botón de muestra, para determinar el eventual derecho del sindicato a utilizar los medios de comunicación existentes en la empresa (correo electrónico) a fin de transmitir información atinente a su acción, nuestro Tribunal Constitucional considera necesario "partir de que nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses y de lógicas jurídicas entre los derechos de los sindicatos y de los trabajadores y los intereses empresariales al funcionamiento de la organización productiva. La función de autotutela colectiva precisa de instrumentos idóneos para su ejercicio eficaz, lo mismo que la normalidad productiva y la propiedad empresarial imponen límites a la utilización de tales instrumentos, que no puede ser ilimitada o irrestricta" (STC 281/2005 de 7 noviembre).

Ese carácter dinámico es el que enlaza con el sistema de fuentes propio del ordenamiento laboral y, en especial, con la negociación colectiva a cuyo estudio tanto tiempo ha dedicado el profesor Borrajo. No es casual que la OIT (Convenios núms. 98 y 154, ratificados por España respectivamente en 1977 y 1985) fomente decididamente la negociación colectiva y que el legislador ponga en sus manos múltiples posibilidades de desarrollar o desplazar el contenido de determinados preceptos. La reforma de 2021 (RDL 32/2021) en la materia rinde homenaje a esta específica fuente del Derecho del Trabajo resaltando que es pieza clave en los sistemas democráticos, así como elemento fundamental en la configuración de las dinámicas empresariales y productivas eficientes: «permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, porque aportan seguridad, porque disminuyen la conflictividad y también porque posibilitan una competencia entre las empresas que gravita fundamentalmente en torno a la calidad del empleo y no en la reducción de los costes laborales».

III.2. Caracterización del ordenamiento de la Seguridad Social

Relevancia social y dinamicidad excesiva son dos caracteres asignados a esta otra rama del área de conocimiento. Pese a tratarse también de un mero apunte, al paso de la dación de cuenta sobre una obra práctica, volvemos a encontrar una caracterización importante: "*La Seguridad Social es una materia omnipresente en la vida de todos los ciudadanos y, a la vez, indominable si se busca su concreción en un texto impreso. Es seguramente una de las partes más mutables del Derecho del Trabajo, por sus conexiones con la política económica, cuando no, sin más, con la política pura y dura*".

Concordante con la reseñada relevancia es la configuración de la Seguridad Social como un «régimen público», que ha de ser mantenido precisamente por «los poderes públicos», y que ha de garantizar a todos los ciudadanos unas prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, «especialmente en caso de desempleo» (art. 41 Constitución). Como es sabido, nuestra Ley Fundamental no reconoce un derecho del ciudadano a la Seguridad Social, sino que prefiere la vía indirecta de disponer que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos». Sobre la base del diseño constitucional, el legislador ordinario procede a enumerar los principios de la Seguridad Social: universalidad, unidad, solidaridad e igualdad (art. 2.1 LGSS). Con tal proclamación expresa de principios se quiere subrayar la vocación de protección universal (a todos quienes lo necesiten) de nuestra Seguridad Social, y especialmente la unidad del Sistema español de Seguridad Social, cuyo régimen público es único y unitario. Esa unidad, que corresponde preservar al Estado, conlleva la igualdad de trato de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la materia de Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.1.ª Constitución. Unidad e igualdad implican solidaridad interterritorial, proyectada financieramente en el principio de unidad de caja, y opuesta a la existencia de políticas diferentes de Seguridad Social en las distintas comunidades autónomas.

El decisivo papel que el legislador posee en orden a la determinación del alcance que posea el sistema todo de Seguridad Social es el segundo d ellos aspectos apuntados: la necesidad de aprobar numerosas normas que vayan actualizando el elenco de situaciones protegidas, los requisitos para lucrar las prestaciones, su intensidad y duración, el modo de gestión y cuantos otros aspectos con necesarios. Dinamicidad y complejidad aparecen como consecuencias inevitables. La reciente pandemia provocada por el Covid-19 es buen ejemplo de cuanto nuestro autor noticia, no sin cierta desazón, cuando expone la dificultad de ofertar una obra que, a título de manual académico o de código, sirva para el estudio del régimen jurídico vigente en cada momento. Pese a estar escritas diez años antes, las palabras dedicadas e identificar lo acaecido parecen del todo acertadas: "*Las Leyes y los Decretos, no es que se sucedan a velocidad de vértigo; es que se superponen con reformas parciales, de modo que el súbdito de la Ley tiene que construirse su propio texto articulado*".

La expuesta conexión entre ordenamiento laboral y de Seguridad Social con la realidad económica, por lo demás, resulta especialmente acertada. Este sector del ordenamiento incide sobre la realidad económica, y viceversa. Del mismo modo que un elevado desempleo genera la necesidad de allegar importantes fondos para financiar las correspondientes prestaciones, una exagerada elevación de las cotizaciones puede retraer el empleo. Como tantas veces se ha dicho, es clara la influencia que el Derecho del Trabajo ejerce sobre la vida económica: fijación de bases y tipos de cotización, redistribución de la renta a través de las prestaciones de la Seguridad Social, establecimiento de complementos de pensiones y de prestaciones no contributivas, etc.

III.3. Teoría y práctica de la norma laboral

"El acto de aplicación por el Tribunal permite medir el grado de realización del dictado legislativo", afirma también el ensayo examinado.

Desde un plano cuantitativo algunas cifras pueden ilustrar suficientemente acerca de la trascendencia numérica de las relaciones disciplinadas por el Derecho del Trabajo en España: 1º) En el primer trimestre de 2022 la población activa era de 23.259.400 personas (tasa del 59,50), de las que 20.084.700 estaban ocupadas y 3.174.700 se encontraban en paro (tasa del 13,65 por 100). 2º) El 31 de marzo de 2022 eran 19.764.004 las personas afiliadas y en alta en la Seguridad Social. 3º) En el cuarto trimestre de 2020 los órganos del orden social de la jurisdicción ingresaron 117.290 asuntos, un 16,9 por 100 más que en el mismo trimestre de 2019, y resolvieron 75.922 asuntos, un 10,4 por 100 más, quedando en trámite 388.063 asuntos, un 23,1 por 100 más.

Sobre esa realidad, primariamente apuntada, se proyecta todo un conjunto de previsiones normativas puesto que , como es lógico, existen a fin de modelar de una forma determinada la realidad productiva y de protección social. Como enseña la doctrina, esta función de aplicación de la norma a la realidad disciplinada por el Derecho, a través de la cual se pretende vincular normas y realidades, se atribuye generalmente a los órganos jurisdiccionales y administrativos: «la comprobación de lo debido o permitido jurídicamente en el caso concreto se realiza en forma autoritaria por intermedio de quienes están verdaderamente llamados a aplicar el Derecho, es decir, por los Tribunales de justicia y las autoridades administrativas del Estado». Sin embargo, el hecho de que la aplicación más ostensible y aparatosa del Derecho sea la judicial y la administrativa, no debe hacer olvidar que existe una aplicación, que llamaríamos habitual o normal, del Derecho por aquellos sujetos que son sus destinatarios básicos; si es cierto, y lo es, que «nuestro hacer está continuamente sometido al Derecho», tal afirmación es sinónima de que nuestro hacer supone una continua aplicación del Derecho.

La afirmación, quintaesenciada, con que se abre este epígrafe puede ser objeto de doble entendimiento. Por un lado, si los órganos jurisdiccionales han de pronunciarse muchísimas veces sobre reclamaciones atinentes a una concreta institución, lo más probable es que la norma que la alberga posea problemas de permeabilidad sobre la realidad disciplinada; es decir, cabe que su nivel de aplicación esté siendo bajo. Por otra parte, la comprobación del modo en que esté siendo interpretada por los Tribunales y el contraste del resultado coactivamente implementado con los fines del legislador posibilita que se valore si estamos ante una norma acertada o precisada de corrección.

III.4. Necesaria valoración de la jurisprudencia

"*El lector puede conocer en términos directos el parecer del Tribunal, con lo que queda en condiciones de aceptarlo, rechazarlo o acomodarlo –incluso a contario sensu– cuando lo utilice*".

La jurisprudencia y la doctrina científica asumen un importantísimo papel en orden a la aplicación del Derecho del Trabajo. Ambos colectivos profesionales realizan tareas interpretativas y aplicativas de las normas. Asimismo integrantes de la judicatura y de la Academia crean una *doctrina* (jurisprudencial, administrativa o científica) mediante la que fijan el sentido que debe darse a la norma jurídica. De este modo, la norma ya no es entendida como un ente autónomo y aislado, sino como un texto *transmitido* o *interpretado* por quienes tienen la misión de desvelar su significado a los demás; la norma no tiene, en consecuencia, acaba asumiendo el sentido que le atribuyen sus intérpretes cualificados, sean éstos jueces, funcionarios administrativos o profesores, esto es, personas investidas de la facultad de aplicar o de investigar y enseñar el Derecho.

Pero lo que, agudamente, advierte el texto literal de nuestro autor es que esas posiciones interpretativas, a su vez, han de ser críticamente acogidas. Es verdad que los órganos judiciales van decantando, a lo largo de pronunciamientos reiterados sobre casos iguales o similares, criterios interpretativos que acaban siendo inseparables de la propia norma interpretada. Para los jueces y autoridades administrativas, y por supuesto para los ciudadanos a los que se dirige, la ley no se presenta como una entidad enigmática que en cada caso ha de ser indagada *ex novo*, sino como una realidad progresivamente desvelada por la jurisprudencia y, por tanto, como una realidad cuyo sentido es cada vez más «familiar» gracias a la labor aclaradora de quienes ejercen la *juris dictio.* Pero no estamos sino ante una tarea que, en cuanto humana, puede haberse acometido erróneamente o que, con el paso del tiempo, sea objeto de revisión por parte de los mismos tribunales que alumbraron la inicial interpretación.

De ahí que el Profesor recomiende no dar como buena una interpretación ajena, sin perjuicio de conocer su existencia y de aplicarla cuando se ejerza un cometido que así lo exija. Pero el sentido crítico de cada intérprete debe desembocar en el mantenimiento de las propias convicciones, compatibilizándolo con el respeto a la autoridad de quien posee la facultad de proclamar la

interpretación vinculante. En definitiva, cuando el Ordenamiento reconoce a un Tribunal de justicia la posibilidad de crear jurisprudencia, lo que está haciendo no es otra cosa que erigirlo en modelo de aplicación del Derecho, a seguir por los jueces y autoridades inferiores, así como por los ciudadanos que acudan ante ellos.

Respecto del cambio de criterio por parte de un órgano judicial, recordemos cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia, § 74), pues la evolución de ésta no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

A lo anterior debemos añadir que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho –las Sentencias no crean la norma–, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law*, en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling,* o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del*prospective overruling*, rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley), según explica la STC 95/1993 de 22 de marzo.

Las discrepancias jurisprudenciales llaman la atención del Profesor Borrajo cuando expone que *"Por algo existe el recurso de casación para la unificación de doctrina, pero éste, si bien se estudia, enseña cumplidamente que aún está pendiente la unificación de doctrina unificada".* En el ámbito de ese extraordinario y excepcional recurso unificador, el Tribunal ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de las no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario. El Tribunal Supremo no puede, de oficio, sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida. Pero cuando no coincida exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que aplique la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada», ha dicho muchas veces. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

III.5. Identificación de la metodología expositiva

"La técnica de síntesis doctrinal, apoyo normativo y análisis jurisprudencial" es elogiosamente valorada porque "*esta ventana abierta al casuismo*" permite descender a "*la excepción de la excepción*".

De manera elogiosa considera que la producción de obras con cuño de "*género didáctico*" resulta necesaria para desmenuzar los supuestos críticos surgidos en la vida diaria. Porque lo normas es que estemos siempre ante supuestos complejos "*a las que da respuesta la sentencia judicial*".

El tratamiento respetuoso de las sentencias aparece, así, como necesaria premisa para poder realizar tanto su exposición erudita cuanto su fundada ponderación, incluyendo en su caso la crítica desfavorable. ¿Cómo no recordar, al hilo de esto, los certeros Apuntes o Notas con que acompañaba tantas veces la noticia o reproducción de una flamante resolución judicial?

III.6. Confluencia de perfiles profesionales diversos

Poniendo en valor la colaboración de profesionales ajenos al mundo académico con el grupo de estudiosos universitarios capitaneado por el Profesor Sala Franco, en las páginas glosadas se resalta que "*cuenta en su equipo de trabajo con una presencia repetida de Graduados Sociales que, en cuanto ejercientes libres al servicio de la vida diaria logran aportar esa dimensión de practicidad*".

La conexión del homenajeado con los colectivos profesionales ha sido legendaria: organización de Jornadas (especialmente en Madrid y Jaca), promoción de obras colectivas con participación de integrantes de diversos colectivos (Judicatura, Abogacía, Empresa, Graduados Sociales, Universidad, Administración, Sindicatos), enfoque aplicado de los estudios, creación de una emblemática revista de *Actualidad Laboral* con varias secciones atentas a la aplicación de las normas (comentarios jurisprudenciales, análisis de convenios, consultas, Dictámenes, reseñas y crónicas, etc.), y un sinfín de actividades.

Resulta muy significativo y ejemplificador el pide de firma con que el autor ("*Efrén Borrajo Dacruz*") del artículo comentado se hace acompañar pues junto a la condición académica que principalmente lo ha venido distinguiendo, bien que tamizada por su forzada jubilación ("*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*"), aparecen dos títulos profesionales alusivos a perfiles estrechamente vinculados al laboralismo ("*Abogado. Graduado Social*").

III.7. El método del "caso práctico" en la enseñanza universitaria

La utilización del método conocido como "del caso práctico" resulta, a criterio del autor glosado, una "*exigencia metodológica ineludible*" y considera que su implantación comporta normalmente una experiencia "rica" y "*aleccionadora*". "*El método de casos exige una reflexión profunda y unos conocimientos plurales, con lo que lo razonable es concluir que la solución que se ofrece es válida pero solo en principio y dados los términos del caso. Y ha de someterse –siempre– a la posibilidad de otra mejor fundada en Derecho –legal y judicial–".*

La aplicación de esta conocida fórmula bajo la variante de tomar los casos de entre los ya resueltos por los Tribunales, aunque no exenta de inconvenientes, posee la ventaja de saber que la materia ya ha sido debatida (por lo que o es necesario reclamar una solución acertada, sino razonada). Desde luego, en su favor está la exigencia constitucional de que la decisión judicial esté bien argumentada. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, ... supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incursa en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2).

La motivación debe expresar un pronunciamiento razonable y no arbitrario, como consecuencia de la sumisión de los jueces al imperio de la ley *ex* artículo 117.1 CE. Por ello, el derecho a una

resolución motivada exige que el juez responda ateniéndose al sistema de fuentes establecido, es decir, mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes; y que acuda a criterios interpretativos generalmente admitidos y no extravagantes. En palabras del Tribunal, "los órganos jurisdiccionales, como todos los demás poderes públicos, están sometidos al ordenamiento jurídico y, como vértice de éste, a la Constitución (art. 9.1 CE) y, por tanto, en la labor de exégesis y aplicación de las normas no pueden vulnerar los derechos constitucionalmente garantizados…"; vulneración que se produce "en la medida en que se han empleado criterios de interpretación extravagantes para el conjunto de la comunidad jurídica y, en especial, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (STC 142/1999, de 22 julio, FJ 4 y 6). A idéntica conclusión ha de llegarse cuando se funda el fallo en criterios interpretativos *extraños* para una reiterada jurisprudencia constitucional.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

"En resumen, hay que reconocer y proclamar la huella profunda que en el estudio y en la enseñanza viva del Derecho del Trabajo ha producido la obra del profesor Borrajo. Así como en orden a la aplicación de dicho Derecho en la vida real. Y hay que postular que se mantengan, con las actualizaciones procedentes, sus libros ejemplares".

La cita recién copiada corresponde con el texto de lo que expone el artículo examinado respecto del perfil del allí homenajeado. Es verdad que ahora aparece una pequeña distorsión: la palabra del original ("*Albiol*") ha dejado paso a la que cuadra con la presente ocasión ("Borrajo"). Pero resulta difícil pensar en un colofón mejor que ese: trasladar a D. Efrén cuanto él mismo predicó de su querido colega.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Los convenios colectivos extraestatutarios (Base constitucional y casos significativos)", en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH, J.M. coordinadores, *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Tirant Lo Blanch. València, 2006, ISBN 84-8456-749-4, pp. 621-640.

La última aportación en materia de negociación colectiva

The latest contribution in collective bargaining

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0002-2910-2153

Cita Sugerida: GOERLICH PESET, J.M.: "La última aportación en materia de negociación colectiva", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 117-122

Resumen

En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus capítulos de libro del año 2006 titulado "Los convenios colectivos extraestatutarios (Base constitucional y casos significativos)".

Abstract

In this work included in the monograph in honor of Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his book chapters from 2006 titled "Extra-statutory Collective Agreements (Constitutional Basis and Significant Cases)" is analyzed

Palabras clave

Convenios colectivos extraestatutarios; negociación colectiva

Keywords

Extra-statutory collective agreements; collective bargaining

I. INTRODUCCIÓN

Si nos fiamos de los resultados que arroja la base de datos Dialnet, el trabajo que me ha correspondido glosar es la última aportación del profesor Borrajo Dacruz en materia de negociación colectiva. Habida cuenta del momento en que vio la luz (2006), cabe ponerlo en relación con dos breves trabajos publicados poco antes: "Interpretación y desarrollo de un convenio colectivo: diferencias de naturaleza", en *Actualidad laboral*, 1, 2005, pp. 183-187, y "El principio de paridad salarial: alcance y excepciones, en especial por razón de fecha de ingreso en la empresa", *Anales de derecho: Colección Huarte de San Juan*, 5, 2004, pp. 95-108. En todo caso, algunas de las reflexiones que se contienen en él se relacionan con contribuciones más antiguas, como veremos luego.

El trabajo está incluido en un libro colectivo en homenaje al profesor Tomás Sala Franco que tuve el honor de coordinar junto con mi querido compañero Paco Pérez de los Cobos. Se cumplían veinticinco años desde que Tomás tomara posesión de la cátedra de derecho del trabajo de la Universidad de València. Y como explicamos en el prólogo, sus discípulos quisimos aprovechar la efeméride para rendirle tributo, al que se sumaron "algunos queridos colegas y el propio maestro del homenajeado, el profesor Borrajo". Lamentablemente, cuando diez años después, intenté que participara al nuevo libro colectivo que organizamos con motivo de la jubilación de Tomás, no lo

conseguí. Intentó hasta última hora sumarse, pero la vida ya se lo había puesto cuesta arriba: sus últimos trabajos publicados, según la citada base de datos, se remontan a 2014.

II. SÍNTESIS DEL CONTENIDO

Ya el título nos indica que el trabajo se organiza en torno a dos ejes diferentes en relación con los llamados convenios extraestatutarios. De hecho, se divide en dos partes de similar extensión referidas, la primera, a su fundamentación ("Constitución y pacto colectivo extraestatutario") y la segunda a las "cuestiones significativas" que vienen suscitando los pactos colectivos extraestatutarios.

II.1. Las "cuestiones significativas"

Comenzaré por esta segunda parte, que, desde la distancia, tiene menor interés a salvo la perspectiva metodológica, a la que luego me referiré. El punto de partida es que "falta de límites legales claros y terminantes, la negociación de los pactos colectivos extraestatutarios genera numerosos conflictos, tanto en el orden teórico como en el práctico que, acaso, se estén multiplicando en estos últimos años" (p. 631). En este contexto, se eligen dos casos significativos que se unifican en torno a una idea; la de que en la resolución de los problemas planteados por la negociación irregular los tribunales estarían sentando "criterios cada vez más favorables a la visión unitaria del derecho a la negociación colectiva y al respeto a la libertad individual de sindicación". Se abordan en concreto dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, ambos del año 2003, las SSTS de 11 de septiembre (rec. 144/2002) y de 13 de noviembre (rec. 11/2003): aquél se situaría en esta última línea favorable a la libertad de negociación; este, en la primera, tendente a la consideración conjunta de los límites de la negociación.

Por lo que se refiere al primero, se comenta bajo la rúbrica "Representatividad sindical determinada convencionalmente y convenio colectivo extraestatutario" (pp. 631 a 634). En el supuesto se controvierte sobre la validez de un pacto irregular dirigido a una parte del personal de la empresa. Sujeta esta a los convenios sectoriales estatutarios, el pacto extraestatutario aborda las condiciones de trabajo del personal de oficina. Por ello, los interlocutores se han venido seleccionando históricamente no en función de la representatividad general de las representaciones sindicales, sino sobre la ostentada en el concreto ámbito de aplicación. El pacto es impugnado por organización sindical que ostenta representatividad suficiente en el conjunto de la empresa, a pesar de que no la alcanza en relación con el personal afectado. A falta de acreditación de específicas vulneraciones sustantivas de la legislación o de los convenios estatutarios aplicables, a pretensión es rechazada, sobre la base del derecho de la negociación colectiva, incluso si a la postre el acuerdo se aplica al conjunto de los trabajadores.

En cuanto al segundo, la glosa se titula "convenio colectivo extraestatutario, doble escala salarial y personal de nuevo ingreso" (pp. 635 a 640) y aborda un tema que, a estas alturas es muy conocido, pero que entonces no lo era tanto: el de las dobles escalas por razón de la fecha de ingreso en la empresa. En concreto, el acuerdo excluía de ciertos beneficios a los trabajadores cuyo ingreso en la empresa se produjera a partir de una cierta fecha; y el acuerdo declara la nulidad de una cláusula de este tipo. La lección respecto al funcionamiento de los pactos extraestutarios sería doble. De un lado, tienen la misma estructura que los convenios ordinarios: su eficacia personal limitada no impide que se proyecten sobre relaciones laborales futuras mientras dure su vigencia siempre que los nuevos trabajadores queden incluidos en el ámbito personal que les corresponda –en el supuesto, se extendía a la totalidad de la empresa por haber sido negociado el pacto el comité de empresa–. De otro, la relación de la negociación extraestatutaria con las normas superiores es idéntica a la que de los convenios regulares: las reglas sobre igualdad y no discriminación (arts. 14 CE y 17.1 ET) se aplican por igual.

II.2. "Base y configuración de la negociación extraestatutaria"

Desde la perspectiva actual, resulta más interesante, como advertí, la primera parte: "Constitución y pacto colectivo extraestatutario". En las diez páginas que comprende (621 a 630) contiene una elaboración teórica, de la que cabe extraer alguna lección sustantiva de profunda actualidad. En su primer apartado (pp. 618 a 622), se realiza una "síntesis doctrinal", en la que de forma sucinta se describe la noción de convenio colectivo y su división como consecuencia del modelo de negociación establecido por el Estatuto de los Trabajadores en 1980.

Una parte importante de esta reconstrucción se dedica a una cuestión terminológica que, en su momento, fue intensa: ¿cómo denominar los convenios o acuerdos que se aprueban fuera del Título III del Estatuto de los Trabajadores? Aunque el título utiliza, como hemos visto, la de "convenios extraestatutarios", se nos indica, "en una apretada síntesis… que la denominación es francamente desafortunada por cuanto una cosa es el Título III del ETT y otra cosa el ETT en su totalidad". Comoquiera que extraestatutario no implica ilegal sino fuera de la ley, el *nomen* no sería acertado puesto que el Estatuto este reconoce en otros lugares la existencia de otros pactos o acuerdos colectivos que serían, por tanto, tan estatutarios como los convenios negociados conforme a las reglas de los arts. 82 ss. ET. Hubiera sido más correcto etiquetarlos como "convenios colectivos irregulares o, en su caso, pactos colectivos de derecho común". Sin embargo, "la práctica generalizada ha impuesto ese nombre y a él nos atenemos, máxime por cuanto ha recibido el apoyo autorizado de nuestro homenajeado en este libro" –en clara alusión al conocido trabajo de Tomás Sala, *Los convenios colectivos extraestatutarios*, publicado en 1981– (p. 623).

Es significativo que el fundamento y configuración general de los convenios extraestatutarios se apoya básicamente en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. Aunque el apartado se titula "síntesis doctrinal" no hay otra referencia individualizada que la que se hace implícitamente a Tomás. En contraposición, los diferentes aspectos clave de los convenios extraestatutarios se ilustran con jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, tanto por lo que se refiere al fundamento (conexión de la negociación al margen del Estatuto con la libertad sindical: p. 623) como en relación con las principales características de su régimen jurídico (señaladamente, los aspectos vinculados la eficacia personal limitada: p. 624). En esta misma línea, el análisis algo más detallado que se realiza después (apartado 3: "Naturaleza y eficacia de los pactos colectivos extraestatutarios" sobre la eficacia de los pactos extraestatutarios, personal y jurídica: pp. 627 a 630), se desarrolla sobre la base de las aportaciones de los indicados tribunales, e incluso del desaparecido Tribunal Central de Trabajo.

II.3. "Neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada"

Mención aparte merece el apartado que se sitúa en el centro del tratamiento dedicado a "Constitución y pacto colectivo extraestatutario", dedicado a "neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada". En él, Borrajo se separa del discurso jurisprudencial presente tanto en la "síntesis doctrinal" del apartado primero como en las reflexiones sobre "naturaleza y eficacia de los pactos colectivos extraestatutarios" del tercero. La anomalía que este apartado tiene en el conjunto del discurso se advierte ya la primera frase. La conjunción adversativa que la enlaza al resto del discurso permite vislumbrarla: en en relación con la negociación extraestatutaria, "la cuestión de fondo, sin embargo, es otra".

Desde la perspectiva del lector actual, las dos páginas que ocupa (pp. 625 y 626) son, probablemente, las más interesantes de la contribución que se glosa. Se parte en ellas de que "el convenio estatutario apunta una concepción neocorporativa, que se explica en España por razones históricas, en especial desde 1923 y, más aún, en los desarrollos del Fuero del Trabajo". Y es que "la debilidad asociativa ha estado desde antiguo como un dato dominante del panorama social español", mientras que la fuerza sindical exige "masiva afiliación". En este contexto, resultaba "tentador buscar

el impulso de la ley", En este terreno, en la única referencia doctrinal explícita, se alude a lo postulado por el propio Ortega y Gasset, que en 1932 se había manifestado partidario de la afiliación obligatoria.

Muchos años después, este problema habría estado presente en el debate estatutario en 1979-1980. Frente a la propuesta contenida en el proyecto del Gobierno, el Título III fue sustituido por la enmienda de la oposición socialista, de modo, que, aunque "en beneficio de la práctica negocial", se optó por la alternativa "neocorporativa de los convenios normativos y de eficacia general". El resultado es "digno de máxima atención y rompe una línea netamente europea": en España, el convenio "regular" viene siendo "el convenio colectivo normativo de eficacia personal general"; frente a ello, "en los demás países de la Europa de las libertades y del pluralismo el régimen legal es distinto: el convenio colectivo ordinario es el vinculante de eficacia personal limitada".

El modelo español de negociación colectiva plantearía de este modo, "problemas graves en orden a las garantías efectivas del pluralismo sindical, de la igualdad de los sindicatos ante la ley y, sobre todo, de la libertad negativa de sindicación". Esta afirmación que cierra el excurso (y la página 625) posibilita el regreso al método característico del resto de la aportación. Se vuelve, esto es, al análisis jurisprudencial para valorar, de un lado, la constitucionalidad de principio de la eficacia general, sobre la base del apoyo a la representatividad y, de otro, la apertura de negociación extraestatutaria, tanto para sindicatos como para otras entidades representativas (p. 626), para salvaguardar el conjunto del modelo. De esta manera, el análisis regresa se centra en la doctrina de nuestros tribunales, que, ya no se abandonará.

III. EL LEGADO DEL MAESTRO

III.1. La relevancia de la aplicación judicial en el "derecho vivo del trabajo"

Desde mi punto de vista, en la obra que se comenta se detectan con cierta facilidad dos inquietudes que han sido permanentes en la obra del profesor Borrajo Dacruz y que se integran en el legado que nos deja su magisterio.

En primer lugar, creo que hay que destacar el interés por la realidad del derecho manifestada fundamentalmente a través de su aplicación judicial. No es por ello de extrañar que su obra esté repleta de trabajos de extensión variable cuyo título incluye la expresión "glosa judicial" o la alusión a "casos judiciales significativos" (cfr., por ejemplo., "Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos", *Actualidad laboral,* 3, 2004, pp. 267 ss.). A la postre, en su extensa dedicación a los problemas jurídico-laborales, ha estado siempre presente el planteamiento metodológico que formulara en 1963 en el trabajo titulado "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho", incluido como prólogo en la edición española de las *Nociones de Derecho del Trabajo* de Francesco Santoro-Pasarelli (traducción por Fernando Suárez de la 14ª edición italiana). La reconstrucción del Derecho social del trabajo vivo "se contiene en una masa enorme y cambiante de legislación y, para mal del jurista afanoso de técnica y de racionalidad, en la masa cien veces mayor y más cambiante de los convenios colectivos… en los reglamentos de régimen interior, etc., fuentes normativas complejas (y) casuísticas… que dan como resultado que, en general, la elaboración doctrinal… se limite a una «Teoría General del Derecho del Trabajo»". De este modo,

> "la vida real, las prácticas sindicales, los usos profesionales, etc. constituyen órdenes jurídicos que hay que conocer cuando se trata de conocer el Derecho del Trabajo real o vivo. El dato legal, la ley, son pautas de orientación de la vida social laboral, valen en cierta medida como simples instrucciones técnicas impartidas por el poder político y legislador al órgano de vigilancia y al Tribunal para regular y, en su caso, dirimir los conflictos entre los particulares y entre los grupos en pugna, pero éstos son los que establecen el orden jurídico real" (p. XXVI).

Lógica consecuencia de ello es la atención que Borrajo ha prestado a la aplicación jurisprudencial, como forma primordial de manifestación del "derecho vivo del trabajo". De hecho, en las reflexiones que, con este título, abrieron en 1984 la andadura de la revista *Actualidad laboral* reprodujo estas ideas (núm. 0, p. 3). Y, además de que recurrió a esta noción reiteradamente (núms. 2-1987, pp. 2289 ss., 2-1992, pp. 543 ss., etc.), es claro que esta idea inspiradora estuvo detrás del funcionamiento de la revista durante los tres decenios en que existió.

Ni que decir tiene que, en el trabajo que me ha correspondido glosar, hay mucho de esta idea. Como hemos visto, el acento se pone en la aproximación judicial al problema que se estudia. No es solo que el discurso no se fundamente en la recopilación doctrinal sino en el análisis jurisprudencial; es además, y sobre todo, que este último no se basa en la presentación de máximas genéricas sino que se contextualiza en los supuestos que se resuelven, sucintamente descritos. Se impone la ubicación de la doctrina en las circunstancias para la que se elabora, con la finalidad de interiorizarla y de comprenderla en su sentido último.

III.2. La búsqueda de los "puntos críticos": sobre la eficacia general de los convenios en el modelo español de negociación

Por otro lado, en el citado prólogo a la traducción de las *Nociones* se brinda al jurista del trabajo una tarea adicional a la descripción del "derecho vivo del trabajo": la valoración de las soluciones que resultan de él.

> "En los Derechos que regulan sectores sociales vivos, sometidos a la acción de fuerzas e intereses colectivos, la norma reguladora está condicionada por criterios técnicos y por criterios ideológicos en continua revisión. De ahí que su estudio, inevitablemente, conduzca al jurista, pese a su dominio del método jurídico y a su afán de neutralismo, a *enjuiciar* la bondad de la norma, a valorar sus presupuestos reales; en una palabra, a revisar el criterio político que inspira y decide la fundamentación ideológica y la formulación técnica de dicha norma" (p. XI).

Esta idea enlaza con el segundo aspecto del magisterio de Efrén Borrajo que me interesa destacar: la búsqueda de los "puntos críticos" de las instituciones jurídicas que se estudian. Se trata de detectar aquellos focos de conflicto en su configuración y, por tanto, en la regulación que les compete, con la finalidad de encontrar alternativas que puedan ser valoradas por todos los interesados, desde el legislador hasta el juez, pasando por los diferentes poderes sociales que entran en conflicto en el momento de crear y aplicar las normas. Habida cuenta de la relevancia que tienen estos "puntos críticos", es una expresión absolutamente frecuente en los títulos de sus trabajos: como se advierte en el listado de obras que arroja la consulta a Dialnet, encontramos referencia a ellos, entre otros muchos, desde en el capítulo con el que contribuyó al libro dedicado a la memoria de Abdón Pedrajas (2012) hasta el que dio a la obra colectiva *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos,* que se remonta a 1980.

Es verdad que la contribución que nos ocupa no la incorpora al título. Mas ello no implica que en ella no se encuentre uno de estos "puntos críticos" cuya búsqueda ha de guiar al iuslaboralista que se aproxima al tema. De hecho, se hace una referencia a la obra últimamente citada y se hace en concreto en el epígrafe que se dedica a "Neocorporativismo y pactación colectiva de eficacia limitada". Lo primero no parece una casualidad: después de todo, podría haber hecho referencia a su conocido artículo sobre "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español del trabajo" (*Revista de Política Social*, 126, 1980, pp. 5 ss.), cuyo contenido se volcó en la obra colectiva que ese mismo año publicó la editorial EDERSA con la participación de diferentes miembros de su departamento (cfr. pp. 175 ss.). En cuanto a lo segundo, no deja de ser significativo que su querida expresión aparezca precisamente en este apartado, aunque sea solo por medio de la referencia a aquel trabajo colectivo.

Y es que la adopción del modelo corporativo de convenio colectivo fue criticada por Borrajo desde el principio. En los citados trabajos manifestó sus dudas respecto al papel que ha de ocupar el convenio de eficacia general en nuestro modelo de negociación. Que este sea el paradigma del convenio colectivo, de modo que, en línea de principio, todos los pactos negociados hayan de alcanzarla, constituyó uno de los "puntos críticos" que se ocupó de desarrollar personalmente en la obra colectiva y en el concomitante artículo de 1980. Y sin contar con otras aportaciones en la misma línea (cfr. "Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria", *Actualidad laboral* 1-2000, pp. 140 ss.), cinco lustros después, en el trabajo presentado al homenaje a Tomás en 2006, continúa mostrando su valoración negativa, por más que haya quedado matizada por el transcurso del tiempo.

Muy probablemente, desde la perspectiva de 2022, este tema es el más interesante que plantea la obra que se analiza, aunque en su conjunto parece ocupar un lugar muy marginal. La revisión crítica del modelo "neocorporativo" de convenio colectivo es cuestión que, pese al tiempo transcurrido desde su introducción en 1980, no se ha afrontado por completo. Con independencia de que el plus de eficacia que el Título III ET confiere a los convenios colectivos negociados a su amparo pueda venir justificado en la evitación de vacíos de cobertura en un contexto de debilidad sindical, no puede desconocerse que no deja de plantear problemas de muy diverso tipo, que quizá se agravan a medida que las sucesivas reformas estatutarias alejan los requisitos de representatividad de la real representación de las organizaciones firmantes. Al margen de que sigue siendo posible discutir la constitucionalidad de la opción legislativa y, sobre todo, la vía que mayoritariamente se ha utilizado para orillar el problema, cabe discutir el modelo legal tanto desde la perspectiva sindical como desde el punto de vista económico-empresarial. En el primer terreno, si bien es cierto que el modelo mira a contrarrestar las carencias de consistencia organizativa en los interlocutores sociales, cabe pensar que tiene como efecto secundario su perpetuación; en el segundo, cabría pensar en que la atribución de eficacia general al conjunto de los convenios colectivos genera un marco normativo excesivamente denso y robusto.

Por supuesto, cada uno puede tener su opinión al respecto. Habrá quien haga hincapié en la protección de los trabajadores y piense que el modelo es óptimo pues garantiza una amplia tasa de cobertura. Habrá también quien sostenga opiniones más matizadas y considere necesario reconsiderar la forma en que los convenios adquieren eficacia normativa y acceden al *erga omnes,* lo que a la postre supondría discutir si todos los pactos deben desplegar estos efectos privilegiados o solo deben hacerlo algunos. Y ello sin contar con las diferentes aproximaciones en relación con el papel que corresponde a los acuerdos que quedan fuera del título III del Estatuto. Para cada uno de estos aspectos, podemos encontrar aportaciones de sumo interés. Sin embargo, no es este el momento de reproducirlas. De lo que se trata ahora es de rendir tributo a la obra del maestro Efrén Borrajo. Y para ello basta concluir estas reflexiones indicando que habrá de pasar mucho tiempo para que quien quiera abordar este tema pueda hacerlo sin tomar en consideración los "punto crítico" que señaló.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRÚZ, E.: "Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores", *Revista de estudios sociales*, nº1 (1979).

Una reflexión en ciernes

Reflection in the making

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7153-0701

Cita Sugerida: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Una reflexión en ciernes", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 123-128

Resumen

En esta reflexión insertada en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus estudios incluido en el número 1 de la Revista de Estudios Sociales del año 1979 titulado "Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores".

Abstract

In this reflection included in the monograph in honor of Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his studies included in number 1 of the Social Studies Journal from 1979 titled "Collective Agreements in the New Framework of Labor Relations (An Introduction to the Workers' Statute)" is analyzed

Palabras clave

Convenio colectivo; relaciones laborales; negociación colectiva

Keywords

Collective agreement; labor relations; collective bargaining

I. INTRODUCCIÓN

Con cierta indisciplina y abusando de la generosidad del profesor Monereo, que ha tenido la amabilidad de invitarme a participar en esta excelente iniciativa de homenaje y relectura de la obra del profesor Borrajo Dacrúz, quisiera cambiar el objeto del estudio que me asignó glosar. Aunque la propuesta que me hacía, comentar la importante aportación de Borrajo[1] al libro *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* que tuve el honor de dirigir en el año 2005 (Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2005), me halaga y era sin duda oportunísima por múltiples y variadas razones, he preferido centrar mi reflexión en otro ensayo del profesor Borrajo, de difícil acceso, que tuve la ocasión de leer hace pocos años, que me pareció entonces y me parece hoy enormemente clarividente y que me parece necesario dar a conocer y difundir. Me refiero al estudio "Los convenios colectivos en el nuevo marco de las relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores)", publicado en la extinta Revista de Estudios Sociales del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos.

Seguramente la principal aportación de mi texto sea esta: la recuperación de un ensayo del profesor Borrajo que por su publicación en una revista extravagante, que además se extinguió poco después de la publicación del número que lo recoge –al parecer la revista se publicó entre los

[1] Se trata del estudio "Negociación colectiva y libertad de empresa" que aparece en las páginas 347-386 del volumen.

años 1971 y 1980–, no es suficientemente conocido y, en todo caso, lo citado que, a mi entender, debiera. Ojalá el éxito seguro de esta interesantísima iniciativa del profesor Monereo le lleve a otra, igualmente honrosa para el maestro y fundamental para la memoria del Derecho del trabajo español: la publicación en la prestigiosa colección de clásicos, que con tanto acierto dirige y publica la editorial Comares, de una recopilación de los principales ensayos del maestro gallego.

Las razones que me han llevado a la indisciplina de reformular el encargo que recibí son tres. En primer lugar, el extraordinario interés del momento en el que el ensayo fue gestado. En segundo lugar, la agudeza de su planteamiento y, por momentos, la clarividencia de su análisis prospectivo. Y, por último, *last but not least,* la actualidad de sus reflexiones. Que nadie se llame a engaño. Entiéndaseme: cuando hablo de la actualidad de sus reflexiones no estoy postulando una reconfiguración de nuestro sistema en la línea que Borrajo apuntaba, creo que nuestro sistema en sus líneas maestras está sólidamente asentado y que puede en su favor acreditar el desarrollo y la modernización –ésta parcial e insuficiente, baste aludir a la pervivencia del convenio colectivo sectorial provincial– que se ha producido en nuestra negociación colectiva desde el año 80, pero sí creo que cualquier reflexión crítica sobre su funcionamiento y cualquier reforma que se emprenda para reformarlo y hacerlo más eficaz y/o eficiente debiera tener muy presente las advertencias y consideraciones vertidas en su día por Borrajo.

II. CONTENIDO

Sobre el momento crucial en el que el ensayo fue escrito, el propio autor empieza reflexionando. Acababa de ser publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 19 de mayo de 1979 (núm. 36-I) el Proyecto de Ley de Convenios Colectivos, un proyecto llamado a liberalizar la negociación colectiva española y a colmar el vacío normativo causado por "el cambio radical producido en el régimen sindical español", al decir del autor imaginativamente colmado hasta entonces por las Delegaciones provinciales de trabajo, la Dirección General de Trabajo y la magistratura. Pero no está claro cuál será el destino del mismo, pues "a juzgar por las noticias de prensa y los comentarios oficiosos", "parece que el Proyecto ha vuelto a entrar en compás de espera". Se apunta la solución de incluirlo en una parte o Título del Estatuto de los trabajadores, que de esta forma regularía la relación individual de trabajo, los conflictos colectivos de trabajo, la representación del personal en la empresa y la negociación colectiva. Tal eventual contenido para el Estatuto no plantea, a juicio del autor, problema de constitucionalidad alguno, pues son materias todas ellas que pueden ser reguladas por ley ordinaria. Se trata dice cabalmente Borrajo "de una opción política, sometida, sin más a consideraciones de oportunidad y conveniencia".

El momento en el que el ensayo se escribe y publica es ciertamente crucial para la transición sociolaboral española y para el establecimiento de lo que serán las bases de nuestro sistema democrático de relaciones laborales. Todo estaba por definir y, cuando tal cosa acontece, la reflexión de altura resulta más necesaria que nunca.

Por ello, con buen criterio, Borrajo renuncia a llevar a cabo una exégesis pormenorizada del contenido del proyecto y se proponer "remontar la perspectiva del comentario", pues es más que probable que sea objeto de importantes modificaciones. El proyecto –nos informa– se presentó a Consejo de Ministros antes de publicarse la Constitución y se ha mantenido tal cual, aunque solo fuera por ello –entiende– debiera revisarse.

El autor decide, en efecto, no entrar en el análisis detallado del Proyecto y centrar el estudio en el "basamento doctrinal de dicho Proyecto, pues las noticias citadas coinciden en que se mantiene". En este enfoque radica, a mi entender, el principal interés del ensayo, que se eleva y decide confrontar el "modelo" de negociación colectiva que el proyecto incorpora con la situación comparada. Y es que este basamento es el que, a juicio del autor, "resulta, en verdad, más que discutible, tanto a la luz de las

posiciones asumidas por la Constitución como en razón de la necesaria armonización de la legislación laboral española a las directrices dominantes de la legislación laboral de la Comunidad Europea".

Desde este planteamiento, el autor empieza por confrontar los que elementos caracterizadores del modelo de negociación colectiva de corte corporativo, del que se estaba saliendo y que el nuevo marco constitucional obligaba a superar, de los propios de un modelo liberal, pluralista y democrático de corte occidental, manifestando en todo momento profunda preocupación por que el vino nuevo se acabe malogrando en odres viejos. "Hay una ley de inercia que también opera en política –escribe Borrajo–; y la Historia y la experiencia de cada día informan cumplidamente de cómo *los hechos y las instituciones sociales se transforman pero no se destruyen*. Las *ideas* que se rechazan oficialmente retornan en forma de *creencias y de usos sociales* y dominan la práctica cotidiana o se hacen presentes al facilitar la interpretación y la aplicación de las *nuevas* normas". "En el Derecho laboral español hay un riesgo clarísimo en perspectiva: que los nuevos sindicatos, *llamados por Ley a ser sujetos de derecho priv*ado, con todas sus consecuencias, en el orden político, sin embargo, actúen, o traten de actuar, como sustitutos de las anteriores formaciones sindicales, *y se arroguen sus competencias y funciones, propias de Entes públicos*". "El proceso de transición entre el régimen político anterior y el nuevo régimen ha producido aquí, como en otras muchas esferas de la vida nacional, un vacío normativo y, sobre todo, un vacío institucional. De ahí la previsible sugestión: se trataría de salvar la solución y *evitar la ruptura* mediante la asunción por los nuevos sindicatos del papel oficial asignado al anterior" (Las cursivas son del autor).

La confrontación de modelos resulta, para el autor, muy ilustrativa y necesaria, pues se corre el peligro de que "la configuración de los sindicatos y de sus funciones pueda estar durante muchos años determinada, en buena medida, por la Historia inmediata, más propicia a los esquemas corporativos que a los principios y a las acciones de corte liberal y pluralista".

La descripción del modelo corporativo vigente en nuestro país hasta la transición es esquemática pero atinada y rigurosa. La legislación franquista – se nos dice– consolidó y generalizó unas formaciones sindicales, únicas y totales que funcionaban en base a unos cuerpos técnicos de funcionarios, sin necesidad de la adhesión activa de los trabajadores y de los empresarios. Estas formaciones, integradas en el aparato del Estado, tenían personalidad jurídica de Derecho público y cumplían dos misiones: una de participación institucional ocupando los distintos puestos que les atribuía la Ley en los más variados ámbitos (desde las Cortes Españolas a la planificación del Desarrollo), y otra normativa que ejercieron primero participando en la elaboración por el Ministerio de Trabajo de las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales y, desde 1958, en la negociación de los convenios colectivos sindicales de trabajo. Estos convenios, resultado del "maridaje Estado y sindicato", se suscribían sobre la base de la representación total confiada por la Ley a las organizaciones sindicales, se completaban con un acto administrativo de aprobación o de homologación y, con su publicación, alcanzaban eficacia normativa general.

Para el autor, la nueva legislación sindical y la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical y sobre negociación colectiva, así como la firma de otros Pactos y Acuerdos Internacionales, suponen "una completa revolución en el orden de los principios" que debiera traducirse en la construcción de un nuevo régimen sindical que tenga por protagonista al sindicato sujeto de Derecho privado y por principio axial el de libertad sindical. Los nuevos sindicatos están "*llamados por Ley a ser sujetos de Derecho privado* con todas sus consecuencias"; "en el nuevo sistema sindical –sostiene– el principio cardinal tiene que ser el principio de la libertad sindical, tanto positiva, para afiliarse al sindicato elegido, como negativa o de no afiliación a ningún sindicato". El corolario de este nuevo modelo por lo que al convenio colectivo se refiere es el convenio de eficacia limitada, pues "*los sujetos con capacidad jurídica privada podrán crear situaciones jurídicas pero no pueden imponerlas a otras personas sin contar con la voluntad de estas*". Para Borrajo, la concepción liberal y pluralista de los sindicatos y de la negociación colectiva quedaría negada "si una o algunas

de las organizaciones profesionales *parciales* pudieran imponer, *por sí mismas*, a tenor de sus propios e internos Estatutos, *su* ley a los miembros de otras organizaciones , o a quienes no formen parte de ninguna en el libre y garantizado ejercicio de su libertad de no sindicación" (las cursivas son del autor).

El autor no deja de ser consciente de que en la Constitución hay elementos que postulan en favor de un papel distinto, menos privatista para el sindicato. "La CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA puede ofrecer fundamento en Derecho a una configuración dualista del sindicato y de su cuadro de funciones. El art. 7 complica, so pena de aceptar una reiteración de principios, la orientación privatista que se ofrece en el art. 28.1. La colaboración de los sindicatos en las funciones del Estado (…) –concluye– puede ofrecer otros tantos puntos de litigio entre un estatuto jurídico privado y un estatuto jurídico público" (las mayúsculas son del autor). Pero ello no le aparta de la visión dual que ha expuesto y que, a su entender, debiera traducirse en un sistema de negociación colectiva con elementos bien definidos.

Para Borrajo, del legislador español es exigible "un replanteamiento desde las mismas bases del problema, para que fije un criterio congruente con la posición constitucional" "y con las directrices dominantes en Europa, en los distintos puntos que demandan regulación"(partes negociadoras, sujetos obligados, unidades de negociación, fuerza de obligar, objeto del convenio, concurrencia de convenios, atribuciones y competencias de las comisiones deliberantes y de aplicación e interpretación y ultraactividad). Pero la clave de bóveda del sistema debe venir dada por una distinción clave: "el NUEVO DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO está obligado a distinguir al igual que sus homólogos europeos (Francia, Alemania Federal, Bélgica, Italia, etc.), entre: el convenio colectivo ordinario o común, de eficacia relativa, y el convenio colectivo extraordinario o especial, de eficacia general"(Las mayúsculas son del autor). El eje de esta distinción dual debe ser el primero: "El convenio colectivo nuevo ya es desde 1977, y tendrá que seguir siendo, el convenio colectivo que limite sus efectos a los sujetos representados por quienes ocupen la posición de partes en la negociación. Este, y no otro, es el convenio típico en un sistema político liberal aunque sea de signo social. Y como el Proyecto de Ley que motiva este ensayo lo ignora, hay que denunciarlo por tan grave –gravísima– omisión".

Para Borrajo esta opción de política del Derecho viene dada por la Constitución, por el reconocimiento pleno de la libertad sindical llevada a cabo en la misma (art. 28.1 CE), por la apertura del art. 37 CE a la negociación colectiva no sindical y porque mientras una ley orgánica no establezca otra cosa los sindicatos quedan en " *pié de igualdad entre sí*".

Precisamente, del reconocimiento constitucional de la libertad sindical y de la igualdad de derechos entre todos los sindicatos deriva la exigencia de que para que pueda otorgarse "eficacia general a los convenios celebrados por ciertos sindicatos" sea necesaria "la promulgación de un texto legal suficiente que permita realizar dicha calificación". Para Borrajo, en efecto, "la Ley orgánica sindical" constituye un "presupuesto necesario del convenio colectivo *erga omnes*" , consecuentemente "*el proyecto de Ley sobre la negociación colectiva demanda, a su lado, otra norma legal, con naturaleza de Ley orgánica*, que determine la capacidad de ciertas organizaciones para actuar en nombre de la categoría profesional, con aptitud, por tanto, para vincular a la totalidad del sector; que imponga la intervención del Estado; que regule procedimientos rigurosos de negociación, etc". "Mientras no se logre tal normativa –concluía–, el convenio colectivo en España que aspire a ser congruente con la vigente regulación legal de la libertad sindical tendrá que mantenerse en los límites del convenio colectivo de eficacia normativa limitada, aplicable exclusivamente, a los empresarios y a los trabajadores REPRESENTADOS voluntariamente por las partes negociadoras" (las mayúsculas son del autor).

III. COMENTARIO

Hasta aquí la exposición de los principales contenidos del ensayo y desde aquí algunas reflexiones sugeridas por la lectura detenida del mismo.

No creo que sea necesario ponderar de nuevo el interés del texto. Aunque solo sea para conocer el debate doctrinal de altura que acompañó a la gestación del Estatuto de los Trabajadores, el ensayo merece una lectura sosegada. Pero hay más: examinar lo que ha sido la conformación de nuestro sistema de negociación colectiva a la luz de estas reflexiones permite entender mejor la evolución experimentada, los distintos elementos que hoy lo integran y el rol que desempeña cada uno.

Como de la reseña previa cabe deducir, las dos principales opciones de política del Derecho que Borrajo postuló en el momento de sentar las bases del sistema democrático de negociación colectiva fueron dos:

— En primer lugar, una visión dicotómica de los futuros convenios colectivos, convenios de eficacia personal limitada *versus* convenios *erga omnes*, en la que debían ser los primeros, a los que denomina "convenios ordinarios", la regla del sistema. En efecto, por imperativos del principio general de libertad y, específicamente, del de libertad sindical, el convenio de derecho privado que ciñe su ámbito de aplicación a quienes lo suscriben y a sus representados, estaba llamado, a su juicio, a ser el eje del nuevo sistema negocial.

  Para Borrajo, la liberalización de nuestro sistema de relaciones laborales, que necesariamente debía suponer una ruptura con el orden corporativo anterior, pasaba por generalizar el convenio colectivo de derecho privado, un convenio que curiosamente el Proyecto de ley de convenios colectivos ignoraba. Se hacía necesario "*revisar las normas y modos culturales* y mantenerse en guardia para evitar (…), que las formas corporativas expulsadas por la puerta de la Constitución reaparezcan en escena al regresar por la ventana de las Leyes ordinarias, cuando no de las propias prácticas sindicales, pues muchas veces son los propios sindicatos, nacidos al amparo de un régimen de libertad sindical y de pluralismo, quienes postulan en beneficio exclusivo de alguno o algunos de ellos las viejas prerrogativas de las organizaciones totales y únicas, y pretenden subrogarse, sin más, en aquellas posiciones privilegiadas de poder político; y reclaman, tal es el caso, que sus acuerdos, pese a emanar de *organizaciones de afiliación limitada*, vinculen a *todos* los comprendidos en un sector o rama de actividad económica *y no solo a sus representados*"(las cursivas aparecen en el original).

— En segundo lugar, la previsión legal de un convenio de eficacia general debe venir precedida del desarrollo del art. 28.1 de la Constitución que prevé una Ley orgánica sindical, pues la atribución a determinados sujetos colectivos de la prerrogativa exorbitante establecer regulaciones de obligación general necesariamente debía pasar por una cuidadosa selección de los sujetos legitimados para ejercer tal potestad y, en paralelo, por una regulación legal detallada y garantista de las distintas fases del proceso negocial.

A la luz de lo que sería la regulación estatutaria del 80 y la posterior evolución de nuestro sistema de negociación colectiva resulta evidente que el planteamiento que el profesor Borrajo proponía fue desatendido. Pese a que seguramente desde una perspectiva técnico jurídica su tesis sobre la necesidad de un desarrollo previo de la Ley orgánica sindical para abordar a continuación la regulación del sistema de negociación colectiva era la más rigurosa y ortodoxa, se sacrificó el rigor al pragmatismo político y se prefirió "hacer camino al andar". También fue una manifestación de inteligente pragmatismo superar la dicotomía del discurso borrajiano y optar por democratizar, si se nos permite la expresión, el convenio de eficacia *erga omnes*, mediante el sagaz expediente de establecer de reglas de verificación de la representatividad sindical utilizando al efecto los datos

obtenidos en la elección de los representantes de los trabajadores. En estos momentos en los que parece imponerse cierto "revisionismo" irreflexivo sobre la Transición, he aquí dos manifestaciones inteligentes de lo que fue, creo, el espíritu de la transición en materia laboral.

Visto con distancia, no deja de resultar paradójico que la defensa a ultranza de la liberalización del sistema, convirtiendo al convenio de eficacia limitada en eje del sistema, la llevara a cabo quien había sido uno de los ideólogos del régimen corporativo, en el que había desempeñado cargos de alta responsabilidad, y que, por el contrario, el centro y la izquierda fueran quienes recuperaran para el nuevo sistema de relaciones laborales –y no sin cierto entusiasmo– el convenio colectivo de eficacia *erga omnes*.

Ahora bien, desatender el rigor al que llamaba el maestro gallego y sus oportunas advertencias tuvo, ha tenido y tiene su coste. No haber acompasado la reforma de la negociación colectiva de la Ley orgánica sindical produjo en la primera hora disfunciones de no menor entidad. Por su parte, la omisión del Proyecto de Ley de Convenios Colectivos de toda referencia al convenio colectivo de derecho privado, que Borrajo calificaba entonces de "grave–gravísima", se trasladó luego al Estatuto de los Trabajadores para convertirse con el tiempo en un elemento estructural de nuestro sistema, que sigue construido sobre esa carencia. Como es sabido, primero hubo un intenso debate en el que llegó incluso a cuestionarse su legalidad. Pero pronto se impuso la estrecha conexión entre el convenio extraestatutario y la libertad sindical y la discusión se centró en dilucidar la eficacia jurídica y personal del mismo, polémica que, al menos doctrinalmente, sigue abierta. Sea como fuere, lo cierto es que nuestro marco legal, salvada alguna referencia más o menos explícita y en todo caso muy menor, sigue ignorando la figura, que tiene en la práctica un desarrollo raquítico, y ha debido ser la jurisprudencia la que ha "clarificado" su eficacia y determinado su régimen jurídico.

Pero el carácter hegemónico del convenio estatutario y la marginalidad del convenio de derecho privado han resultado determinantes para la conformación de nuestro sistema, hasta el punto de que están en la base de alguno de los defectos del mismo y son fundamentales para entender las sucesivas reformas legales operadas en el marco legal. La hegemonía del convenio estatutario y la rigidez a él inherente son la justificación última de las espitas que abre en el sistema la reforma laboral del 2012 y que, a mi juicio, la de diciembre del 2021 no ha hecho sino corroborar: me refiero a la regulación del descuelgue y a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Probablemente un sistema en el que convivieran con más naturalidad ambos tipos de convenios y en que el convenio de derecho privado aportase al sistema los elementos de flexibilidad que le son propios, hubiera hecho innecesario abrir estas espitas.

No soy aficionado a las ucronías, porque como quienes protagonizaron la Transición soy partidario de las soluciones pragmáticas, pero después de leer el ensayo de Borrajo se me hace difícil no preguntarme qué hubiera sido y sería de nuestro sistema de relaciones laborales si el legislador hubiera hecho suyos los planteamientos del maestro gallego: ¿Tendría nuestra negociación colectiva el nivel de cobertura que hoy tiene?, ¿tendrían los sindicatos y organizaciones patronales el nivel de afiliación que tienen?, ¿despertarían el nivel de confianza en la ciudadanía del que hoy gozan?, ¿habría más o menos pluralismo sindical?, ¿qué niveles de conflictividad social se habrían padecido y existirían?, ¿una mayor independencia y menor implicación institucional de nuestros sindicatos y asociaciones empresariales más representativas redundaría en favor o en menoscabo de su legitimación social?

Ya he dicho que no soy partidario de perder el tiempo en ucronías, pero me parece interesante, al hilo de la lectura, formularse estas cuestiones. Como me resulta muy interesante destacar –cosa que he hecho a lo largo de este comentario– los recursos tipográficos (cursivas, mayúsculas) que en el texto utiliza el autor y que, vistos desde nuestra era digital, constituyen un signo de modernidad por su parte. A diferencia de las cursivas, muy utilizadas a lo largo del texto, las mayúsculas son escasas, aparte la mención a textos normativos –a la Constitución y al Estatuto de los Trabajadores–, se reserva –se ha ya citado– para dos expresiones: "NUEVO DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO" y "REPRESENTADOS". Aquí lo dejo.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", en AAVV: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial. XIII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*. MTAS, Madrid, 2001

El contenido del convenio colectivo: entre los precedentes y el cambio. Una aportación al análisis de las materias objeto de negociación colectiva realizada por el profesor Borrajo Dacruz

The content of the collective agreement: between precedents and change. A contribution to the analysis of the matters subject to collective bargaining made by Professor Borrajo Dacruz

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.: "El contenido del convenio colectivo: entre los precedentes y el cambio. Una aportación al análisis de las materias objeto de negociación colectiva realizada por el profesor Borrajo Dacruz", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 129-138

Resumen

La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo y de empleo es el objeto de este trabajo publicado en 2001 por el profesor Efrén Borrajo Dacruz, centrándose en particular en la evolución desde los contenidos tradicionales del convenio colectivo a su nueva extensión material. Los dos ejes centrales de la evolución del contenido del convenio colectivo para el Prof. Borrajo son, por una parte, lo que denomina "ley de conservación de la materia jurídica" y, por otra parte, la "recepción de los nuevos temas legales". Destaca el Prof. Borrajo que los convenios colectivos en su estructura o sistemática y en su catálogo de materias responden a precedentes pero al mismo tiempo está llamado a cambiar. De este modo, el desarrollo histórico de cualquier convenio colectivo tiene un carácter estático, pues mantiene su estructura básica; y al mismo tiempo cambiante, porque va adaptando su contenido a las vicisitudes que sobrevienen en las normas legales de referencia y en las aspiraciones de las partes que lo firman.

Palabras clave

convenio colectivo; contenido; funciones; extensión material

Abstract

Collective bargaining as a regulatory source of working and employment conditions is the subject of this work published in 2001 by Professor Efren Borrajo Dacruz, focusing in particular on the evolution from the traditional contents of the collective agreement to its new material extension. The two central axes of the evolution of the content of the collective agreement for Prof. Borrajo are, on the one hand, what he calls "law of conservation of legal matter" and, on the other hand, the "reception of new legal issues". Highlights Prof. Borrajo that collective agreements in their structure or systematics and in their catalog of subjects respond to precedents but at the same time is called to change. In this way, the historical development of any collective agreement has a static character, since it maintains its basic structure; and at the same time changing, because it adapts its content to the vicissitudes that occur in the legal norms of reference and in the aspirations of the parties that sign it.

Keywords

collective agreement; content; functions; material extension

I. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO SEGÚN EL PROFESOR BORRAJO: *"ESTÁTICO CAMBIANTE"*

El trabajo del Prof. Borrajo que constituye el objeto de este comentario -con el que se quiere rendir un merecido homenaje a su magisterio indiscutible- se recoge en una monografía que refleja la actividad desarrollada en las XIII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, celebradas en Madrid en junio de 2000 bajo el título *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial*, llevadas a cabo en el ámbito de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos bajo la dirección del prof. Juan García Blasco y que fue publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en 2001. Dichas Jornadas se dedicaron a conmemorar el XX aniversario del Estatuto de los Trabajadores, realizando –como señala el Prof. García Blasco en la presentación del libro que recoge las mismas- "un balance de la experiencia aplicativa de esta regulación legal y de la práctica negocial".

El Prof. Borrajo se encargó de la Cuarta Ponencia titulada "La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo", abordando en ella la negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo y de empleo y realizando un examen sobre la evolución de los contenidos del convenio colectivo. Esta misma materia fue objeto de un artículo del Prof. Borrajo titulado "Convenios colectivos de trabajo de los contenidos tradicionales a las nuevas materias", publicado en la Revista *Actualidad laboral*, nº 1, 2001 (págs. 85-102).

El tema de la negociación colectiva fue objeto de importantes análisis por parte del Prof. Borrajo, centrando en esta ocasión su atención en el papel central de la negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, abordando la evolución de los contenidos tradicionales del convenio colectivo hasta su nueva extensión material.

Los dos ejes centrales de la evolución del contenido del convenio colectivo para el Prof. Borrajo son, por una parte, lo que denomina "*ley de conservación de la materia jurídica*" y, por otra parte, la "recepción de los nuevos temas legales". Dicho en otros términos, los convenios colectivos "en su estructura o sistemática y en su catálogo de materias también responden a precedentes" pero al mismo tiempo "está llamado a cambiar".

Para decirlo gráficamente, Borrajo se refiere a una escultura móvil de Ángel Ferrant que lleva por título "Estático cambiante": "gira sobre su propio eje; no cambia de cuerpo pero adopta formas distintas según su posición". Con este símbolo explica Borrajo el desarrollo histórico de cualquier convenio colectivo: "*estático*, pues mantiene su estructura básica; y *cambiante*, porque va adaptando su contenido a las vicisitudes que sobrevienen en las normas legales de referencia y en las aspiraciones de las partes que lo firman".

En cuanto al primer eje, destaca Borrajo que "El Derecho en general y, más aún, su sistema de normas, es conservador en el sentido de que tiende a perdurar. Hay al modo de una ley de conservación de la materia jurídica, de fácil enunciado: *norma que se crea, una vez creada, se modifica o se transforma pero no se destruye*" (ley que se cumple también en orden a la jurisprudencia y a los mismos contratos, como indica el Prof. Borrajo). Los convenios colectivos no son una excepción a esta regla, de forma que en su estructura, en su sistemática y en el catálogo de materias que regulan responden también a precedentes: las viejas Ordenanzas Laborales, los grandes convenios sectoriales (existiendo al respecto "al modo de una migración de convenios, un trasvase de experiencias intersectoriales e intrasectoriales"), y el propio convenio que lo ha precedido y al que el nuevo convenio sucede ("cada Convenio logrado y aplicado tiende a repetirse en sus inmediatamente siguientes, en una línea de continuidad, que da vida al viejo lema de 'mejorar creciendo'"). En esta línea insiste Borrajo en que "la lista de materias de los grandes Convenios, ya sean de sector, ya sean de empresa, queda fijada en

las Ordenanzas Laborales", que a su vez tienen "largas raíces en el tiempo" y respondían a las normas predecesoras.

En cuanto al segundo eje, señala el Prof. Borrajo que el convenio colectivo está llamado a cambiar: "Ha de cambiar cuando cambie su norma legal de referencia. También ha de aprovechar las oportunidades que dichas normas legales le abren con la técnica de las remisiones, reenvíos, reglas dispositivas, etc.". En este avance por nuevos contenidos, sin embargo, el convenio "mantiene su anclaje en sus precedentes".

Críticamente, Borrajo pone de manifiesto que las materias objeto de regulación por el convenio colectivo "cambian poco por iniciativa de los negociadores; el cambio se produce cuando hay nuevas leyes o nuevos Acuerdos Marco, que suman o añaden nuevos capítulos; y este cambio por recepción de los nuevos temas legales, se produce despacio, muy despacio". Como primera observación destaca que el salario y la jornada siguen siendo temas centrales en la negociación de cualquier convenio colectivo. "Rebajar la jornada y aumentar el salario son objetivos históricos de cualquier movimiento obrero. Y por eso están en los orígenes de la negociación colectiva –en los viejos contratos de tarifa- y siguen estando, con una atención especial, en los nuevos pactos colectivos de trabajo". Desde esos orígenes históricos hasta la actualidad, el "hecho social sigue firme", señala el Prof. Borrajo, y es por eso que "el salario y el tiempo que hay que ocupar para ganarlo", tienen primacía en las prioridades negociadoras del trabajador, del sindicato y del empleador.

Después de llevar a cabo un rápido, pero certero, repaso de la recepción material y formal de las antiguas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales y de los grandes Acuerdos Interprofesionales de 1980 y de años sucesivos en nuestra negociación colectiva, destaca que, pese a que se produjo un cambio radical en cuanto a las partes firmantes –sobre todo del lado sindical-, el contenido objetivo de los cambios colectivos cambió más lentamente por la razón principal de que "el Estatuto de los Trabajadores [de 1980] también respetó la ley de conservación de la materia jurídica". En un rápido repaso por esta evolución, destaca Borrajo como las sucesivas reformas y nuevas regulaciones legales han ido ampliando las materias objeto de negociación: primero con el título II del Estatuto de los Trabajadores y, más aún, el AMI de 1980, al convertir en materia negociable los derechos sindicales en la empresa; la reforma laboral de 1984 conduciría también a la potenciación de una nueva materia: la contratación laboral y, en términos similares, los contratos formativos; a partir de 1994, debido a la búsqueda de mayor seguridad en el trabajo y la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se renovó el "viejo capítulo" de Seguridad y Salud en el trabajo; a partir del Acuerdo Interconfederal de 1997 y ante la necesidad de buscar mayor estabilidad en el empleo, se especificaron en los convenios materias tales como compromisos de creación de nuevos puestos de trabajo o compromisos de convertir en fijos a los trabajadores temporales; a partir de 1998, amplias previsiones en la negociación colectiva sobre el trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos; más adelante se produjo un enriquecimiento del catálogo de materias de los convenios colectivos a partir de los Acuerdos Interconfederales sobre Solución Extrajudicial de conflictos laborales y de Formación Continuada en la Empresa…

Desde un punto de vista cualitativo, el Prof. Borrajo plantea dos cuestiones: por una parte, si en las nuevas regulaciones convencionales se recogen todas las materias que las normas legales remiten y abren a la negociación colectiva; por otra parte, si en la regulación de las materias clásicas aún perdura la vieja estructura normativa de las antiguas Ordenanzas Laborales y de los convenios colectivos parejos a las mismas.

Respecto a la primera cuestión, concluye Borrajo que la negociación colectiva, a la altura del año 2001, aún no había aprovechado plenamente las posibilidades que ofrecen las nuevas leyes laborales y que la política legislativa y los Acuerdos Interconfederales van por delante de la negociación colectiva. Respecto a la segunda, señala que "las estructuras jurídicas son tercas" y que

suelen mantenerse arraigadas en la práctica laboral y de empresa, dando lugar a dudas, vacilaciones y contradicciones (pone como ejemplo de las mismas la regulación convencional de las horas extraordinarias y de la materia de Seguridad Social complementaria, planteando los problemas que hasta ese momento se habían planteado).

II. LAS FUNCIONES DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU REFLEJO EN EL CONTENIDO DEL CONVENIO: EL PROGRESIVO DESARROLLO DE LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En el escenario actual de la negociación colectiva, se parte de la base de que el convenio colectivo debe potenciar su condición de técnica específica de autoorganización flexible de la empresa para adaptarla rápidamente a las variaciones que aconsejen la situación o coyuntura del mercado atendiendo a la posición competitiva de la empresa contemporánea. Supone que la reorganización de la empresa flexible puede realizarse incrementando la implicación, la participación y, en suma, la corresponsabilidad de los agentes sociales en la dinámica de funcionamiento de la organización productiva, y asimismo en las decisiones sobre los procesos de concentración y descentralización empresarial que presiden permanentemente la vida de la empresa. La negociación colectiva, valorizando su condición de instrumento flexible es un cauce adecuado para proceder a normalizar los ajustes precisos, minimizando los conflictos sociales, y reduciendo los efectos negativos tanto desde el punto de vista social como en el estrictamente económico.

En nuestro ordenamiento interno -y manteniendo la premisa señalada por el Prof. Borrajo de que el contenido del convenio colectivo va cambiando conforme se le abren nuevos espacios por las normas legales y los Acuerdos Interconfederales-, la regulación prevista está en gran medida preparada para la expansión y el enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva a partir del carácter abierto del art. 85 del ET, así como a través de la disponibilidad de los mecanismos previstos en otras normas, como los arts. 40, 41 y 51 del ET (acuerdos colectivos de reorganización productiva), que permiten sentar las bases para una negociación colectiva de tipo "gestional". El marco legal actual confiere a la autonomía colectiva negocial un amplio espacio de regulación de las condiciones de trabajo y del sistema de relaciones laborales, y este espacio está siendo llenado, aunque aún con mucha lentitud en algunas materias (sigue siendo válida la crítica planteada por Borrajo) por los agentes sociales, lo que ha supuesto un enriquecimiento de los contenidos tradicionales de la negociación colectiva, especialmente vinculados a la exigencia de responder a las transformaciones del proceso productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas. En gran medida se trata de buscar nuevos equilibrios entre las necesidades de flexibilización de las empresas y de protección diversificada de los derechos de los trabajadores. En este sentido, la negociación colectiva trata de equilibrar su función garantista tradicional con su reconocida función flexibilizadora y su actual función "gestional" (relativa a la gestión de la empresa), tratando de incrementar o reforzar la influencia de los trabajadores en el ámbito de los poderes empresariales.

Pero sigue, aún, siendo un reto para la negociación colectiva establecer modos de regulación que permitan ocupar los espacios dejados por la ley a partir de las diversas reformas legales. No se puede dejar de señalar que la autonomía colectiva está realizando un gran esfuerzo para asumir las nuevas tareas reguladoras, sin embargo debe modernizar sus contenidos, evitando "transcribir" (lo que es todavía frecuente en muchos convenios) la preexistente regulación legal.

II.1. El doble contenido del convenio colectivo y la progresiva centralidad de las cláusulas obligacionales

Como indica Valdés[1], la aparición histórica de la teoría dualista del contenido del convenio colectivo, tanto en su originaria dimensión funcional (Sinzheimer), como en su posterior concepción material (Kaskel), aceptada mayoritariamente por la doctrina laboralista europea, se vincula a un doble y claro objetivo: En primer lugar, se trata de "asegurar la prevalencia o primacía aplicativa" de las estipulaciones del convenio que establecen condiciones de trabajo frente a la autonomía privada individual. En segundo lugar, se trata de "abrir espacios a la autoorganización de la autonomía colectiva, estimulando la asunción, por parte de las representaciones de los trabajadores y de los empleadores firmantes del pacto colectivo, de compromisos destinados a gestionar de manera conjunta el conflicto social". Se trata, en definitiva, de establecer mecanismos destinados a garantizar al convenio colectivo el efectivo cumplimiento de su función socialmente típica.

En la actualidad, sin embargo, la delimitación de estas distintas dimensiones (contenidos) del convenio colectivo ha evolucionado notablemente, adquiriendo progresivamente una mayor centralidad las cláusulas obligaciones. Esto se vincula, sin duda, a un proceso especialmente relevante, como es la transformación funcional del convenio colectivo. La parte obligacional cada vez ocupa una posición menos subalterna respecto del contenido normativo, configurándose progresivamente como un elemento esencial en la ordenación de las relaciones laborales. El desarrollo de la negociación colectiva ha supuesto que se haya ido incrementando el número de obligaciones recíprocas asumidas por los sujetos negociadores en relación a la administración o gestión de diversas instituciones que se crean en el ámbito del convenio colectivo para satisfacer distintos intereses laborales o sociales y que no se proyectan directamente sobre los contratos de trabajo. En consecuencia, cada vez se crean un mayor número de relaciones obligatorias entre los sujetos que negocian los convenios colectivos.

En la actualidad se supera progresivamente el tradicional desinterés por los aspectos de autocomposición, autoorganización y autodecisión de las cuestiones relativas a la gestión de la negociación colectiva. Se ha ido tomando conciencia de que la puesta en práctica del convenio es también expresión importante de la autonomía colectiva, concretamente su administración y su contenido obligacional. De ahí que el proceso de enriquecimiento de los contenidos convencionales no va a ir dirigido sólo a los aspectos sustantivos de las condiciones de empleo, de trabajo y de calidad de vida de los trabajadores (que, desde luego, alcanzan cada vez un desarrollo mayor), sino que dicho enriquecimiento negocial alcanza también a reglas que deleguen en los firmantes del convenio su posterior desarrollo y su capacidad de complementación del acuerdo.

De esta forma, cada vez es más frecuente la regulación en el convenio de "cláusulas híbridas o mixtas", que difícilmente pueden ser calificadas como obligacionales o normativas y que muchas veces pueden terminar desvirtuando el sentido y alcance tanto del contenido normativo como del contenido obligacional. Se ha ido produciendo, aunque lentamente, un enriquecimiento de los contenidos convencionales que no sólo se refiere a los aspectos sustantivos de las condiciones de trabajo, sino también, de manera particular, a las cláusulas que deleguen en los firmantes la capacidad de complementación o administración del convenio o de algunos de sus contenidos normativos, haciendo el proceso negociador más dinámico. Y ello ha venido planteando, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la dificultad de determinar la naturaleza de numerosas cláusulas que hoy se contienen con frecuencia en los convenios colectivos: cláusulas que imponen a los firmantes del convenio deberes de influencia sobre sus representados para garantizar la mayor aplicación de lo pactado o el gobierno de los conflictos a través de procedimientos de solución extrajudicial; cláusulas

[1] VALDÉS DAL-RE, F.: "La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008, pp. 4-5. También VALDÉS DAL-RE: "La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2008.

de empleo que implican compromisos genéricos de contratación de nuevos trabajadores; cláusulas que prohíben o limitan la externalización de partes del proceso productivo o el recurso a empresas de trabajo temporal; cláusulas relativas a la creación y funcionamiento de comisiones técnicas… Muchos de los conflictos planteados en relación con la interpretación y aplicación de los convenios colectivos se plantean sobre el carácter normativo u obligacional de una determinada causa, y se producen fundamentalmente cuando, en una situación de eficacia prorrogada del convenio, el empresario decide no aplicar una determinada cláusula del mismo considerando que su naturaleza es obligacional, en tanto que los representantes de los trabajadores reclaman la aplicación de la misma atendiendo a su carácter normativo.

II.2. Las funciones clásicas y las nuevas funciones de los convenios colectivos y su reflejo en el contenido

Hablar del contenido de los convenios colectivos es hablar de las funciones del convenio. Las funciones que en cada momento cumpla el convenio determinarán el contenido del mismo.
En este sentido, el objeto del proceso de negociación colectiva ha ido sufriendo cambios significativos a partir de un cierto núcleo determinado por su función básica siempre persistente, de tal forma que el convenio colectivo mantiene su típica función económico-social como instrumento de fijación de las condiciones de trabajo y de ordenación del sistema de relaciones laborales, pero, junto a sus funciones tradicionales, tiende a redefinir éstas y a asumir otras nuevas.

En realidad, la necesidad de adaptación de la negociación colectiva no es un fenómeno que responda exclusivamente al momento actual. Tanto la negociación colectiva como sus productos jurídicos han tenido que ir continuamente adaptándose para responder a los cambios que se han ido sucediendo en los sistemas de relaciones de trabajo y a las cuestiones sociales de cada momento.

Se han ido produciendo cambios trascendentales y estructurales en la organización industrial y en la misma composición de las clases trabajadoras y de sus dirigentes y cambios también en la cultura de las relaciones laborales, dentro de los cuales se deben situar las nuevas tendencias de la negociación colectiva en los países desarrollados con economía de mercado. De tal forma que, junto a la función tradicional de la negociación colectiva de regulación de las condiciones de trabajo (condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo), se realzan ahora nuevas funciones como las de gobierno del sistema de relaciones laborales o las funciones gestionales. Así, a las tradicionales funciones del convenio colectivo se han venido a añadir nuevas funciones relativas a la organización del trabajo y, en particular, a la gestión de las crisis empresariales y los problemas de ocupación. Estos cambios están relacionados, desde luego, con las nuevas formas de organización del trabajo y con los nuevos modelos más flexibles y de menor intervencionismo en el gobierno público de la economía y de las relaciones laborales. Debiendo destacar, por otra parte, un fenómeno de dimensiones más amplias que consiste en el cambio progresivo de un modelo de relaciones laborales basado en el "garantismo individual", y en el principio de inderogabilidad de la ley, hacia un nuevo modelo basado en el "garantismo colectivo", en el que la autonomía colectiva dispone de un amplio poder de flexibilización de las relaciones laborales.

En su configuración clásica, el convenio colectivo tiene como punto de partida la existencia de un acuerdo entre "los portadores de intereses opuestos" (Carnelutti)[2], es decir, la existencia de un conflicto colectivo de trabajo juridificado. El convenio colectivo compone los intereses contrapuestos entre las partes contratantes, cumpliendo su originaria finalidad principal e inmediata de regulación de las relaciones individuales de trabajo. Pero, además, a través del convenio colectivo se limita el desequilibrio de poder existente en el marco de la autonomía individual, situándose la negociación colectiva en la lógica de promoción y defensa del interés de la colectividad de los trabajadores. De

[2] CARNELUTTI, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Cedam, Papua, 1927, pp. 116.

esta forma, el fomento de la contratación colectiva es una "condición de libertad jurídica real de los trabajadores"[3], por lo que, en su configuración clásica, se realzaba fundamentalmente la importancia del convenio colectivo como mecanismo para conseguir una igualación, o cuando menos un mayor equilibrio, de las posiciones de trabajadores y empresarios. El convenio colectivo era concebido fundamentalmente como un *instrumento de pacificación social*, en la medida en que a través de dicho acuerdo se produciría una síntesis de los intereses y aspiraciones opuestas entre los grupos sociales, produciendo un encuadramiento jurídico de los conflictos y una mayor equiparación de poderes.

En esta visión clásica del convenio colectivo, éste tiene como objeto fundamental y básico la regulación de los futuros contratos individuales, como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales del trabajador en su calidad de persona y no de mercancía. De ahí la centralidad de la negociación sobre fijación de salarios y otras condiciones de trabajo, pero también sobre el reconocimiento de las organizaciones obreras y obligaciones de garantizar la libertad de pertenencia a las mismas. Para la doctrina clásica, el contrato colectivo de trabajo es un pilar esencial del Derecho social porque representa la afirmación de la legitimidad del sindicato: tiene como consecuencia inevitable afirmar la *función permanente de gobierno* por parte del sindicato de las relaciones laborales y *de control* del cumplimiento de la legislación pública[4].

A medida que evolucionan los sistemas modernos de relaciones laborales, se va produciendo un progresivo enriquecimiento de los contenidos materiales de la negociación colectiva. Evolución que puede ir rastreándose, significativamente, en los instrumentos normativos de la OIT, culminando en el Convenio nº 154 OIT (1981) que atribuye a la negociación colectiva una gran amplitud de su contenido material: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores; o lograr todos estos fines a la vez.

A medida que evolucionan los sistemas modernos de relaciones laborales se va produciendo un progresivo enriquecimiento de los contenidos materiales de la negociación colectiva. De este modo, sirviendo a su función clásica corresponde a la negociación colectiva asumir una pluralidad de funciones interdependientes, que se pueden sintetizar en tres: una función de protección o "estatutaria"; una función de mercado (de autorregulación del mercado de trabajo); y una función de pacificación social[5].

Todas estas funciones siguen en la actualidad subsistiendo, pero son insuficientes para abarcar la heterogeneidad de las funciones asumidas y atribuidas a la negociación colectiva. Las funciones clásicas persisten, pero han sido enriquecidas y renovadas para adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales y de las necesidades de los colectivos implicados.

Los cambios en la realidad económica y social están determinando, en efecto, nuevos desafíos para el ordenamiento jurídico-laboral y, dentro de éste, se pone el acento en la función actual de la negociación colectiva como fuente determinante de la instauración del nuevo "derecho flexible del trabajo", reflejando el proceso de transición del modelo legal garantista al modelo flexible, caracterizado por el retroceso de la ley a favor del convenio colectivo como fuente reguladora e instrumento idóneo, por su carácter flexible y consensuado, para llevar a cabo los procesos de reorganización permanente del sistema productivo.

---

[3] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. Madrid, MTAS, 1999, pp. 96.

[4] Vid. GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada, Comares, 2000, pp. 87 y sigs.

[5] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", op.cit., pp. 102-109.

El marco de referencia de esta función renovada de la negociación colectiva viene representado por dos grandes tipos de cambios: las nuevas formas de organización productiva y de organización empresarial y por el cambio de las políticas públicas. Las razones de ello no obedecen a una sola causa sino a un cúmulo de factores determinantes de base objetiva.

Realmente, las funciones de la negociación colectiva nunca han permanecido estáticas, sino que, por el contrario, siempre han tenido que evolucionar para adaptarse a los cambios y para influir en su propio desarrollo (estático y cambiante en la expresión utilizada por el Prof. Borrajo). En la evolución de la negociación colectiva se ha ido produciendo un enriquecimiento de los contenidos negociales, que está especialmente vinculado a la exigencia de las partes sociales de responder a las transformaciones del sistema productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas. En la negociación colectiva actual tienden a recaer crecientes cargas o responsabilidades, tanto de carácter económico como de naturaleza social y propiamente políticas. Evidentemente todo ello ofrece importantes oportunidades de desarrollo y renovación de la negociación colectiva, aunque también plantea retos que los sujetos colectivos deberán saber afrontar y medir.

La ampliación de funciones y ámbitos de la negociación colectiva han determinado cambios tanto en los ámbitos subjetivos como en los ámbitos territoriales (afectando a los ámbitos personales y a la estructura de los convenios). Han tenido también como consecuencia la diversificación de productos convencionales, multiplicando los "instrumentos atípicos" que aparecen completando o, a veces, sustituyendo, la regulación de los convenios colectivos estatutarios. Y han incidido de manera particular en el ámbito objetivo de los convenios colectivos, enriqueciendo en muchos casos su contenido regulador.

Se debe señalar, en primer lugar, la *función protectora o estatutaria* que lleva a cabo la negociación colectiva consistente básicamente en la introducción del componente estatutario en los contratos, es decir, de un marco de garantías predeterminado. En este marco, se pueden destacar: *La protección de los derechos fundamentales,* como el derecho a la dignidad personal y a la integridad moral, principalmente en relación con el Acoso Laboral, tanto en su vertiente de Acoso Sexual como en la de Acoso Moral, fundamentalmente mediante su incorporación como nuevos supuestos de infracción laboral y, menos frecuentemente, desde el ámbito de la prevención. La *protección de la calidad del ambiente de trabajo, tanto en su dimensión interna como externa* empieza a estar presente (en el marco aún de la llamada *responsabilidad social de la empresa)* en la negociación colectiva y se concreta en cada una de las materias más sensibles, como es el caso de los compromisos colectivos relativos a la innovación tecnológica, formación y servicios de calidad, respeto al medioambiente, regulación responsable de las operaciones de descentralización y subcontratación productiva, transparencia informativa (interna y externa a la empresa) y, de manera particular, en la seguridad y salud laboral[6]; sin embargo, es escasa todavía la regulación respecto de los llamados "riesgos emergentes" (riesgos ergonómicos, riesgos organizacionales, riesgos psicosociales). *La lucha por la igualdad de género* constituye también hoy, debido indudablemente al impulso de las numerosas y recientes reformas legales relativas a la igualdad y la conciliación de la vida laboral y familiar, una importante función de la negociación colectiva, a través de la regulación de cláusulas antidiscriminatorias, políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y Planes de Igualdad y adecuan, con mayor o menor intensidad, sus contenidos a las modificaciones introducidas por las normas al respecto. *La función de protección social renovada*, es decir, una función de previsión complementaria y asistencial que está vinculada al contrato de trabajo, pero que muy frecuentemente se establece tanto para supuestos de vigencia del

[6] Vid. MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "La negociación colectiva y las nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: Riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental", en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. Sevilla, UGT-Andalucía, 2006, pp. 689 y sigs.

contrato como para casos de terminación del mismo (negociación postcontractual)[7]. Finalmente, la negociación colectiva incide cada vez más sobre materias relacionadas con las *políticas de creación de empleo y, sobre todo, de mejora de su calidad,* debiendo destacarse aquí la centralidad que hoy tiene la *negociación colectiva sobre el empleo*, estableciéndose un intercambio negocial, explícito o implícito, entre el empleo y la flexibilidad laboral y la reducción de los costes del trabajo. La última reforma laboral de 2021 abre importantes espacios a la negociación colectiva en este ámbito.

En el contenido de los convenios colectivos sigue teniendo un papel primordial *la función de mercado (función económica de producción) de la negociación colectiva*, referida básicamente a la fijación de las condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo y a la regulación de las condiciones de trabajo. En este ámbito, la ordenación de la materia salarial sigue siendo, desde luego, una cuestión central en el sistema de negociación colectiva; así como la ordenación del tiempo de trabajo, uno de los aspectos que mayor transformación han experimentado a través de la negociación colectiva dentro del marco de las políticas de flexibilidad introducidas legalmente en la ordenación del tiempo de trabajo; también la regulación convencional de la estructura profesional y los nuevos sistemas de organización del trabajo, habiendo cumplido el objetivo de construcción o renovación del sistema de clasificación profesional basado en un equilibrio entre los imperativos de la flexibilidad (cambio de sistema generalizado, polivalencia funcional…) y de protección (igualdad de trato por razón de sexo y de edad..., mejora del control democrático del ejercicio de los poderes empresariales…) [objetivo expresamente contenido en los sucesivos ANC]; y, por último, los procesos de reestructuración de las empresas a través de una gestión consensuada de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento a los mismos.

Finalmente, se puede destacar también la *función "política" de la negociación colectiva.* Tradicionalmente la autonomía colectiva ha cumplido históricamente una función esencialmente "política" en sentido amplio, ya que la negociación entre los grupos socio-económicos se encamina al gobierno de las relaciones laborales en combinación con el Estado democrático y pluralista, y a la mejora de la posición de la clase trabajadora a través del reconocimiento de los nuevos derechos sociales. Pero además, actualmente se han potenciado las funciones gestionales o de gobierno colectivo de la empresa y la función cooperativa (negociación cooperativa o gestional). Es cada vez más frecuente que los convenios colectivos (y no solamente los acuerdos empresariales de reorganización productiva) entren a regular la política de la empresa, teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales, o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización, o de decisión conjunta en la toma de determinadas decisiones relativas al funcionamiento de la empresa y, muy señaladamente, a la gestión de los "recursos humanos" en la organización productiva.

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*. Cedam, Papua, 1927, pág. 116.

GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Comares, Granada, 2000

MERCADER UGUINA, J.: "Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas", en AAVV: *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 2002

[7] Sobre ello, muy ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", op.cit., pp. 91-246. Vid. también MERCADER UGUINA, J.: "Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas", en AAVV: *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. Madrid, MTAS, 2002; 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. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 184 y sgs.

MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: Presente y futuro inmediato*. UGT-Andalucía, Sevilla, 2006

MONEREO PÉREZ, J.L.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*. MTAS, Madrid, 1999, pág. 96.

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

VALDÉS DAL-RE, F.: "La desnaturalizada recepción por el estatuto de los trabajadores de la teoría de la dualidad del contenido del convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2008, págs. 4-5.

VALDÉS DAL-RE, F.: "La división dualista del contenido del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2008.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del futbolista profesional". VV.AA., *Homenaje al profesor Juan García Abellán,* Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994, pp. 27-39.

La extinción del contrato de trabajo por desistimiento del deportista profesional

The extinction of the employment contract by the professional athlete's resignation

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0002-2111-0693

Cita Sugerida: CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La extinción del contrato de trabajo por desistimiento del deportista profesional", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 139-143

Resumen

Uno de los temas que más discusión ha generado en sede doctrinal y jurisprudencial ha sido el relativo a la extinción del contrato de trabajo de los futbolistas profesionales. Precisamente, al hilo de esta materia, en profesor Borrajo Dacruz elabora un interesante capítulo de libro titulado "Extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del futbolista profesional", el cual publica en la obra colectiva titulada: Homenaje al profesor Juan García Abellán del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, año 1994. Se trata de un estudio muy riguroso que invita a una profunda reflexión, tras el enriquecedor análisis de la doctrina y jurisprudencial del momento.

Palabras clave

contrato de trabajo; futbolistas profesionales; extinción y peculiaridades

Abstract

One of the topics that has generated more discussion in doctrinal and jurisprudential headquarters has been the one related to the termination of the employment contract of professional footballers. Precisely, in this matter, Professor Borrajo Dacruz elaborates an interesting chapter of book entitled "Termination of the sports work contract by will of the professional footballer", which he publishes in the collective work entitled: Tribute to Professor Juan García Abellán of the Publications Service of the University of Murcia, 1994. It is a very rigorous study that invites deep reflection, after the enriching analysis of the doctrine and jurisprudence of the moment.

Keywords

employment contract; professional footballers; extinction and peculiarities

El magistral estudio del profesor Borrajo Dacruz que ahora glosamos aborda un aspecto extraordinariamente relevante, complejo y controvertido del contrato de trabajo deportivo: la extinción de la relación laboral por desistimiento o dimisión del deportista profesional. Y lo hace en un momento en el que la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre el tema en el contexto de su nueva regulación por el RD 1006/1985 –lejos quedaba en el tiempo el clásico *El contrato de trabajo deportivo* de Cabreza Bazán[1]– se hallaba todavía en ciernes, lo que confiere mayor valor y utilidad a la contribución del profesor Borrajo.

[1] IEP, Madrid, 1961.

El estudio comienza con una reflexión impecable sobre la extinción del contrato de trabajo y la libertad de trabajo, partiendo de la dificultad intrínseca de deslindar la persona del trabajador de la prestación que el mismo lleva a cabo. Ha sido el afán de mantener incólume el principio de libertad profesional frente a la sujeción que entraña cualquier contrato de trabajo lo que ha conducido a la legislación laboral propia de nuestro tiempo a admitir que el trabajador pueda desvincularse, en el ejercicio de su pura y nuda voluntad, de cualquier relación laboral. La negativa a aceptar que el trabajador pueda extinguir el contrato de trabajo por su libre decisión sería tanto como resucitar la esclavitud.

A continuación, el análisis del profesor Borrajo se adentra en la categorización teórico-conceptual del desistimiento laboral o extinción *ad nutum* por voluntad del trabajador, contemplado en el viejo art. 49.4 del ET/1980 [actual art. 49.1.d) TRET], del cual se nos recuerda que "no exige motivación alguna" a diferencia de la extinción contractual basada en un incumplimiento contractual del empresario. Se deja constancia de que "la omisión del preaviso no frustra el efecto extintivo de la dimisión, ni siquiera demora su eficacia"; y también que "la dimisión preavisada no genera ninguna responsabilidad por daños o perjuicios frente a la Empresa".

Pero, como muy pertinentemente apostilla en el estudio objeto de esta recensión, también en otros preceptos del ET se mantiene la misma eficacia liberatoria de la libre decisión del trabajador frente a pactos o contratos a los que haya prestado su consentimiento. Así ocurre, tal como se regulan en el art. 21 ET, con el pacto de plena dedicación, el pacto de no competencia postcontractual y, sobre todo, el pacto de permanencia en la empresa, los cuales constituyen cláusulas limitativas de la libertad de trabajo y del derecho al empleo; de ahí que se sometan a un régimen fuertemente riguroso, "en el que es principio esencial que el trabajador puede liberarse, por decisión unilateral, de su compromiso".

La libertad para extinguir libremente el contrato de trabajo también se mantiene como principio esencial en las relaciones laborales especiales (agentes de comercio, servicio del hogar familiar, alta dirección, artistas en espectáculos públicos). Con estas concordancias, "el régimen jurídico aplicable a la dimisión laboral en los contratos especiales de trabajo deportivo ofrece tal singularidad que, so pena de que se desorbite, exigirá interpretación restrictiva".

En los dos últimos epígrafes de su análisis, el profesor Borrajo desarrolla con mano maestra el régimen jurídico de la extinción del contrato por voluntad unilateral del deportista profesional (en concreto, del futbolista profesional) conforme a lo establecido en el art. 16 del RD 1006/1985, que distingue dos supuestos: por un lado, el llamado "despido indirecto" o resolución del contrato solicitada por el deportista profesional con fundamento en alguna de las causas de incumplimiento por parte del empresario señaladas en el art. 50 ET; y, por otro lado, la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional sin causa imputable al Club (dimisión).

Centrado el *excursus* en esta segunda figura, del tenor literal del citado precepto se desprende con claridad la obligación por parte del deportista de indemnizar a su club por la ruptura intempestiva e injustificada de su contrato de trabajo.

A diferencia de lo que ocurre con carácter general en el art. 49.1.d) del ET, no existe en el RD 1006/85 ninguna referencia a la necesidad de observar un plazo de preaviso, si bien nada obsta a que el mismo se establezca por acuerdo entre el club y el deportista o por convenio colectivo, en cuyo caso habrá de estarse a lo pacto entre las partes en torno a los efectos que se anudan a su incumplimiento[2]. Y, frente a lo que acontece en la dimisión de régimen común, que caso de haber sido preavisada no determina el surgimiento de responsabilidad patrimonial del trabajador frente a la empresa, la mera observancia del preaviso que se hubiera pactado en el contrato de trabajo deportivo no exime de responsabilidad indemnizatoria al deportista que extingue intempestivamente el vínculo que le une a la entidad deportiva.

[2] Roqueta Buj, R., *Derecho deportivo laboral*, Valencia, tirant lo blanch, 2022, p. 419.

En caso de que la indemnización no esté recogida en ningún pacto, será el juez quien fije el *quantum* en función de los parámetros marcados en el propio precepto (circunstancias de orden deportivo, perjuicio que haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimables). No obstante, y para evitar la incertidumbre y el arbitrio judicial, lo habitual es que las partes fijen la indemnización a través de las cláusulas de rescisión. El problema se produce desde el momento en que los clubes, en muchos casos no han hecho un uso, sino un abuso de este tipo de cláusulas, insertando en ellas en no pocas ocasiones cantidades desorbitadas que poco o nada tienen que ver con los emolumentos que perciben algunos deportistas[3].

Es en este ámbito, la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios en caso de dimisión del deportista profesional, donde resulta especialmente útil e interesante la contribución del Dr. Borrajo Dacruz.

Comienza señalando el profesor Borrajo que la obligación de indemnizar no es automática, al modo de un efecto directo o inmediato de la dimisión o extinción del contrato por voluntad del deportista profesional sin causa imputable al Club, debiendo este probar los daños y perjuicios causados. La procedencia de la indemnización puede darse en los supuestos en que los clubes se sientan afectados o perjudicados como consecuencia de la resolución del contrato de trabajo a instancias del deportista. Desde el punto de vista procesal, el deportista adoptará una posición pasiva, debiendo ser la entidad deportiva que se considere perjudicada la que deba acudir a los tribunales (del orden social) para reclamarle la cita indemnización[4].

En segundo lugar, indica que la obligación de indemnización puede establecerse y regularse en un pacto celebrado al efecto, el cual se ha convertido en una cláusula de estilo presente en todos los contratos de trabajo deportivos. Ahora bien, dicho pacto (cláusula penal) podrá ser impugnado y anulado o modificado por incurrir en abuso de derecho, en aplicación del art. 7.2 del Código Civil. Las indemnizaciones de cuantía exagerada quedan, pese al pacto, sometidas a la corrección que resulta de estas reglas de razonabilidad, equidad y común sentir.

En tercer lugar, cabe la modulación, tanto sobre la existencia de la obligación como sobre e*l quantum* de la indemnización, del tribunal laboral. A este respecto, los parámetros a tener en cuenta son abiertos al buen juicio del órgano judicial. La norma legal se limita a indicar las circunstancias de orden deportivo, el perjuicio que se haya causado a la entidad, los motivos de la ruptura, etc., pero acepta los otros motivos que el juzgador considere estimables.

Y es aquí donde brilla la construcción del maestro Borrajo en relación con las circunstancias a considerar por el tribunal para concretar el importe de la indemnización que el deportista dimisionario debe satisfacer, en su caso, a la entidad deportiva. A tal efecto, señala que habrán de tenerse en cuenta, entre otros elementos:

1) Los daños y perjuicios causados al club, cuya prueba incumbe, obviamente, al propio club demandante.

2) En segundo lugar, para determinar el lucro cesante, habrán de ponderarse "con la máxima prudencia" los resultados obtenidos por el club, antes y después de la vinculación y desvinculación, sucesivamente, de la plantilla del deportista dimisionario, "de modo que se pueda concluir sobre la importancia o no de su participación en los encuentros deportivos, y siempre teniendo en cuenta que, en el caso del fútbol, se juega en un equipo integrado de once jugadores, con los consiguientes apoyos y obstáculos o limitaciones recíprocos". El profesor Borrajo propone distinguir entre deportistas

[3] Rubio Sánchez, F., García Silvero, E., González Del Río, J.Mª., Scheneider Salvadores, C., "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", en VV.AA., Sempere Navarro, A-V. y Cardenal Carro, M. (dirs.)*, El contrato de trabajo*, vol. II. *Relaciones laborales especiales y contratos con peculiaridades*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 275.

[4] Roqueta Buj, R., *Derecho deportivo laboral*, cit., p. 425.

"solistas" (tenista, boxeador, etc.) y aquellos que realizan su prestación en equipo; respecto de estos últimos, propone homogeneizarlos en cierto sentido con el contrato de trabajo "en grupo", en el que la marcha de un trabajador simplemente da lugar a su sustitución, de forma que el "trabajador individual es irrelevante" . En el caso del fútbol profesional, el sujeto de la actividad es el "once", el grupo en su totalidad, sin perjuicio del papel que pueda desempeñar cada jugador según su posición en el terreno de juego.

3) En tercer lugar, hay que contar con la presencia o no de otros miembros del equipo deportivo, aptos para ocupar y desempeñar el mismo puesto de trabajo.

4) En ningún caso se podrán computar en el lucro cesante los esperados beneficios de una cesión temporal o traspaso posteriores, so pena de desnaturalizar la institución, y es que, como señala Borrajo, tal valoración representaría "una especulación sobre seres humanos, en verdad inadmisible en una concepción humanista del deporte, en el que hay que rechazar que los jugadores contratados sean susceptibles de especulación"; lo contrario supondría resucitar, frente a la libertad de trabajo, el derecho de retención[5]. Y, por otra parte, no es admisible que se considere lucro cesante un simple «sueño de ganancia», posibilidad esta descartada por la jurisprudencia y por la mejor doctrina civilista (con cita expresa de Albaladejo).

Nuestro autor pone de manifiesto, igualmente, alineándose ahora con Palomar Olmeda, la imprecisión de los otros parámetros legales, tales como los motivos de ruptura o las circunstancias de orden deportivo, y concluye que el libre derecho al trabajo solo se completa y garantiza si se facilita, a la vez, el logro de otro derecho constitucional, el de promoción a través del trabajo (art. 35 CE). Y es que la cláusula será abusiva, desde el punto de vista de los intereses del deportista, cuando del "quantum" de la indemnización sea de tal magnitud que frustre las posibilidades de promoción profesional y económica del futbolista al disuadir de plano a cualquier otro club de su intento de fichaje, impidiéndole el cambio de club y actuando, en definitiva, como un derecho de retención del deportista por parte del empleador, lo que resulta especialmente grave e inadmisible en relaciones laborales como la de los deportistas profesionales cuya vida profesional activa es muy corta en comparación con la de otros trabajadores.

A este respecto, resulta imperativo, según Borrajo, atender a las circunstancias del caso concreto, en términos de una ponderación "razonable" de los parámetros del art. 16.1 del RD 1006/85, que habría de discurrir según los criterios siguientes, entre otros:

a) En simetría con el tratamiento del daño que puede irrigar al deportista profesional el despido improcedente, su dimisión podría ser, en el peor de los casos, sometida a una tasación equivalente, por lo que la indemnización se cifraría en dos mensualidades de las retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, por año de servicio, con la ponderación de las circunstancias concurrentes, en los términos que fija el art. 15 RD 1006/85.

b) O también, podrían atenderse las tasaciones que aparecen las «listas de compensación»; es decir, las que cifran los derechos de un club por la formación de un trabajador (menor de 25 años) y que se corresponden con las propias del pacto de permanencia en la relación laboral común (art. 21.4 ET).

En resumen, a tenor del estudio combinado del art. 16.1 con el art. 13.i), ambos del RD 1006/85, o no hay obligación de indemnizar, o la indemnización ha de fijarse con criterios realistas y

[5] Cardenal Carro, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia-Gobierno Vasco, 1996, p. 361, argumenta que "Condenar al trabajador a pagar su precio de mercado supone admitir que la extinción injustificada frustra ese ingreso, y esa conclusión es inadmisible porque la explotación empresarial del contrato de trabajo se encuentra en la plusvalía generada por la diferencia del precio pagado por la prestación y su posterior recolocación. Incorporada al producto, en el mercado, pero no en la venta del trabajador".

muy restrictivos. En opinión de Borrajo, no parece posible que dicha indemnización sume más que los sueldos de una temporada o año de servicio.

Ejemplos de ponderación razonable de la indemnización que debe satisfacer al club el futbolista profesional que rescinde su contrato de trabajo sin causa, en tanto que toman en consideración los criterios jurídicos y las circunstancias expuestas, son las dos sentencias (del JS nº 9 de Madrid, de fecha 23 de junio de 1989, y del JS nº 1 de Zaragoza, de fecha 4 de marzo de 1993) con cuyo comentario cierra nuestro autor su estudio sobre la extinción del contrato de trabajo deportivo por voluntad del futbolista profesional.

* * *

La generosa participación del Profesor Borrajo Dacruz, maestro de maestros, en un libro homenaje al profesor de la Universidad de Murcia (tristemente desaparecido) Juan García Abellán, con motivo de su jubilación, fue el feliz detonante del ensayo que a lo largo de estas breves páginas hemos querido recordar y glosar, como tributo a la memoria de uno de las figuras más sobresalientes del iuslaboralismo español. En dicho estudio, el profesor Borrajo expone con enorme lucidez, claridad expositiva y rigor ténico-jurídico las claves de una institución, la resolución del contrato de trabajo deportivo por dimisión del deportista profesional, que han servido para orientar las construcciones doctrinales y judiciales que con posterioridad han aparecido en torno a un tema sumamente complejo, donde las lagunas y zonas de sombra se imponen a las certidumbres. En definitiva, el profesor Borrajo, en esta como en el resto de sus aportaciones, contribuye a fijar los cimientos de la creación y el desarrollo científico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en nuestro país.

Concluyo expresando mi agradecimiento a las personas e instituciones que con su invitación me han permitido participar en este sentido y merecido homenaje a la persona y la obra de uno de los más destacados juristas españoles contemporáneos.

BIBLIOGRAFÍA

Cabrera Bazán, J., *El contrato de trabajo deportivo*, IEP, Madrid, 1961.

Cardenal Carro, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia-Gobierno Vasco, 1996.

Roqueta Buj, R., *Derecho deportivo laboral*, Valencia, tirant lo blanch, 2022

Rubio Sánchez, F., García Silvero, E., González Del Río, J.Mª., Scheneider Salvadores, C., "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", en VV.AA., Sempere Navarro, A-V. y Cardenal Carro, M. (dirs.)*, El contrato de trabajo*, vol. II. *Relaciones laborales especiales y contratos con peculiaridades*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 227-276.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo". *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1993, pp. 563-586.

«Vetata interpretatio» o el difícil equilibrio entre el poder legislativo y el poder judicial

'Vetata interpretatio' or the delicate balance between legislative power and judicial power

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria
https://orcid.org/0000-0002-9403-5591

Cita Sugerida: LÓPEZ CUMBRE, L.: "«Vetata interpretatio» o el difícil equilibrio entre el poder legislativo y el poder judicial", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 145-154

Resumen

Una demostración palmaria de cómo el tiempo no empaña la construcción clásica es este trabajo del profesor Borrajo, maestro admirado por su rigor y laboriosidad, como Lección de Clausura de uno de los múltiples Congresos Nacionales de la Asociación Española de Derecho del Trabajo en los que participé como Gerente, arropada por una Junta Directiva asimismo conformada por grandes maestros, en concreto el III Congreso, celebrado en Alicante en 1992.

El título *"Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo"* [en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1993] esconde, de hecho, dos reflexiones; la primera, sobre esa convergencia en permanente tensión entre el legislador y el juez en la construcción jurídica y, la segunda, una reflexión sobre el derecho de huelga. Esta última, posiblemente motivada porque el Congreso tuvo que ser aplazado en su celebración precisamente como consecuencia de la convocatoria de huelga, no será la que se analice en estas páginas al centrar la atención en esa reflexión más general sobre el Derecho, su creación y su evolución.

Palabras clave

Vetata interpretatio; poder legislativo; poder judicial

Abstract

A glaring demonstration of how time does not tarnish classical construction is this work by Professor Borrajo, a master admired for his rigor and diligence, as the Closing Lecture of one of the multiple National Congresses of the Spanish Association of Labor Law in which I participated as Manager, surrounded by a Board of Directors also formed by great masters, specifically the III Congress, held in Alicante in 1992.

The title "Normative Power and Judicial Power in the Elaboration of New Labor Law" [in Spanish Association of Labor Law and Social Security, III National Congress of Labor Law and Social Security, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993] actually hides two reflections; the first, about the permanent tension between the legislator and the judge in legal construction and, the second, a reflection on the right to strike. This latter, possibly motivated because the Congress had to be postponed in its celebration precisely as a result of the strike call, will not be the one analyzed in these pages, focusing instead on that more general reflection on the law, its creation and evolution.

Keywords

Vetata interpretatio; Legislative power; judicial power

I. CREACIÓN Y "RECREACIÓN" DEL DERECHO EN EL TEXTO

1. *"¿Quién hace el Derecho? ¿El poder normativo? ¿El poder judicial?",* se pregunta el prof. Borrajo en la pág. 564. Y para ello utiliza la cultura judicial como dimensión de la función de juzgar, tanto al interpretar como al aplicar el Derecho "legal" que, en momentos de cambio social, supone crear un Nuevo Derecho. Precisamente utiliza el Derecho del Trabajo como ejemplo de este proceso de transformación y adaptación en el reajuste que el mismo supone del Derecho Común. Este último representa la conservación de los esquemas jurídicos tradicionales, aquél, el nuestro, el Derecho del Trabajo, implica un Derecho especial, un Derecho nuevo [una idea ya desarrollada previamente por el prof. Borrajo en "Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo: Derecho especial y Derecho nuevo", *Revista de Derecho Mercantil,* núm.66, 1967, pp. 363 y ss].

El juez laboral, es, en la concepción que desarrolla el trabajo, un juez especial, incluso un juez especialista, que intenta mantener el Derecho del Trabajo con un signo social, pertrechando su esencia de la intervención del poder legislativo cuando éste responde a un signo liberal o neocapitalista. Los principios aplicativos –los de norma mínima, norma más favorable o condición más beneficiosa– sirven como muestra de esta defensa judicial frente a la injerencia legal. "*En una palabra, sigue fiel al principio pro operario y aplica, con serias reservas, las nuevas Leyes y, más aún, los nuevos Decretos Leyes, y ya no digamos los simples Decretos u Órdenes Ministeriales, que desconocen, por ejemplo, el principio de irreversibilidad de los beneficios sociales de la normativa laboral*" (pág. 566). El juez laboral reconoce como "patrimonio histórico intocable e irrenunciable", el logro, la protección social recogida en las normas laborales clásicas elaboradas entre 1931 y 1975. Y se cita, como testimonio de lo expuesto, la necesidad de intervención por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el texto, Comunidad Económica Europea) ante la "reserva cultural" esgrimida por la jurisdicción social en las constantes reducciones de la cuantía de las pensiones públicas mediante las sucesivas leyes de presupuestos.

2. En el esquema tradicional del Derecho, el legislador crea el Derecho y el juez lo aplica. Dos poderes separados, independientes entre sí, con funciones propias "exclusivas y excluyentes". Con cita de Montesquieu se recuerda que el legislador hace la Ley y el juez dice la Ley. Pero lo que el texto cuestiona es si habrá *"algún ciudadano adulto que crea en ese papel decisorio absoluto del Parlamento o que crea en ese papel ancilar, de subalterno, de sumisión mecánica del Juez"* (pág. 567). Porque realmente el constitucionalismo contemporáneo asignó al Juez "*pura y simplemente la función de aplicar la Ley*", vetando la posibilidad de interpretar la Ley. *"La interpretación ya no es aplicación, ya no es una operación mecánica, de simple traslación del contenido lógico-abstracto de la norma jurídica a la realidad concreta e idealizada de los justiciables. Hasta el mismo Kelsen, dentro de su formalismo, tenía que admitir que la norma general sin la sentencia judicial es una realidad jurídica incompleta. La sentencia también es norma; individualizada o singular, pero norma*" (pág. 567). De ahí que se destaque cómo, en sus orígenes, el Tribunal de Casación no fuera un órgano judicial sino político, un órgano del poder legislativo cuya misión era la de fijar el sentido de la ley, coartando las variaciones o recreaciones del poder judicial ["Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo: abuso del derecho, Derecho social y Derecho del Trabajo", *Revista Internacional de sociología*, núms. 46 y 47, 1954, pp. 229 y ss]. La realidad posterior fue la contraria, pues el Tribunal de Casación derivó en un órgano judicial supremo que, aparentemente decide cuál es la solución legal en cada caso concreto, pero ciertamente decide cuál es el derecho real.

En consecuencia, si el Derecho son preceptos generales, el Derecho es obra del legislador, pero si se valora como la instauración de reglas de conducta o de competencia que conducen a la vida social, entonces el Derecho "vivo" es el Derecho del Juez. La interpretación de la ley y no sólo su aplicación, crea Derecho, por lo que existe una función política del juez cuando esta última es patrimonio "exclusivo y excluyente" del poder parlamentario –del poder ejecutivo y, en su caso, del poder social en los agentes sociales y su capacidad normativa laboral–. Por eso, en muchas ocasiones

se busca que *"el Juez tome partido oficialmente: que acepte y reconozca su vinculación partidista. La operación, sin embargo, suele ser más sutil y más compleja: simplemente se busca una sensibilidad social afín*" (pág. 570). Mas el poder político también reacciona ante decisiones judiciales contrarias tanto cuando el juez, investido de competencia, anula disposiciones generales y el poder legislativo salva la dificultad convalidando una nueva norma de rango suficiente. O cuando el juez interpreta una regla de conducta y consigue fijar doctrina jurisprudencial que desvirtúa el propósito legislativo, este último, dicta una nueva ley y destruye las bases de interpretación rechazadas por el poder judicial. Como se indica en el texto, así se consigue que "diez tomos del Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia" vaya al cesto de los papeles.

3. La ejemplificación de lo expuesto se realiza en el texto a través del análisis de las huelgas políticas y "parapolíticas". Como se expusiera, el Congreso debía celebrarse el 28 de mayo, pero se aplazó por la convocatoria de una huelga general ese mismo día.

Pues bien, como es sabido, el poder normativo formal se basa para su gestión en el RD-Ley 17/77, 4 de marzo (BOE, 9) sobre relaciones de trabajo cuando califica como ilegal en su artículo 11 a) aquella huelga que se *"inicie o mantenga por motivos políticos o con cualquier finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados"*. Por lo tanto, son ilegales las huelgas declaradas por motivos políticos y también las que, aunque no sean políticas, persiguen un motivo ajeno al interés profesional. Como indicara la STC 11/81 "*no nos encontramos ante el fenómeno de huelga protegido por el artículo 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría*" (FJ 12). Si no es una huelga laboral, no es legal. Sin embargo, las resoluciones judiciales, primero, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, después, modularon esta tesis, considerando el texto que *"el juez fue más allá de lo que quería –repito– de lo que quería el legislador de 1977. Es posible que también fuese más allá de lo que había querido declarar –repito; quería declarar– el Tribunal Constitucional en abril de 1981"* (pág. 579). Y es ahí donde procede partir para efectuar un análisis más personal como modesta contribución a este merecido homenaje.

II. SOBRE LA VETATA INTERPRETATIO O DE CÓMO EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER JUDICIAL CONFIGURAN SU FUNCIÓN DE FORMA DEPENDIENTE

1. La prohibición de interpretación se manifiesta como un empeño cuasi-personal que sólo se produce en la Historia cuando confluyen dos condiciones; a saber, la ilusión –siempre falsa– de que el sistema jurídico que ha creado carece de lagunas y, por tanto, el juzgador no tiene que complementar el sistema (la falacia de la omnisciencia); y el convencimiento –siempre erróneo– de que el sistema legal creado es perfecto o cuasi-perfecto, creencia que normalmente se basa en una percepción falsa sobre los merecimientos y querencia singular de quien produce la norma (la falacia de la imperfectibilidad).

Ambos presupuestos se produjeron históricamente tanto en Justiniano cuando pone en vigor el *Corpus Iuris Civilis* como en los legisladores revolucionarios franceses con el Código de Napoleón de 1804 (primer día de la primavera, 30 de Ventoso del Año XII). En el primero, en la presentación del *opus magnum* que se hace en el parágrafo 21 de la Ley Introductoria (*Proemium*) del Digesto (*De Confirmatione Digestorum)* al señalar cómo "*nadie de los que en la actualidad ponen conocimiento del derecho ni de los que en lo sucesivo lo adquieran, se atreva a agregar comentarios a estas leyes, sino que tan sólo pueda, si quisiera, introducirlas a la lengua griega, con el mismo orden y la misma correlación con que han sido escritas en lengua romana (lo que dicen los griegos será al pie de la letra) y componer lo que llaman paratilios, si por acaso prefieren hacer algunas anotaciones por causa de la dificultad de los títulos"*. Pero no se permite exponer otras interpretaciones de las leyes, *"mejor dicho, perversiones de su sentido"*, para que su verbosidad no produzca con la confusión

ningún desdoro a nuestras leyes. Y, si algo *"hubiere parecido ambiguo, expóngase por los jueces a la imperial superioridad y declárese por la autoridad augusta, única a la que es dado dictar e interpretar las leyes"* (pág. 186, en la Traducción realizada por Ildefondo García del Corral en 1889).

Por su parte, en su Preámbulo, el Código de Napoleón señala cómo "*en los Estados despóticos, donde el principio es propietario de toto el territorio, donde todo el comercio se realiza en nombre del Jefe del Estado y en su provecho, donde los particulares no tienen libertad ni propiedad, hay más jueces y verdugos que leyes; pero allí donde los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, donde tienen derechos políticos y civiles, donde el honor es valorado como cualquier otro bien, es necesario un cierto número de leyes para hacer frente a todo*".

Mas, un sistema de esta naturaleza no resiste al tiempo. Aparte de la erosión histórica que sufre todo creador autoritario de Derecho, sólo sería posible de mantener la doble falacia si hubiera una regla de cierre del sistema en virtud de la cual *non liquet* todo lo que no esté en el sistema. El asunto no puede ser decidido en Derecho. Porque, primero, se proclama la inexistencia de lagunas y, después, se establece una regla preventiva en virtud de la cual, si hay alguna laguna, *non liquet*, el juez no decide, porque lo que está fuera del *opus magnum* está también fuera del Derecho. Pero, como esto último es imposible en cualquier sistema jurídic*o* que pretenda ser eficaz, la ideología de la no interpretación tiene que habilitar un recurso que roza lo absurdo de forma tal que, cuando excepcionalmente se encuentre una laguna, el juzgador tendrá que apelar al autor de la norma para que éste la resuelva con lo que se denomina "interpretación auténtica".

Así se estableció en la norma de Introducción del Digesto por Justiniano que avocó todos los casos *dubi* a la resolución de su propia *curia palatina.* Sin darse cuenta de la imposibilidad de tal resultado toda vez que la extensión, la fragmentación y la ruina misma del imperio romano para el cual iban destinadas estas normas lo impedía. También en su primera versión del Código, Napoleón optó por este sistema de avocación de dudas que, más tarde, sería abandonado por impracticable. Incluso, obviando estas dificultades materiales insuperables del sistema de *vetata interpretatio,* el procedimiento avocativo al superior como modo de evitar la necesidad de interpretar está sentado en una ilusión histórica. La ilusión de que el legislador en cuestión es único e históricamente insustituible, esto es, se trata de un legislador revolucionario y el recurso a la avocación al superior sería un modo de instaurar una especie de recuperación del sentido originario de la norma evitando la entropía degradante del sistema.

Pero no es cierto. Hace falta muy poco tiempo para que se advierta que no hay continuidad temática ni ideológica entre emperadores sucesivos u órganos legislativos sucesivos. La "interpretación auténtica" eventualmente realizada por un órgano soberano posterior en el tiempo a aquel que promulgó la norma y que prohibió la interpretación no es más "auténtica" que la que puede realizar un juez, porque es sin duda extraña al espíritu idiosincrático del fundador. El legislador actual o el soberano actual traicionarían siempre el sentido de la norma originaria y, si es imposible la interpretación auténtica en sentido material, no hay necesidad de mantener un principio de *vetata interpretatio* porque el legislador nuevo no es más auténtico ni más fiel o infiel a la letra de la ley que lo que lo puede ser el órgano judicial. Al fundador que veta la interpretación no le interesa la conservación del principio de separación de poderes, sino la continuidad histórica de su obra. Y si el soberano está sujeto al principio de representación democrática y se pueden producir –y se producirán– modificaciones sustanciales en la continuidad histórica del ideario del órgano soberano, no es probable que el legislador nuevo "interprete" la vieja ley con más fidelidad con la que lo haría un juez.

2. Desde la aparición de los escritos de Jean Bodin en el siglo XVI ["Los seis libros de la República"] se había considerado que el principal atributo de la soberanía era precisamente legislar y, el segundo, la interpretación de lo legislado. De ahí que la tesis que llega hasta el siglo XVIII es que la legislación se estima como poder inútil si el soberano carece de poder para interpretar la ley,

para aclarar lo que expresa su propia voluntad. Por eso, el programa de renovación legislativa del absolutismo monárquico propugnará la búsqueda de la máxima precisión posible en los textos legales y la consiguiente eliminación o reducción de los problemas de interpretación. Las leyes tienen que ser precisas y no presentar ningún problema de interpretación.

Surge así la tesis sobre el "casus dubius" que obligará a la actividad de interpretación judicial a consultar al legislador. El programa de codificación de la Ilustración se basa en la suposición de que la interpretación judicial de ese caso dudoso no constituye una mera actividad cognoscitiva del Derecho sino que conlleva una actividad creadora del Derecho. Si se afirma a la vez que la ley es expresión de la voluntad del legislador y que el único legislador es el soberano, la tendencia a prohibir la interpretación judicial de ese "casus dubius" resultará plenamente comprensible. Mas se trata de una tendencia que no perdura en el tiempo y que, cuando se abandona, derogando la prohibición de interpretar el "casus dubius", supone el *"triunfo del iusracionalismo y el reconocimiento del fracaso práctico de la doctrina de la voluntad del legislador"* (Salvador Coderch, P., *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, pag. 430).

3. Se llega así a nuestro Código Civil de 1889 que atribuye a la jurisprudencia el papel "complementario" respecto del ordenamiento jurídico con la doctrina que *"de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley", ex* artículo 1.6; la necesidad de interpretar las normas "*según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas", ex* artículo 3; el reconocimiento de que todo sistema está afectado por lagunas cuando admite la aplicación analógica normativa cuando las normas *"no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón", ex* artículo 4.1; la propia prohibición de la regla *non liquet*, esto es, el deber inexcusable de Jueces y Tribunales *"de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido", ex* artículo 1.7. En consecuencia, se reconoce la existencia de lagunas y se impone la obligación de resolver sin salir del sistema de fuentes para hacerlo, sin acudir a un tercero, como competencia de jueces y tribunales, sin que puedan éstos buscar apoyo fuera del sistema, más allá de la jerarquía abstracta de las fuentes del Derecho.

En la doctrina civilista imperó siempre la tesis sobre cómo la interpretación de las normas jurídicas carece, en el Código Civil, de carácter normativo. Y, así, los criterios de interpretación son reglas que no pueden quedar sometidas a normas jurídicas. Es la doctrina, pero no la ley la que marcará el contenido de la función de interpretación. Quizá por influencia de Savigny la interpretación genuina es la doctrinal y los criterios de interpretación no pueden reducirse a reglas. De hecho, se entiende que el artículo 3.1 Cc, en el que se contienen los elementos de interpretación, enuncia, más que una norma, una mera hipótesis, una solución a un problema. Y lo mismo ocurre con los principios del Derecho que no se consideran normas sino propiedades del Derecho en tanto su naturaleza informadora establece una relación informativa del Derecho [*"Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico", ex* artículo 1.4 Cc] podría alterar esta tesis inicial, por cuanto el juez sólo puede aplicar normas jurídicas, dedicándose el Capítulo II del Título Preliminar del Código Civil a la "aplicación de las normas jurídicas". Cabe también entender que no se trata de normas, pero sí de Derecho [DT 13. Cc *"los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento"*].

III. NO ES UN VESTIGIO DEL PASADO, ES UNA PUGNA DE PRESENTE

1. Ante la deficiente técnica normativa que abunda en nuestros días, la aplicación por los jueces no querida por el legislador ha conducido a "resucitar" la tesis de la interpretación auténtica

de la norma. Forma parte del ideario actual la recuperación de la "división de poderes", quizá por intereses partidistas o partidarios.

El caso más paradigmático no es laboral pero sí actual. La Ley Orgánica 10/2022, 6 de septiembre, BOE, 7 de garantía integral de la libertad sexual (conocida popularmente como la "Ley de sólo sí es sí") introduce en su Disposición Adicional Cuarta una reforma del Código Penal que, entre otras modificaciones, contiene la tipificación y las penas de los delitos contra la libertad sexual. La redacción ha generado una polémica importante porque los tribunales están rebajando condenas en virtud de la aplicación de la norma más favorable al reo. Y, en este contexto, y aprovechando una nueva reforma ["Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso"] se ha optado por introducir una modificación de la Exposición de Motivos de aquella otra Ley Orgánica 10/2022 para evitar una interpretación y aplicación con la que no está conforme el legislador. En este sentido, la enmienda recoge el siguiente texto: *"Se modifica la exposición de motivos en el apartado: V párrafo: 59, que queda redactado como sigue: Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las tres disposiciones transitorias reproducen las disposiciones transitorias de otras Leyes Orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta Ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código penal y de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica 10/1995. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española"*.

Al margen de la crítica que puede suscitar una redacción como la transcrita, constituye una manifestación palmaria de la intención del legislador de influir en la función judicial. Y, aun cuando con su aprobación se pretende aportar una "interpretación auténtica" que obligue a los jueces, la intención no deja de ser baldía. En primer lugar, porque desde el momento en que la norma entró en vigor (a los treinta días de su publicación), los efectos de la misma se produjeron sobre aquellos sujetos en los que cupiera la revisión de condena como consecuencia de esta reforma del Código Penal. Es decir, la *norma penal más favorable* ya "colapsó" en el tiempo, en un instante, en los destinatarios de la misma, sin que pueda ser eliminada retroactivamente por norma correctora posterior. En segundo término, porque, en todo caso, la eficacia de esta modificación introducida en la Exposición de Motivos alcanzaría tan sólo a aquellos supuestos que se produjeran a partir de su aprobación y entrada en vigor. Esto es, la "nueva" Exposición de Motivos tiene lugar en el tiempo, en su tiempo, el día de su publicación en el BOE y es a todos los efectos una norma penal menos favorable que la norma penal posible que la precedió en el tiempo. Sólo posible porque, en efecto, la aplicación más favorable de la norma del "sólo sí es sí" no estaba postulada por la ley, sino que era sólo posible dentro de una de las interpretaciones judiciales posibles. Y en la medida en que fuera posible una *benigna interpretatio* de la norma penal que colapsó en el tiempo, esta posibilidad no puede ser arrebatada por ningún producto legislativo posterior. A todo ello hay que añadir que las Exposiciones de Motivos no constituyen norma sino una mera introducción a modo de presentación por parte del legislador cuya voluntad será la que se exprese en el texto normativo y no en su Exposición de Motivos. Ni tan siquiera sirven como indicación (incluso aunque se apunte que no es vinculante) que el legislador quiera dictar al juez. O, en otros términos, el juez no tiene que hacer caso al legislador que, en una Exposición de Motivos postergada en el tiempo, declara que la interpretación auténtica de aquella norma es ésta que ahora se publica.

Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este punto, analizando el valor interpretativo de las Exposiciones de Motivos en relación a la norma a la que preceden. Entre otras, la STC 90/2009 admite el valor de estos textos introductorios si bien excluye la posibilidad de considerarlos normas. Así, *"en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador, pues, conforme hemos reiteradamente afirmado, los preámbulos y los debates parlamentarios «constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas» (SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 7; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6; y también STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6). En efecto, aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, de 7 de abril, FJ 3.a). Por su parte los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13; 109/1998, de 29 de mayo, FJ 2; y 15/2000, de 20 de enero, FJ 7*)" (FJ 6).

La Exposición de Motivos o el Preámbulo de una ley describe los principios y la finalidad de la norma, pero no puede condicionar la interpretación posterior de la misma en su aplicación por los jueces. Se trata de una justificación normativa, de la razón que impulsa al legislador a introducirla en el ordenamiento jurídico, pero nada más. Esa es, de hecho, la intención que se recoge en el artículo 88 de la Constitución cuando dispone cómo *"los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados por una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos"*.

2. Mas existe otra perspectiva desde la que abordar la "interpretación auténtica" del legislador en las Exposiciones de Motivos. Su planteamiento político. Y, aquí, ya en el ámbito laboral y sólo a título ilustrativo, ha sido muy cuestionada la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2022, 22 de abril, BOE, 23, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal.

El Preámbulo de la norma recoge el siguiente texto. *"Nuestro constituyente definió el modelo de Estado español como social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político./ Justificado en la necesidad de equilibrar la desigual estructura en el ámbito laboral, el desarrollo posterior del artículo 37 de la Constitución se llevó a cabo en relación con el derecho a la negociación colectiva y a la adopción de las medidas de conflicto colectivo, así como con el desarrollo jurisprudencial, además de con el desarrollo de la libertad de sindicación estableciendo un sistema de relaciones laborales más democráticas para corregir la asimetría de las relaciones laborales preexistentes a 1978./ Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno./ La reforma laboral, que prácticamente excluyó la negociación colectiva de los trabajadores y que devaluó o directamente eliminó otros muchos de sus derechos, no pareció suficiente y por ello se reforzaron, con ataques directos, todas las medidas que exteriorizaron el conflicto, utilizando la legislación en vigor, como la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y el artículo 315.3 del Código Penal, en el corto plazo, y trabajando, en el medio plazo, para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno./Así, se ha aplicado la forma agravada de coacciones prevista en el artículo 315, apartado 3, del Código Penal, sobre la*

más atenuada de coacciones genéricas, aunque en la mayoría de los casos los hechos no puedan ser entendidos como violentos o coactivos y, en consecuencia, como un riesgo cierto para la integridad de las personas o de los bienes o instalaciones donde se desarrollan. Con esta aplicación de la ley se ha tratado de disuadir a los ciudadanos de ejercer su derecho a la huelga y, en consecuencia, su libertad sindical./ Si bien la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, vino a mitigar la respuesta punitiva de la ley, la misma no da una respuesta proporcionada, ni añade nada nuevo ni necesario atendiendo a la finalidad que la norma atendía. Por ello, el artículo 315.3 del Código Penal debe desaparecer de nuestro ordenamiento punitivo, toda vez que el genérico delito de coacciones ya protege de manera adecuada la libertad de no hacer huelga./ De otra parte, todas estas actuaciones no se ajustan ni a las previsiones de nuestro sistema constitucional ni a las obligaciones que tiene España como signataria de los distintos textos nacidos en la Organización Internacional del Trabajo./ Finalmente, han sido las razones antes expuestas y una forma de interpretación del delito, que amplió su aplicación en sentido contrario a cómo debería interpretarse teniendo en cuenta la doctrina constitucional existente sobre el mismo y el deber de todo intérprete de evitar que la interpretación de la norma disuada del ejercicio del derecho fundamental que limita, las que nos llevan a la necesidad de proponer la supresión de este precepto".

La tramitación de esta norma provocó la presentación de varias enmiendas a este texto. Destaca la del Grupo Parlamentario Popular [«*En 1995 fue aprobado el vigente Código Penal, que derogaba el de 1973. El nuevo Código fue denominado, ya en la época de su promulgación, como el "Código Penal de la Democracia". Dicho texto legislativo fue impulsado por un Gobierno socialista. Desde su redacción original, artículo 315 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), se recogieron distintos tipos delictivos relacionados con la libertad sindical bajo la rúbrica "De los delitos contra los derechos de los trabajadores". Al partido socialista la redacción original siempre le pareció adecuada; hasta tal punto fue así que durante las dos legislaturas de don José Luis Rodríguez Zapatero como Presidente del Gobierno, este artículo se mantuvo intacto. Nadie –ni siquiera el Partido Socialista– durante esos largos años tuvo inquietud por derogar dicho artículo. Ante la rigurosidad de las penas previstas en dicho precepto, tuvo que ser un Gobierno del Partido Popular el que impulsara una modificación del tipo delictivo y de sus penas, rebajando la duración de las mismas* […]». Este grupo no duda en considerar como "*infame una exposición de motivos que más parece un mitin de tres al cuarto que una exposición de motivos seria, como sería de esperar de un partido supuestamente serio…¿No le da vergüenza, señor ministro, presentar esto como una exposición de motivos en una ley?"*.

Y la del Grupo Parlamentario VOX con la intención de «*expulsar de lo que está llamado a ser la exposición de motivos de una ley orgánica (que, como señala Sala Sánchez, "constituyen la primera manifestación de la ley como fuente jurídica" y "se singularizan ostensiblemente del resto de normas que conviven con las leyes") valoraciones características del debate político y del sectarismo patológico, y en absoluto propias de una democracia saludable. Así, el texto original de esta proposición de ley declara que: "(...) desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en 2012, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno." No se reputa adecuado, así, que se contamine una iniciativa parlamentaria de carácter legislativo (y no político), que tras su aprobación se convertiría en una ley orgánica reguladora de un derecho fundamental, con afirmaciones como las expuestas. Menos adecuado aún es que ello lleve la firma del portavoz del Grupo Parlamentario que sustenta a un partido que ha ocupado, junto con el Partido Popular, el Gobierno durante la práctica totalidad de la democracia. Debe recordarse que, de aprobarse, esta proposición de ley se insertará en el ordenamiento jurídico español con el carácter de orgánica y se ocupará de la regulación de un derecho fundamental. No es el lugar para ajustar cuentas, para realizar discursos políticos ni para publicitar relatos"* (en ambos casos, en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 112-4, de 17 de febrero de 2021).

3. El círculo ilustrativo se cerraría con la presentación de Enmiendas a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y a la Ley Orgánica del Poder Judicial en la tramitación de una nueva reforma del Código Penal sobre delitos de sedición y malversación ["Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso", antes citada].

En el caso del gobierno de los jueces, se propone, entre otras cuestiones, modificar el artículo 599 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que, si se incumpliera la propuesta de nombramiento por mayoría de tres quintos de los dos Magistrados o Magistradas del Tribunal Constitucional cuya designación corresponde al Consejo General del Poder Judicial, se deberá seguir un nuevo procedimiento en el que, presentadas las candidaturas correspondientes por los miembros del Consejo *"se someta a votación de los vocales presentes, sin necesidad de un quorum mínimo y en votación única" la elección correspondiente. Cada vocal podrá votar a un único candidato o candidata "resultando elegidos los dos Magistrados o Magistradas que hayan obtenido un mayor número de votos"*. Y, por lo que se refiere a la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se propone, entre otras cuestiones, añadir un nuevo párrafo al artículo 16 de la misma para indicar cómo "*Los Magistrados o Magistradas propuestos por el Consejo General del Poder Judicial y por el Gobierno se renovarán cada nueve años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 159.3 de la Constitución. Si transcurridos nueve años y tres meses uno de estos dos órganos no ha realizado su propuesta, se procederá a la renovación de los dos Magistrados o Magistradas designados por el órgano que ha cumplido en tiempo su deber constitucional"*.

Asistimos en la actualidad a una lucha entre el poder legislativo –también el ejecutivo– y el judicial por el control de instituciones [Tribunal Constitucional o Consejo General del Poder Judicial] a través de fuerzas parlamentarias que no supone más que la intención de intervenir en la interpretación y aplicación normativa. Y, aun cuando materialmente pueda parecer que se ha abandonado la legitimación del legislador como único garante de la interpretación de la norma, en el fondo sigue prevaleciendo a través de estrategias más políticas que jurídicas que persiguen la misma finalidad: influir en la aplicación normativa.

IV. EL METATEXTO JUSTIFICANTE

El principio de *vetata interpretatio* tiene que sucumbir también porque el destinatario de esta prohibición, que es el juez, siempre puede "negar la mayor" y postular que él no está realizando interpretación alguna, sino que justamente aplica la norma en sus términos para lo cual sí es competente. Nadie puede contradecirle, salvo otro juez superior, que podrá hacer la misma consideración que el primero, cada uno enrocándose en su propio bucle mediante el privilegio de poder decir cómo han de interpretase sus palabras. Nadie puede dentro del sistema reprochar que se esté aplicando una norma por medio de una interpretación de la misma que al mismo tiempo quien reprocha no esté haciendo una interpretación de la norma cuya interpretación prohíbe. Nunca se sale del bucle de la interpretación en tanto se dé el caso de que cualquier juez puede afirmar que no está interpretando y que esta afirmación sólo pueda ser censurada por otro juez superior que afirme que el primero estaba interpretando pero que el segundo no lo está haciendo cuando estima el recurso contra la resolución del primero. Un bucle cuasi esquizofrénico. Bucle del cual sólo podría salirse con otra ilusión, que es la de proponer que el órgano supremo de la judicatura no sea una pieza del sistema judicial sino un apéndice del órgano soberano, un tribunal de casación como *curia palatina* que expresara la voz auténtica del legislador, que sólo pudiera efectuar interpretaciones "auténticas".

Tal intención resulta inviable porque el máximo órgano judicial nunca puede ser una agencia del órgano legislativo salvo que el sistema de elección y nombramiento de los jueces fuera un calco y una reproducción exacta del sistema de elección y nombramiento de los grupos parlamentarios del

órgano legislativo. En ese caso, el principio de *vetata interpretatio* vendría a significar que los jueces han de ser instancias políticas que dupliquen exactamente la composición y los intereses políticos del órgano legislativo. Pero ni siquiera Justiniano llegó tan lejos…

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: Borrajo Dacruz, E.: "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada", *Actualidad laboral*, nº 17, 2009, pp. 1 y ss.

Derecho vivo del trabajo, a propósito del despido de la trabajadora embarazada

Living Labor Law, in reference to the dismissal of a pregnant worker

José Luján Alcaraz
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia

Cita Sugerida: LUJÁN ALCARAZ, J.: "Derecho vivo del trabajo, a propósito del despido de la trabajadora embarazada", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 155-161

Resumen	Abstract
En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza una de sus obras publicada en el número 17 de la Revista Actualidad laboral del año 2009 titulada "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada".	In this paper included in the monographic tribute to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his works published in issue 17 of the "Actualidad Laboral" magazine in 2009 is analyzed, entitled "Vibrant Labor Law and Unified Jurisprudence: The Case of Pregnant Worker's Dismissal"

Palabras clave	Keywords
Despido; calificación judicial; trabajadora embarazada	Firing; judicial classification; pregnant worker

I. INTRODUCCIÓN

Vaya por delante el agradecimiento por la oportunidad que se me ofrece de participar en este recuerdo y homenaje a una figura señera de nuestro iuslaboralismo como ha sido el profesor BORRAJO DACRUZ. Aunque no fueron muchas las ocasiones en que pude disfrutar "en modo presencial", como ahora se dice, de su magisterio, su influencia en el seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia ha sido, como en las otras universidades, constante y efectiva. Tanto como puede serlo una cita que se repetía cada quince días durante muchos años; los quince días tomaba la llegada de cada nuevo ejemplar de *Actualidad Laboral*, la emblemática revista referencia para todos nosotros entre 1984 y 2014.

Para entender bien lo significaba la puntual recepción de la revista en los departamentos allá por los años ochenta y noventa del pasado siglo XX (y como ella, claro, la de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, de *Relaciones Laborales*, *Aranzadi Social*, *Documentación Laboral*, *Temas Laborales*, o la revista del ministerio en cada etapa competente en materia de trabajo y Seguridad Social, entre las más destacadas), conviene recordar que el moderno mundo digital en el que ahora vivimos solo empieza a tomar forma bien entrado ya el siglo XXI. Es verdad que el nacimiento de

Internet se suele fijar en 1983, año en que el Departamento de Defensa de los EEUU usó por primera vez el protocolo de comunicación en que se basa, pero también lo es que habría que esperar hasta el cambio de siglo para que se generalizara el uso de la red (un dato ilustra bien la idea: el primer navegador popularizado, el *Internet Explorer* de *Microsoft*, no comenzó a operar hasta 1996). Lo que quiero decir es que en aquellos tiempos predigitales la llegada periódica de las revistas era para quienes nos dedicábamos a la docencia y a la investigación jurídico laboral una especié de "maná", tanto más preciado cuanto más breve el lapso de tiempo entre entrega y entrega. Allí encontrábamos los artículos doctrinales que trataban asuntos de interés más cercano e inmediato, podíamos consultar la jurisprudencia y la legislación más actual antes incluso de que llegaran los cuadernillos sueltos de *Aranzadi* (que luego había que encuadernar en voluminosos tomos hoy en día decoran bibliotecas) y, sobre todo, teníamos la oportunidad única y especial de acercarnos al Derecho en su pura y real expresión en esa sección que el profesor BORRAJO acertó en llamar, quizá teniendo a IHERING *in mente*, *Derecho Vivo del Trabajo*[1].

El profesor PALOMEQUE ha explicado muy bien lo que significó esa sección de la revista y, sobre todo, lo que ella traducía de la concepción del Derecho del maestro que fue Efrén BORRAJO DACRUZ, una concepción practica del Derecho, casuística, al modo romano, que "ha atravesado su reflexión y su obra entera"[2].

II. COMENTARIO

II.1. Reflexiones sobre "Derecho y vida en el orden laboral" como marco conceptual para el análisis del caso

La particular entrada en el "Derecho vivo" que es objeto de comentario en esta breve página de homenaje versa sobre el tratamiento que la jurisprudencia unificada y constitucional venía dando al caso del despido de la trabajadora embarazada en el momento de su publicación, 2009[3]. En ella, el profesor BORRAJO realiza un repaso pormenorizado de la doctrina judicial y de jurisprudencia para concluir que la misma permitía en aquel momento conocer con suficiente claridad "el estado de la cuestión cuando se trata de embarazo y de despido de una trabajadora". Sin embargo, ese conocimiento de la realidad era para el profesor –en este, como en cualquier otro caso–solo un paso, absolutamente imprescindible, pero solo un primer paso, en el complejo proceso de construcción de un Derecho vivo, que es lo que verdaderamente ocupa su atención en este y tantos otros de sus ensayos: no tanto la solución jurídico positiva abstracta al caso del despido de la trabajadora embarazada, como subrayar la exigencia de que las normas y su interpretación judicial conformen un marco jurídico que ofrezca suficiente seguridad jurídica.

En este sentido, el maestro insiste nuevamente en ideas tantas veces defendidas. Vuelve a recordar que al jurista no le basta con el conocimiento preciso del tenor de la norma y de su interpretación judicial, sino que debe ir más lejos y alcanzar el "Derecho real con eficacia: (el) derecho vivo"[4]. El verdadero jurista, en efecto, debe preguntarse si su cabal conocimiento del "estado de la cuestión" sobre un problema concreto (aquí sobre el tópico "embarazo y despido de la trabajadora") es de igual grado al que posee "en cuanto a la doctrina que ha de darle solución; cómo incide en ello el hecho de que los "votos particulares" de las sentencias dejan abierta la decisión mayoritaria; y, sobre

[1] Jhering, R.V., *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (1884). Editorial Civitas, 1987 y, sobre todo, *El Derecho de la vida cotidiana* (1891). Tirant lo Blanch, 1993.

[2] Palomeque López, M.C. "El «Derecho vivo del trabajo» del profesor Efrén Borrajo Dacruz, in memoriam", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 90, 2022, pág. 2.

[3] Merece la pena destacar que, además de su publicación en el núm. 17 (2009) de *Actualidad Laboral*, el trabajo se publicó también el libro ofrecido al profesor Ramírez Martínez como homenaje con motivo de su jubilación: Garcia Ortega (Coord.), *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales,* Tirant Lo Blanch, 2009.

[4] Borrajo Dacruz, E., "Derecho vivo del Trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 0, 1984, pág. 5.

estos interrogantes, y dando por cierto que la acción de los tribunales debería ser predecible, rápida y ejecutable, ¿dónde y cómo se alcanza la razón suprema del Derecho positivo: la seguridad jurídica?[5].

Ello es así porque ese "acto político por excelencia" que es la producción de la Ley es "formalismo puro": "refleja una presunción que la vida real destruye cada día" toda vez que no es posible que la norma legal "cuente con las previsiones necesarias para afrontar la riqueza infinita de supuestos de la proteica, multiforme, plural, vida en sociedad"[6]. Supuesta la norma legal, la realidad operativa de los tribunales (deber de resolver, reglas sobre interpretación, equidad, analogía) hace ver que "las ventanas abiertas al Poder Judicial (Jueces y Tribunales) son tantas y tan grandes que constituyen puerta franca de entrada –y de salida– para que sus decisiones se integren plenamente, como una fuente más, en el ordenamiento jurídico"[7]. Y no solo eso: supuesta la distribución de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales y la articulación funcional de los órganos de cada jurisdicción, "las posibilidades de acción y reacción de los Jueces y Tribunales respeto del ordenamiento jurídico formal se multiplican". Y más todavía si se considera que existen hasta cuatro diferentes "Altos Tribunales" que "concurren entre sí en la función de fijar la interpretación unitaria de las normas laborales": Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos[8].

La conclusión, naturalmente, es que el "Derecho vivo" es algo que va mucho más allá del puro acto de poder ("acto político") en que consiste la producción del Derecho positivo. Que frente a la "presunción y vanidad del legislador", el propósito del Derecho es dar solución a problemas reales. Y que como, si la solución "no es segura, no es solución, el Derecho positivo se inscribe en una línea transaccional entre la justicia y la seguridad: sin seguridad jurídica no hay Derecho".

II.2. Embarazo y despido

Conocido el marco conceptual en el que el profesor BORRAJO quiere situar su análisis del caso del despido de la trabajadora embarazada, conviene recordar ahora, siquiera sea someramente, cuál era el estado de la cuestión de fondo en el plano normativo en el momento de la redacción del ensayo.

En 2009, el art. 55.5 b) ET establecía –de manera similar, aunque no idéntica, al actual precepto del mismo número y letra– que es nulo el despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión [por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural (…) o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período]"[9].

Esa redacción procedía en lo sustancial de la reforma ordenada en su momento por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, en lo que ahora interesa, aportaba como trascendente novedad la expresa

[5] Borrajo Dacruz, E., : "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada: El caso del despido de la trabajadora embarazada", *Actualidad laboral*, núm. 17, 2009, pág. 25.

[6] Borrajo Dacruz, E., *Ibídem*, pág. 2.

[7] *Ibídem*, pág. 3.

[8] *Ibídem*, pág. 4.

[9] Actualmente, el art. 55.5 b) ET, en redacción que resulta de las modificaciones operadas sobre su texto original de 2015, primero por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, y más recientemente por LO 10/2022, de 6 de septiembre, establece que es nulo el despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión [por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (…), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o (el notificado) en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos] (…)". Naturalmente, "salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados" (art. 55.5 *in fine* ET).

consideración legal como nulo del despido de la mujer trabajadora por el mero hecho de estarlo, aunque con posibilidad para el empresario de acreditar que la decisión extintiva obedecía a motivos reales ajenos al hecho del embarazo y, por tanto, que era jurídicamente era procedente. Matiza, no obstante, el profesor BORRAJO que a la misma conclusión (el despido de la trabajadora embarazada o es procedente o es nulo) "se llegaba tradicionalmente con la puntual aplicación del principio de igualdad o, mejor, de la proscripción de las discriminaciones por razón de sexo, ya que el embarazo en los seres humanos es un estado propio –exclusivo– de la mujer"[10].

Sea como fuere, esta "garantía de indemnidad"[11], aplicable también al despido por causas objetivas (art. 53.4 ET), y con correlato procesal en los arts. 108.2 y 122.2 LJS, supuso un avance normativo de gran importancia desde el punto de vista de la función tutelar del Derecho del Trabajo y, particularmente, para la promoción y defensa del valor de la igualdad entre mujeres y hombres desde sus instituciones[12]. Pero también dio lugar a encendidos debates doctrinales y jurisprudenciales sobre su exacta interpretación y aplicación y, en relación con ellas, sobre la certeza y seguridad que deben proporcionar las normas jurídicas.

Como recuerda el profesor BORRAJO, para "interpretar la nueva regla legal se pudo seguir una línea tradicional, y entender que el embarazo de la trabajadora tan sólo acarreaba la nulidad si había sido el factor desencadenante del despido; es decir, se presuponía que la empresa había tenido conocimiento previo de tal estado; y que era éste, la causa del despido"[13]. Sin embargo –y pese a que la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, considera "trabajadora embarazada" aquella "que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"–, también cabía una interpretación distinta según la cual la ley española de 1999 había venido a incorporar una mejora normativa conforme a la cual el hecho de que la empresa tuviera o no conocimiento del embarazo en el momento de acordar el despido era completamente irrelevante (así STSJ Cataluña 18 junio 2001).

Sería la STS de 26 febrero 2004 (RCUD 2569/2003) la primera resolución de ese órgano judicial en conocer de este conflicto interpretativo. Y lo hizo de manera un tanto matizada toda vez que, en un caso en el que estaba acreditado en los hechos probados que el titular del poder disciplinario sí conocía el estado de embarazo de la trabajadora despida, vino a considerar *obiter dicta* que "con la redacción actual del artículo 55.5.º (ET) se da a entender que, en todo caso, el despido de una mujer embarazada que no se llegue a declarar procedente, debe ser calificado de nulo, pues eso es precisamente lo que se desprende de la lectura del precepto mencionado".

Con ello, sin embargo, no quedó zanjado el debate. Antes bien, como con agudeza observara BORRAJO, el mismo no había hecho más que empezar, extendiéndose, además, a otras cuestiones más generales y alejadas, por tanto, del caso concreto para ofrecer así una "una experiencia aleccionadora al jurista que busque el Derecho vivo del trabajo": "a) ¿cuándo se puede entender que hay doctrina casacional unificada?; b) ¿hasta dónde llega el área de la legalidad frente al espacio jurídico propiamente constitucional?; c) ¿cuál es el grado de vinculación que alcanza la doctrina casacional respecto de la estrictamente judicial (de instancia y, en especial, de suplicación)?"[14].

[10] *Ibídem*, pág. 5.

[11] Sáez Lara, C., "La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Políticas públicas y marco normativo", Moya Amador, R. (Dir.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016, pág. 203.

[12] Entre otros autores, puede verse sobre estas cuestiones, Cámara Botía, A., "El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pp. 269 y ss. También, Gil Plana, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas, 2011.

[13] *Ibídem*, pág. 6. En la jurisprudencia constitucional esa es la tesis sostenida por SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 23 enero. Ambas enjuician supuestos de hecho anteriores a la reforma de 1999.

[14] *Ibídem*, pág. 7.

II.3. El difícil ajuste de la doctrina jurisprudencial

El *iter* judicial del caso "despido de trabajadora embarazada" es un buen ejemplo del Derecho vivo del Trabajo. En un primer momento, en efecto, el Tribunal Supremo, corrigiendo el vector lanzado *obiter* en 2004, se inclinó por entender que "la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del art. 55.5.b ET . Este precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal iuris et de iure (art. 385.3 LEC) del móvil discriminatorio".

Tal fue el pronunciamiento de la STS de 19 julio 2006 (RCUD 1452/2005) al conocer del despido de una trabajadora producido en un momento en que quizá ni siquiera ella misma conocía su estado de embarazo (la primera visita al especialista se produce cuatro semanas después de la comunicación del despido, encontrándose la trabajadora en la séptima semana embarazo)[15]. Para el Tribunal Supremo, la razón principal que sustenta su postura es que "la Ley 39/1999 concibe dicha calificación como un supuesto particular de "despido discriminatorio", ésto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares (…) Parece claro que el presupuesto de que un despido sea "motivado" por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación. Siendo ello así, la tesis de la "nulidad objetiva" del despido por embarazo, que por hipótesis prescinde del móvil de la decisión extintiva, no se ajusta a la finalidad de la norma expresa e inequívocamente formulada en la parte expositiva de la Ley. La configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de "despido discriminatorio" conduce, por tanto, a una construcción sistemática del art. 55.5. ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales. El párrafo inicial contiene la regla general en la materia, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican y modalizan la regla general en supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable a la trabajadora". Pero es que, además, "la exigencia de este requisito se ajusta plenamente al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), siendo así que, como glosa BORRAJO, "no hay seguridad jurídica sin certeza y ésta es reconocimiento claro y seguro de algo". Frente a ella, la tesis de la nulidad objetiva del despido por embarazo "se hace depender del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada"[16].

Sin embargo, la sentencia vino acompañada del voto particular de dos magistrados, al que se adhirieron otros cinco, donde se concluye que "una interpretación literal del artículo 55-5 b) ET lleva a la conclusión de (…) que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación, pues los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el segundo".

El criterio de las dos sentencias del Tribunal Supremo de 19 julio 2006 fue reiterado por otras del mismo tribunal, si bien alguna de ellas volvió a incorporar un voto particular [(STS 29 febrero 2008 (RCUD 657/2007)]. Y también, lógicamente, por resoluciones dictadas por las salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Extrañamente, sin embargo, y casi como para dar todavía más la razón al profesor BORRAJO en sus planteamientos acerca del Derecho vivo del Trabajo, algunas de estas salas optaron por apartarse de la doctrina unificada para insistir, con los votos particulares de las sentencias del Tribunal Supremo, en el carácter automático de la nulidad del

[15] Otra resolución de la misma fecha STS 19 julio 2006 (RCUD 387/2005) conoce del caso de una trabajadora despedida dos días antes de la realización del test de embarazo con resultado positivo. Los razonamientos y el fallo son similares. Y también lo es el voto particular.

[16] *Ibídem*, pág. 9.

despido de la trabajadora embarazada[17]. Y todavía más razón vendría a darle la STC 92/2008, de 21 de julio, en su recurrente alegato sobre la necesidad proporcionar seguridad jurídica en la práctica del Derecho.

Recaída en un supuesto en el que la afirmación empresarial acerca del desconocimiento del estado de embarazo sirve tanto al Juzgado de lo Social como al Tribunal Superior de Justicia para rechazar la pretensión de nulidad del despido, el recurso de amparo permite al Tribunal Constitucional abrir un debate que solo en apariencia –recuérdense los votos particulares– había cerrado el Tribunal Supremo[18].

Es cierto que, como la propia resolución señala, el mismo Tribunal previamente había "considerado que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido". Sin embargo, ante la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, al art. 55.5 su postura es ahora que "nada en el (nuevo) art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo".

Además de otros reproches que pudieron hacerse en su momento, quizá el mayor flanco abierto de esta resolución fuera que, al reconocer "que la Constitución admite otras medidas de protección de la trabajadora embarazada, pero hay que acatar la elección del legislador", el Tribunal asume una "posición relativizadora sobre la incidencia de la opción legislativa en el canon de constitucionalidad (que) ofrecerá una base firme para la opinión disidente del Voto particular de la posterior STS (4.ª), de 16 de enero de 2009 (RCUD 1758/2008)". Aparte de que "la exclusión de esta medida de protección del embarazo del cuadro de acciones discriminatorias por vulneración de derechos fundamentales, podría dar base para una fortísima limitación en cuanto a las indemnizaciones que se pueden sumar a las legales ordinarias en caso de despido discriminatorio"[19].

En efecto, aunque la STS de 17 octubre 2008 (RCUD 1956/2007) asumió de inmediato el cambio de doctrina postulado por la STC 92/2008, la de 16 de enero de 2009 (RCUD 1758/2008), sin perjuicio de hacerlo también, incorporó un voto particular[20] en el que en esencia se vino a sostener que, "por un lado, la (STC 92/2008) invade la competencia de formación de la doctrina unificada en el ámbito de la legislación laboral (que corresponde al Tribunal Supremo); (y), por otro lado, (que dicha resolución) debía delimitar la fuerza vinculante de la doctrina en ella establecida (...) a los supuestos de despido de trabajadoras

[17] Así, STSJ Cataluña 17 enero 2008 (rec. 6805/2007).

[18] Conviene notar que el recurso de amparo que da pie a la sentencia constitucional se presenta contra una sentencia del Tribunal Supremo anterior a las de 19 de julio de 2006, la STS de 29 de marzo de 2006 (RCUD 954/2005), que no llegó a entrar el fondo del asunto al entender que no existía contradicción entre la sentencia recaída en el recurso de suplicación y la aportada como contradictoria.

[19] *Ibídem*, pág. 16. Respecto de esta crítica, basta con señalar todavía se suscitan dudas, como es de ver en STSJ Cataluña 21 junio 2021 (Rec.1926/2021) y STSJ Madrid 18 junio 2021 (Rec. 286/2021), entre otras.

[20] El autor del mismo fue el magistrado y catedrático Antonio Martín Valverde, ponente en las SSTS de 19 julio 2006 y que no pudo plantearlo a la STS 17 octubre 2008 al no formar parte de la Sala.

embarazadas con embarazo perceptible (como era el caso por ella analizado)". Además, y para complicar todavía más el panorama, la otra STS de 19 julio 2006 (RCUD 1452/2005) también fue recurrida en amparo, permitiendo una nueva intervención del Tribunal Constitucional, protagonizada por la STC 124/2009, de 18 mayo. Aparte otras cuestiones, esta última resolución incide sobre dos asuntos capitales, la posible colisión competencial entre el Tribunal Supremo y el Constitucional, afirmándose que éste "puede conocer sobre la interpretación que de una Ley realice el Tribunal Supremo si se trata de un precepto legal que sirve para garantizar la efectividad de un derecho fundamental cuestionado"; y la cuestión de fondo, respecto de la que reitera la doctrina ya conocida de STC 92/2008.

En fin, el mejor colofón a esta particular batalla dialéctica entre tribunales lo ponía en el momento en que el profesor BORRAJO redactó su trabajo una curiosa singularidad de la STC 124/2009: el hecho de que su ponente se viera obligado "dada su posición procesal, a expresar sobre el caso el parecer de la Sala, pero no el suyo propio. De ahí que presente y desarrolle una argumentación en contrario en un Voto particular"[21]. Dicho voto, en fin, insiste tanto en la necesidad de deslindar convenientemente las competencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como, respecto del fondo, en la exigencia del conocimiento previo del empresario del estado de embarazo en el art. 55.5 ET.

III. CONSIDERACIONES FINALES

"Perplejidad y bases para la recapacitación" es la rúbrica del último de los apartados del ensayo comentado. Su conclusión o reflexión final. Y, desde luego, está muy bien traída. A lo largo del mismo hemos podido asistir en primera fila a una suerte de espectáculo o juego de prestidigitación en el que, usando como tópico una concreta institución laboral, en este caso el despido de la trabajadora embarazada, aunque podría haber sido cualquier otra, el profesor BORRAJO nos revela la naturaleza viva y dinámica del Derecho del Trabajo; un ir y venir de argumentos y criterios; de fallos y votos particulares. Desde la inicial exigencia del conocimiento previo empresarial como requisito de la nulidad del despido, al criterio constitucional que postula la nulidad objetiva y automática del mismo; y, desde ahí, el cambio de doctrina casacional unificada y luego su reafirmación constitucional. Y también hemos comprobado, mal que le pesara al profesor BORRAJO, la natural inseguridad de la realización práctica del Derecho que tanto dificulta su función ordenadora de la vida que se vive en sociedad. Una clase magistral al cuidado de un verdadero maestro del Derecho impartida desde esa cátedra que siempre fue *Actualidad Laboral*.

Antes de concluir, y a modo de coda, basta con añadir que la "perplejidad" se mantuvo durante algunos años más tiempo después. Sobre todo, una vez que STC 173/2013, de 10 de octubre, al tiempo que reafirmaba en la doctrina de las SSTC 92/2008 y 124/2009, entendía que la misma no era aplicable al nuevo caso llevado ante el tribunal por no tratarse de un despido, sino de la "extinción del contrato laboral durante el período de prueba". Por lo demás, todavía hoy, en 2022, el despido de la trabajadora embarazada sigue originando una importante litigiosidad, como es de ver en cualquier repertorio o base de datos de jurisprudencia y doctrina judicial[22].

[21] *Ibídem*, pág. 21.

[22] Entre las más recientes, pueden verse SSTS 9 diciembre 2021 (RCUD 3340/2019), 11 enero 2022 (RCUD 2099/2019), 18 mayo 2022 (RCUD 4088/2022).

Laborum

Parte III: La protección social en la obra de Efrén Borrajo Dacruz

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", *Economía y sociología del trabajo*, nº 3, 1989 (Ejemplar dedicado a: La protección social), pp. 12-36.

El derecho de la Seguridad Social como derecho vivido por el profesor Borrajo Dacruz. A propósito de su artículo titulado «de la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la constitución»

The right to social security as a lived right by Professor Borrajo Dacruz. On the occasion of his article entitled 'From social foresight to protection in Spain: historical and institutional foundations until the constitution'

ALBERTO ARUFE VARELA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A.: "El derecho de la Seguridad Social como derecho vivido por el profesor Borrajo Dacruz. A propósito de su artículo titulado «de la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la constitución»", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 165-169

Resumen

Este trabajo analiza un artículo del profesor BORRAJO DACRUZ sobre la historia del Derecho español de la Seguridad Social, concluyendo que este Derecho fue para él más un Derecho vivido, que un Derecho meramente vivo.

Abstract

This paper analyzes an article by professor BORRAJO DACRUZ on the history of Spanish social security law, concluding that this law was for him a lived law, more than a merely living law.

Palabras clave

Constitución de 1978; Derecho de la Seguridad Social; España; historia; sostenibilidad

Keywords

Constitution of 1978; social security law; Spain; history; sustainability

I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO

Este artículo del profesor don Efrén BORRAJO DACRUZ –a quien conocí personalmente por vez primera aquí, en Galicia, un año antes de doctorarme, con ocasión de la celebración en las ciudades de A Coruña y Santiago de Compostela del segundo de sus «Xacobeos laborales»[1], y de quien guardo un recuerdo extraordinario, pues siempre me trató con afecto no sólo en esa primera ocasión, sino

[1] Mi contribución en él fue «Reflexiones acerca de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito del deporte profesional», en Efrén BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999), pp. 147-154.

también en otras sucesivas (Madrid y sus «Jornadas Mindanao», de nuevo sus «Xacobeos laborales», así como en Sevilla), en que pudimos charlar de tú a usted (don Efrén me llamaba «Arufe»), breve y cordialmente– constituye, en realidad, la segunda edición ampliada de otro artículo suyo publicado al finalizar la que podría llamarse «etapa política» del profesor BORRAJO DACRUZ, según confiesa nuestro homenajeado en el extraordinario apéndice bibliográfico final del artículo que estoy recensionando [literalmente, «"Génesis y desarrollo del Derecho social del Trabajo", en 1, *Boletín del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos*, 1976 (que recoge parte de la sistemática y de los datos, hasta la fecha de su edición, sobre tema similar al del artículo que ahora se publica)»][2]. Este último se publicó en el número 3 de la entonces recién creada *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, con el título –en el que parece existir una errata– «De la previsión social a la protección [*sic*; *rectius*, protección social] en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución», resultando ser un artículo muy denso, pues su contenido se extiende a lo largo de veinticinco páginas, sin aparato al pie, las cuales aparecen escritas –de ahí su mayor densidad– a doble columna[3]. Hay que suponer que se trataba de una revista entrañable para el profesor BORRAJO DACRUZ, pues formaba parte de la continuidad diversificada de la muy linajuda *Revista de Trabajo*, siempre dependiente del Ministerio homónimo, pareciéndome oportuno recordar ahora que la revista en que publicó dicho artículo don Efrén volvió a transformarse en 1997, tras la publicación de su número 29-30, siendo recogido su testigo por la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, sección de *Economía y Sociología* (que, por cierto, acaba de volver a transformarse, en 2021). En realidad, se trata de un artículo de contenido histórico, dividido en tres grandes partes (cfr. *infra*, 2, 3 y 4), más un epílogo prospectivístico (cfr. *infra*, 5). Como valoración de conjunto, yo indicaría que todas estas porciones acreditan que el Derecho español de la Seguridad Social, para el profesor BORRAJO DACRUZ, fue más que un Derecho meramente vivo, un auténtico Derecho vivido por él.

II. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN EL ARTÍCULO

Lo que el artículo denomina «La etapa de la previsión social (1900-1963)»[4] coincide, en lo vital, con la prestación de servicios profesionales del profesor BORRAJO DACRUZ, primero, como funcionario del Instituto Nacional de Previsión durante más de un lustro, y luego, a partir de 1961, como catedrático de nuestra disciplina en la Universidad Literaria de Valencia. Todo lo resume nuestro autor afirmando que «hay … en la génesis y desarrollo de la primera etapa de previsión social obligatoria más *azar* que *plan*»[5], y que «el legislador de la segunda etapa, entre 1938 y 1963, tuvo que operar dentro del *condicionante de una herencia recibida*»[6] (casi parafraseando a Albert EINSTEIN, también afirma, pero a propósito del conjunto de la legislación española de seguridad social, que su devenir histórico «de acuerdo con el viejo principio de la sociología más empírica de que *en el orden social nada se crea nuevo ni nada desaparece, sino que simplemente se congela o se transforma*, la solución alcanzada, en último término, fue una solución ecléctica de superposición de instituciones»)[7]. La exhaustiva y divertida exposición que hace de esta etapa de «previsión social» (siempre vinculada a nombres propios, incluido el de Largo Caballero)[8] está presidida por su afirmación de tratarse de una etapa que ofrece una «seria lección a los amantes apasionados de la simple letra del BOE»[9]. Es un período que concluye con un broche de oro, relativo a la promulgación de la Ley del seguro nacional de desempleo, con su novedad trascendental de «la adopción de la fórmula de la *automaticidad*

[2] Véase Borrajo Dacruz, E., «De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3 (1989), pág. 35.
[3] *Ibidem*, pp. 12 a 36.
[4] Pág. 13.
[5] Pág. 14.
[6] *Ibidem*.
[7] Pág. 17.
[8] Cfr. pág. 15.
[9] Pág. 19.

de las prestaciones, que separaba radicalmente el reconocimiento y satisfacción del derecho a la prestación del cumplimiento efectivo de las obligaciones a cargo de la empresa (afiliación, alta y pago de cuotas)»[10]. El maestro don Manuel ALONSO OLEA, tan poco amigo de realizar halagos gratuitos, reconoció por escrito que el pionero doctrinal español en la identificación y estudio de este principio, en su clásica monografía de 1962 titulada *Estudios Jurídicos de Previsión Social*[11], fue nuestro homenajeado de hoy [literalmente, «fue justamente en el seguro de desempleo (en la Ley de 1961) donde por primera vez se instauró este principio, sin intermedio de fondo de garantía, como se puso de relieve por E. BORRAJO: *El principio de automaticidad de las prestaciones en el Seguro Nacional de Desempleo,* en "Estudios jurídicos …", cit., pp. 209 y sigs.»][12].

III. LA PRIMERA Y LA SEGUNDA LEYES GENERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN EL ARTÍCULO

Por continuar refiriéndome a lo vital, esta segunda etapa marcada por la promulgación de las dos primeras Leyes Generales de la Seguridad Social, coincide con el acceso de don Efrén BORRAJO a su cátedra de la Universidad Complutense, poco después de entrar en vigor la primera Ley General de la Seguridad Social de 1966, así como con su nombramiento como Director General de Promoción Social por el entonces Ministro del ramo de trabajo, Sr. Licinio DE LA FUENTE Y DE LA FUENTE, un lustro antes de la promulgación de la segunda Ley General de la Seguridad Social de 1974. Respecto del detallado estudio crítico que efectúa en este artículo de la Ley de 1966, a mí me ha impresionado profundamente su afirmación –que parece intemporal– de que «*las heridas del trabajo, como las lesiones de guerra, suscitan y merecen trato especial*»[13]. Los colegas alemanes catedráticos de Derecho de la Seguridad Social estarían totalmente de acuerdo con ella, sobre la base de que el Código alemán de Seguridad Social posee Libros separados y autónomos, de un lado, para el seguro social de accidentes de trabajo (se trata de su Libro Séptimo, promulgado en 1996), y de otro lado, para los derechos de seguridad social derivados de daños extraordinarios, como los producidos por la guerra (que trata en su Libro Decimocuarto, promulgado en 2019, aunque el grueso de su contenido entrará en vigor en 2024)[14]. En lo tocante a su paso como alto cargo del Ministerio de Trabajo, entre 1969 y 1975, el artículo contiene un conjunto de párrafos concatenados, que considero extraordinariamente significativos. En ellos, nuestro homenajeado afirma todo lo siguiente: 1) «la L[ey de]F[inanciación y]P[erfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social] de 1972 comprometió al Estado a una aportación creciente para reducir la carga de la financiación que, por el sistema de cuotas empresariales y obreras, pesaba gravemente sobre la economía de las empresas y, al iniciarse la crisis económica, empezaba a afectar seriamente a su capacidad de empleo»[15]; 2) «se recogía así la directriz que presidía la acción de gobierno del equipo que había llegado al Ministerio de Trabajo en 1969»[16]; y 3) «hasta entonces las subvenciones estatales al sistema de Seguridad Social representaban, en tantos por cientos del Presupuesto, 1,80 en 1967; 1,96 en 1968; en 1969 se elevó a 3,60 y en 1972 ya fue del 3,89; en cifras absolutas se pasó de los 3.843,3 millones de 1967, y de los 4.662,9 millones en 1969, a 9.797,3 millones en 1969 hasta alcanzar 16.334,6 millones en 1972»[17].

[10] Págs. 16-17.

[11] Aguilar (Madrid, 1962), 217 pp.

[12] Véase Alonso Olea, Manuel y Tortuero Plaza, José Luis, *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Civitas (Madrid, 2000), pág. 248 y nota 245. La afirmación en cuestión constaba ya en Alonso Olea, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1967), pág. 127 y nota 7.

[13] Pág. 22.

[14] Sobre el tema, véase Brecht-Heitzmann, Holger, «La nueva regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021), pp. 45 y ss.

[15] Pág. 24.

[16] *Ibidem*.

[17] *Ibidem*.

IV. LA CONSTITUCIÓN Y LA POLÍTICA DE ENTONCES, EN EL ARTÍCULO

Retirado ya de la política, la tercera y última etapa analizada en este artículo de nuestro homenajeado, coincide con una nueva plenitud académica suya, muy marcada por el nacimiento de la revista *Actualidad Laboral*, que pasó a dirigir desde el año 1984. En esta porción del artículo, hay una referencia crítica a la relación existente entre partidos políticos y seguridad social. Así, afirma a dicho respecto lo siguiente: «En la etapa de la transición democrática, antes y después de la entrada en vigor de la nueva Constitución española, la Seguridad Social pasó a ser uno de los temas centrales del debate nacional. La crisis económica, por un lado, y las distintas ideologías políticas, por otro, cuestionarán la obra de las etapas anteriores que, muy pronto, se presentó como una parte más de la "herencia franquista", con lo que se creó un prejuicio que ha frustrado, en buena medida, las bases mismas de dicho debate»[18]. Insistiendo sobre lo mismo, afirma un poco más adelante que «los programas de los partidos políticos, al calor de la contienda electoral, han sido más voluntaristas que racionales»[19], así como que «la gran oportunidad que brindó el Acuerdo Nacional de Empleo (ANE), a partir de 1981, se frustró, pues la Comisión Tripartita *quiso obtener acuerdos entre las representaciones económico-sociales, lo que es un empeño imposible por la propia fuerza antagónica de sus intereses*»[20], de manera que «los grandes partidos políticos fueron soslayados, y el intento se saldó con un fracaso que ha dejado tras de sí un hondo y ancho escepticismo sobre la viabilidad de tal empresa»[21]. A mí, todas estas afirmaciones del profesor don Efrén BORRAJO me parecen premonitorias de lo que luego acabaría ocurriendo. El artículo no relata ese futuro luego inexorable, pues recuérdese que este trabajo doctrinal lleva fecha de 1989. En mi opinión, no es descartable que seis años después nuestros políticos tuviesen en mente las citadas palabras de nuestro homenajeado, cuando procedieron a estipular –con la finalidad de alejar la seguridad social del calor del debate político electoral– la primera versión del año 1995 del popularmente llamado «Pacto de Toledo»[22].

V. EL EPÍLOGO PROSPECTIVÍSTICO DEL ARTÍCULO

Reafirmándome en que para el profesor BORRAJO DACRUZ el Derecho de la Seguridad Social fue Derecho vivido por él, creo que posee un extraordinario interés, a la vez vital y doctrinal, el epígrafe con el que concluye este artículo. Dicho epígrafe, titulado «Cuestiones abiertas y líneas de tendencia ante la reforma postconstitucional», liga estrechamente con el comienzo del propio artículo, allí donde don Efrén se refiere a la necesidad de «entender las dificultades, limitaciones y tropiezos que está encontrando el desarrollo de la nueva Constitución en la construcción de un Sistema de Protección Social proyectado en sus efectos para los beneficiarios de los años 2000; sobre todo, si se trata de pensionistas»[23]. En esta parte final de su trabajo, nuestro homenajeado le plantea hasta siete «cuestiones abiertas» al legislador ordinario. Y entre ellas, creo que merece ser especialmente reseñada la sexta, por referirse explícitamente al tema capital de la sostenibilidad de nuestro sistema de seguridad social. Dicha inquietante «cuestión abierta» aparece planteada por don Efrén BORRAJO DACRUZ, con toda acribia, en los siguientes términos literales: «Adecuación de la financiación a la naturaleza y alcance de las prestaciones sociales, de modo que el principio contributivo se refiera preferentemente a las pensiones (y, dentro de éstas, a las de base sectorial o profesional), mientras que el principio asistencial, con cargo a presupuestos generales del Estado o a los fondos propios de los entes territoriales, domine en la acción protectora por desempleo y asistencia sanitaria; la ayuda

[18] Pág. 26.
[19] Pág. 27.
[20] *Ibidem*.
[21] *Ibidem*.
[22] Sobre el tema, véase Martínez Girón, Jesús, Arufe Varela, Alberto y Carril Vázquez, Xosé Manuel, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 43.
[23] Pág. 13.

familiar, multiplicada por un alto factor de mejora para evitar las ridículas cuantías actuales, tendrá que ser decidida en los mismos términos»[24].

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M., *Instituciones de Seguridad Social*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1967).

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Civitas (Madrid, 2000).

Arufe Varela, A., «Reflexiones acerca de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito del deporte profesional», en Efrén BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1999).

Borrajo Dacruz, E., *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar (Madrid, 1962).

Borrajo Dacruz, E., «Génesis y desarrollo del Derecho social del Trabajo», *Boletín del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos*, núm. 1 (1976).

Borrajo Dacruz, E., «De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3 (1989).

Brecht-Heitzmann, H., «La nueva regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania, a través de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XIII (2021).

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

[24] Pág. 34.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "El nacimiento del Derecho del trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902". *Actualidad laboral*, nº 1-2, 2002, pp. 165-188.

El profesor Borrajo Dacruz, historiador. A propósito de su articulo sobre «El nacimiento del Derecho del trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902»

The Professor Borrajo Dacruz, a historian. On the occasion of his article on 'The Birth of Labor Law: The Ideological Debate and the Social Situation in Spain in 1902'

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "El profesor Borrajo Dacruz, historiador. A propósito de su articulo sobre «El nacimiento del Derecho del trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902»", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 171-175

Resumen	Abstract
El trabajo aquí analizado del profesor BORRAJO DACRUZ acredita que fue un historiador jurídico extraordinario, pues data en él el origen del Derecho español del Trabajo, aplicando sin mácula el denominado método histórico-critico de análisis histórico.	The work by professor BORRAJO DACRUZ here analyzed proves that he was an extraordinary legal historian, because he dates in it the origin of the Spanish labor law, app. ying in a flawless way the so-called historical-critical method for the analysis of the history.

Palabras clave	Keywords
Origen del Derecho del Trabajo; método histórico-crítico; 1902	Origin of labor law; historical-critical method; 1902

I. LA OCASIÓN ORENSANA DEL ARTÍCULO

En la densa producción científica del profesor BORRAJO DACRUZ, cabe razonablemente imaginar que el artículo de revista suyo, publicado en su revista *Actualidad Laboral* y titulado «El nacimiento del Derecho del Trabajo: El debate ideológico y la situación social en la España de 1902»[1], fuese un escrito redactado con mimo especial, vista la única nota a pie de página que contiene, en la que se relata la ocasión justificadora de la realización de este trabajo histórico tan sugestivo. Dicha nota contextualizadora afirma lo siguiente: «El texto recoge la Lección especial pronunciada en uno de los actos de mi nombramiento como Miembro de Honor del Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho (Orense-Vigo; día 18 de enero de 2002). Se mantiene el estilo de la exposición oral que estaba dirigida, en buena medida, a profesionales y alumnos de distintas Facultades». Recuerdo muy

[1] Núm. 9 (2002), pp. 165-188.

bien ese día y el acto, pues yo asistí al mismo, sentado con otros colegas gallegos en un inmenso salón del campus orensano de la Universidad de Vigo, a rebosar de público. El profesor BORRAJO DACRUZ nos comentaba luego su emoción. Se sentía más que nunca en su tierra, recordándonos que había nacido en la localidad de Xunqueira de Ambía, en la provincia de Orense, y que había estudiado el bachillerato en el instituto de la capital de la propia provincia orensana. Nos comentó, también, que había elegido el tema de dicha lección con sumo cuidado, pues quería que sus protagonistas fuesen los que él llamaba en la lección (y consecuentemente, también en este artículo) «hijos de Galicia»[2]. Quizá por considerarme tal, siempre me trató con mucho afecto, desde los lejanos tiempos en que redactó, en *Actualidad Laboral*, una elogiosa recensión de mi tesis doctoral (por aquel entonces, hace ahora casi cuarenta años, recién publicada en forma de libro), cosa que siempre le agradecí; y más, viniendo el halago de un catedrático universitario de los de siempre y de los de antes (los catedráticos que yo, en alguna sentida ocasión, llegué a calificar públicamente de catedráticos «águila»). Para él, el catedrático por antonomasia (evidentemente, otra «águila») era el maestro de su juventud académica universitaria, el romanista Don Álvaro d'ORS, quien profesaba en la Universidad de Santiago de Compostela (donde don Efrén BORRAJO DACRUZ fue uno de sus estudiantes de Derecho más egregios) desde los años cuarenta del siglo pasado, y sobre el que nuestro homenajeado de hoy hablaba y contaba anécdotas, siempre que traía a colación su período formativo compostelano[3]. Le tuteló decisivamente en la elaboración de su tesis doctoral, sobre una temática pura de historia del Derecho privado común, a la que tendré que referirme por razones metodológicas un poco más adelante[4].

II. LA FUENTE DOCTRINAL MADRILEÑA DEL ARTÍCULO

El embrión del artículo del profesor BORRAJO DACRUZ, a cuya ocasión orensana acabo de referirme, se encuentra contenido en su *Introducción al Derecho del Trabajo*, obra calificada por nuestro autor como «una línea de continuidad en el tiempo, con sus repetidas ediciones y reimpresiones»[5], y de incuestionable carácter madrileño, pues su primera edición se publicó en 1968, cuando el profesor BORRAJO DACRUZ ya había accedido, desde la Universidad Literaria de Valencia, a su cátedra en la Universidad de Madrid. En su edición de 2001 (esto es, la edición de este manual inmediatamente precedente a la confección del artículo), el embrión de este último aparecía alojado en su Lección IX (titulada «El Derecho Social del Trabajo»), que era la séptima lección de contenido histórico de la parte primera del propio libro (titulada, a su vez, «Concepto e Historia del Derecho del Trabajo»)[6]. El embrión en cuestión (verdadera fuente inspiradora del artículo) se refería, de un lado, a la datación del nacimiento del Derecho español del Trabajo, que nuestro autor fija en «1902», ligando esta fecha –pero sin ofrecer mayores detalles– con una escueta afirmación realizada por Don José CANALEJAS en dicho año, relativa a ser de estricta justicia «admitir el factor social como elemento indispensable en la formación de las leyes»[7]; y de otro lado, a que «el pensamiento y la acción sociales tienen una deuda histórica con Galicia: germinan en la obra escrita, de gran calado reformista, de CONCEPCIÓN ARENAL (nacida en El Ferrol); fructifican en JOSÉ CANALEJAS (nacido en El Ferrol) y en EDUARDO DATO (nacido en La Coruña); y se integran en los programas del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), fundados, uno y otro, por PABLO IGLESIAS (nacido en El Ferrol)»[8]. Son sólo cinco páginas y media de la lección citada de la *Introducción al Derecho del Trabajo* de nuestro autor, que pasarían

[2] Cfr. pág. 188, donde el propio profesor Borrajo Dacruz se califica igualmente como «hijo de Galicia».

[3] Acerca de la vinculación académica entre nuestro autor y el profesor d'ORS, véase Sosa Wagner, F. y Fuertes, M., *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, Marcial Pons (Madrid, 2009), pp. 11 y ss.

[4] *Infra*, 3.

[5] Al respecto, véase Sosa Wagner, F. y Fuertes, M., *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, cit., pág. 22.

[6] Véase Borrajo Dacruz, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Tecnos (Madrid, 2001), pp. 107 y ss.

[7] *Ibidem*, pág. 109.

[8] *Ibidem*.

a convertirse en el artículo de autos (muchísimo más extenso, tras germinar el embrión en él) en sus buenas y cumplidas dos docenas de páginas. Esta germinación fue posible gracias al empleo de lo que nuestro autor denomina en el artículo un concreto «planteamiento metodológico»[9], que imponía tener en cuenta «una doble perspectiva [la de la realidad formal y la de la realidad "real"] en la consideración de los hechos históricos, ya se trate de procesos políticos, ya se trate de acciones sociales»[10], resultando claro –en mi opinión– que los presupuestos de dicha metodología especial, que se remitían a muchos años antes, aparecían trazados con nitidez en la tesis doctoral del profesor BORRAJO DACRUZ.

III. LA FUENTE METODOLÓGICA COMPOSTELANA DEL ARTÍCULO

Nuestro autor se refiere a su tesis doctoral, en los siguientes términos literales: «Cinco años después [de licenciarme], fue también don Álvaro [d'ORS] quien me dijo que si quería aceptar un duro horario podría ser doctor en un año. Así fue: terminé la Licenciatura en Derecho con Premio Extraordinario (Premio Nacional Fin de Carrera 1951); hice los seis cursillos de doctorado (dos de ellos en la Facultad de Filosofía y Letras) y en junio de 1952 aprobé la Tesis Doctoral, con calificación de sobresaliente, en la Facultad de Derecho en la Universidad Central (Madrid), pues en aquellas fechas la Universidad compostelana no tenía capacidad para otorgar el título de doctor en Derecho. Presidió mi Tribunal de Tesis Doctoral don Federico DE CASTRO Y BRAVO. Fue Don Álvaro quien comprendió perfectamente, y me animó a hacerlo, que me trasladase a Madrid para trabajar con el profesor PÉREZ BOTIJA en la rama jurídica que más se adecuaba a mis inquietudes de entonces y de ahora, el Derecho del Trabajo»[11]. Dicha tesis doctoral se publicó luego como artículo (por cierto, de tamaño gigantesco) en la *Revista de Derecho Notarial*, en 1955, bajo el título «La imputación del pago (Estudio histórico-crítico)»[12], fechado en «Compostela, abril 1952»[13]. A mis concretos efectos, lo más interesante de este trabajo doctoral es la aplicación práctica que se ve obligado a realizar nuestro autor de la teoría del método histórico-crítico[14], lo que no extraña, pues la médula del propio trabajo es un recorrido histórico de las fuentes reguladoras de la figura de la imputación del pago, desde el Derecho Romano clásico hasta la entrada en vigor de los artículos 1172-1174 de nuestro Código Civil. Para el profesor BORRAJO DACRUZ, yendo más allá de la letra de las fuentes normativas reguladoras de dicha institución en cada concreto momento histórico, había que realizar dos tipos de críticas sobre las fuentes en cuestión, con la finalidad de obtener una visión lo más «real» posible de la institución estudiada. De un lado, las que denomina «críticas formales»[15], orientadas a la fijación del texto jurídico normativo que debía manejar, así como a su depuración (criticando, por ejemplo, interpolaciones); y de otro lado, las que llama «críticas doctrinales»[16], orientadas ahora a la determinación del contexto en que se insertase cualquier concreto texto jurídico previamente depurado, incluida la eventual datación del mismo.

IV. LA ESPAÑA REAL DE 1902, SEGÚN EL ARTÍCULO

La España real de 1902 (o si se quiere el «contexto» histórico-crítico, a que acabo de hacer referencia) estaba marcada –al igual que sucedía en las grandes potencias europeas coetáneas– por

[9] Véase Borrajo Dacruz, E., «El nacimiento del Derecho del Trabajo: El debate ideológico y la situación social en la España de 1902», cit., pág. 171.

[10] *Ibidem*.

[11] Véase Sosa Wagner, F. y Fuertes, M., *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, cit., pág. 12.

[12] Núm. VIII, abril-junio 1955, pp. 150-291.

[13] Pág. 287.

[14] Sobre este método, véase García-Gallo, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomo I, 4ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, SA (Madrid, 1971), pp. 9 y ss.

[15] Cfr. pp. 203-204.

[16] Cfr. pp. 204-205.

la entonces irresuelta «cuestión social»[17], pero con el agravante de ser entonces España una «nación moribunda»[18]. Según el profesor BORRAJO DACRUZ, había que «tener presente que hacia 1900 en las Cancillerías diplomáticas de Inglaterra, de Francia y de Alemania, aceptaban la clasificación que ofrecía el Ministro inglés, LORD SALISBURY, de que había naciones vitales y naciones moribundas o claudicantes»[19]; además, que «era misión de las primeras –de las vitales– ejercer su protectorado sobre las segundas, sobre las crepusculares o en declive»[20]; y por último, que España sólo podía ser calificada «como nación moribunda, después de sus guerras civiles [carlistas] de 1873 y 1875 y, más aún, de su derrota en 1898 ante EE.UU.»[21], agravadas las consecuencias de esta última por el hecho de que «los españoles de 1898, en general, tenían una ignorancia casi total sobre la potencia militar de EE.UU.»[22]. Según el profesor BORRAJO DACRUZ, a todo ello había que añadirle, además, el llamado «pesimismo nacional»[23], que dificultaba la curación del enfermo, relatando a este respecto nuestro autor anécdotas sabrosas, pero muy significativas, como la relativa a que «CÁNOVAS, el gran jefe del Partido conservador, cuando ALONSO MARTÍNEZ estaba elaborando el Código Civil y se trató el tema de ¿quién puede ser ciudadano español?, respondió: "quien no puede ser otra cosa"»[24]. El profesor BORRAJO DACRUZ sazona todo esto con «algunos datos estadísticos» primorosamente explicados, refiriéndose –entre otros– a que la tasa bruta de mortalidad infantil (esto es, «el número de niños que fallecen antes de cumplir su primer año por cada mil habitantes») era «en 1900, 180%»[25], lo que –según nuestro autor– «colocaba a la España de 1900 en niveles africanos»[26] (páginas antes había explicado el sentido de la afirmación de aquella época, de origen francés, relativa a que «África empieza en los Pirineos»)[27]. Pues bien, «ante esta economía de pobreza; ante esta atmósfera social de encogimiento cuando no de asfixia; ante esta sociedad de estructuras arcaizantes, ... hubo minorías que supieron hacer un análisis objetivo de la realidad española y que pudieron encontrar las bases para un futuro de progreso global de España»[28], personificando nuestro autor dichas minorías en dos relevantes «hijos de Galicia» de la España de entonces.

V. LOS GALLEGOS DECISIVOS EN 1902, SEGÚN EL ARTÍCULO

Según el profesor BORRAJO DACRUZ, «en el punto concreto de las relaciones de trabajo, el partido conservador con DATO y el partido liberal con CANALEJAS ofrecen ese estimulante ejemplo»[29], resultando ser la médula del artículo la datación del nacimiento del Derecho del Trabajo, lo que –según nuestro autor– exigía optar, bien por la obra legislativa social de DATO, bien por la obra legislativa social de CANALEJAS. Pues bien, nuestro autor opta al respecto por el segundo, arriesgando «1902» como año de nacimiento en España de nuestra disciplina, basándose –en lo esencial– en los tres grupos de razones siguientes. En primer lugar, la de que «el Derecho del Trabajo es más –mucho más– que un repertorio de disposiciones legales; es más, mucho más, que una lista inorgánica de leyes»[30], pues se trata de «un sistema normativo; y como tal sistema, ha de contar con un cuadro de principios a recoger y realizar, congruentemente, en sus distintas parcelas o instituciones»[31],

[17] Véase Borrajo Dacruz, E., «El nacimiento del Derecho del Trabajo: El debate ideológico y la situación social en la España de 1902», cit., pp. 171-172.
[18] *Ibidem*, pág. 175.
[19] *Ibidem*.
[20] *Ibidem*, pp. 175-176.
[21] *Ibidem*, pág. 176.
[22] *Ibidem*, pág. 181.
[23] *Ibidem*, pág. 177.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ibidem*, pág. 179.
[26] *Ibidem*.
[27] *Ibidem*, pág. 176.
[28] *Ibidem*, pág. 186.
[29] *Ibidem*.
[30] *Ibidem*, pág. 168.
[31] *Ibidem*.

lo que le llevaba a excluir «las fechas de 1873 y 1878, con cita de las dos leyes que regularon el trabajo de los menores»[32], pues «son –es cierto– dos hechos políticos significativos, pero aún son acciones aisladas»[33]. En segundo lugar, la de que «ese momento aural, ese proyecto globalizador, se encuentra en 1902»[34], que «es el año del debate político ["que se desarrolló entre el 27 de febrero y la primera parte del mes de mayo"] sobre la cuestión social obrera; es el año de una fortísima discusión sobre el programa de reformas sociales que presentó en el Parlamento el Partido liberal por iniciativa de D. José CANALEJAS»[35], y que acabó desembocando «con la creación y puesta en marcha del INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES en 1903»[36]. En tercer lugar, porque «la Ley DATO de 1900 está en la base del Sistema Público de Seguridad Social»[37], mientras que «el Instituto de Trabajo y, tras él, el Instituto de Reformas Sociales –de 1902/1903– están en la base del Derecho del Trabajo»[38]. Por lo demás, se interponía un hecho de relevancia constitucional, que tampoco pasó desapercibido al profesor BORRAJO DACRUZ. La Ley de accidentes de trabajo de 1900 seguía siendo una Ley de «la Regencia» de la reina viuda María Cristina de Habsburgo-Lorena[39], mientras que la obra reformista de CANALEJAS se enmarca ya en una nueva etapa, iniciada con «la Coronación de Alfonso XIII en 1902»[40].

VI. BIBLIOGRAFÍA

Borrajo Dacruz, E., «La imputación del pago (estudio histórico crítico)», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio (1955).

Borrajo Dacruz, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Tecnos (Madrid, 2001).

Borrajo Dacruz, E., «El nacimiento del Derecho del Trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902», *Actualidad Laboral*, núm. 1-2 (2002).

García-Gallo, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomo I, 4ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, SA (Madrid, 1971).

Sosa Wagner, F. y Fuertes, M., *Conversaciones sobre la justicia, el Derecho y la Universidad (Entrevistas a diez maestros)*, Marcial Pons (Madrid, 2009).

[32] *Ibidem*.
[33] *Ibidem*.
[34] *Ibidem*.
[35] *Ibidem*.
[36] *Ibidem*, pág. 169.
[37] *Ibidem*, pág. 170.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ibidem*, pág. 180.
[40] *Ibidem*.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005, pp. 143-178.

Jubilación y cese forzoso en el trabajo por edad

Retirement and forced retirement due to age

CARLOS ALFONSO MELLADO
Catedrático de la Universidad de Valencia
https://orcid.org/0000-0001-6096-0212

Cita Sugerida: ALFONSO MELLADO, C.: "Jubilación y cese forzoso en el trabajo por edad", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 177-187

Resumen

El presente trabajo analiza un estudio del profesor Borrajo Dacruz que publicó en el año 2005. En dicho estudio se exponían conclusiones de interés y que son ahora de actualidad como consecuencia de la reforma producida en 2021 en la materia.

La reforma de 2021 ha afectado, nuevamente, a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, prohibiendo las jubilaciones forzosas en convenios colectivos de trabajadores menores de 68 años de edad. La norma legal ha previsto una serie de excepciones o de medidas de acción positiva para incentivar la contratación de nuevas trabajadoras que cubran los puestos de trabajo de los jubilados forzosamente en sectores de baja ocupación femenina, posibilitando la rebaja de la edad de jubilación en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa hasta la edad ordinaria de jubilación (65 años).

Palabras clave

Jubilación forzosa; edad; vida laboral; políticas de empleo; convenios colectivos; seguridad social

Abstract

This paper analyzes Professor Borrajo Dacruz study published in 2005. Aforementioned study reached interest conclusions in this matter wich became topical issues consequence of recent 2021 legislative reform.

The 2021 reform has once again affected the tenth additional provision of the Workers' Statute by prohibiting forced retirement stated under collective agreements for workers under 68 years of age. A series of exceptions or positive action measures have been established by this legislative amendment to encourage the hiring of new workers to fill the jobs of forced retirees in sectors with low female employment, making it posible to lower the retirement age in the conventional clauses of forced retirement up to normal retirement age (65 years of age).

Keywords

Forced retirement; age; working life; employment policies; collective agreements; social security

I. EL TRABAJO DEL PROFESOR BORRAJO QUE SE COMENTA

El presente estudio, que constituye un pequeño reconocimiento de la maestría y de la obra del profesor Borrajo, se produce al hilo del magnífico análisis que publicó en el año 2005 en torno a los problemas de la fijación de una edad de cese forzoso en el trabajo y como comentario de actualidad ante la reforma legal que introdujo la Ley 14/2005, de 1 de julio, comentario que desarrollaba la ponencia que había expuesto sobre la cuestión en los cursos de verano de la Universidad de Cantabria.

Ese análisis del profesor Borrajo, lleva por título "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)" y se publicó en la revista Actualidad

Laboral, concretamente en el núm. 2 de 2005, pp. 143 a 178 (1864-1890 del tomo correspondiente a ese año).

A algunas de las ideas del trabajo, que resulta de muy grata lectura y que evidencia además la amplia cultura jurídica y no jurídica del profesor Borrajo, haré mención posteriormente.

II. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 introdujo en nuestro ordenamiento lo que coloquialmente se ha ido denominando como jubilación forzosa, imprecisión terminológica en la que, como se verá, incurría el propio precepto estatutario, pues realmente lo que se establecía más bien eran unas edades de cese en el trabajo que, lógicamente conducirían a la jubilación del trabajador, pero esta seguía siendo una opción voluntaria para el mismo, que podía decidir no jubilarse.

En efecto, de forma absolutamente novedosa por lo que hace a las relaciones laborales, el ET 1980 establecía literalmente en su Disposición Adicional quinta lo siguiente:

> "*La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.*
> *En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos*.".

Era una norma que contenía, pues, tres posibilidades de edad máxima para trabajar, pero con diferentes características.

Por un lado, se establecía una edad máxima con carácter absoluto y para cualquier trabajo o sector productivo, la edad de 69 años, con la única salvedad de que dicha edad podría prolongarse lo necesario para que la persona afectada pudiera alcanzar las cotizaciones necesarias para cubrir el periodo de carencia que en cada momento se exigiese para acceder a la pensión de jubilación.

En segundo lugar, se permitía que el Gobierno fijase otro límite máximo de edad para trabajar, que como se desprendía con claridad de la disposición, sería, en ese caso, inferior a los 69 años de edad, que operaban, como se ha dicho, como límite absoluto que el Gobierno debía respetar también. Ahora bien, la autorización al Gobierno tenía dos condicionantes, por cierto bastante imprecisos: respetar las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, lo que sin duda podía entenderse como una exigencia de tomar en consideración la situación económica de la Seguridad Social, y la disponibilidad de trabajadores suficientes y el volumen de desempleo.

Finalmente, en tercer lugar, se permitía a la negociación colectiva fijar lo que se denominaban "edades de jubilación", con el matiz de que ello era sin perjuicio de las disposiciones en materia de Seguridad Social, evidenciando así que no era propiamente una edad de jubilación lo que se pactaba, pues esta la fijaban las normas de seguridad social, sino una edad de cese forzoso en el trabajo –de ahí la imprecisión terminológica a que hice mención–. Debe observarse que en esta tercera posibilidad no se establecían condiciones a los negociadores, si bien parecía lógico que operase la misma fijada con carácter general, en el sentido de que no podía privarse a la persona de completar las cotizaciones necesarias para cubrir el periodo de carencia. Por otro lado, como era una regla establecida mediante la negociación colectiva, si se adoptaba en convenios normales –de empresa, sectoriales, etc.– solo regía en su ámbito y, por tanto, podía conducir a que una persona debiera cesar en esa empresa o sector o en el ámbito concreto afectado por el convenio, pero ello no le impedía trabajar en otro ámbito en el que no existiese un límite máximo de edad fijado en convenio o en el que este fuese superior y por tanto no le alcanzase todavía.

Lo cierto es que la aplicación de la disposición se reveló conflictiva y lo ha seguido siendo en sus diferentes versiones[1], primero con correcciones que llevaron a enmarcar la medida en las políticas de empleo[2] y a hacer desaparecer la referencia a la edad máxima absoluta de 69 años que había sido declarada inconstitucional[3] (ET 1995, que pasaba a regular la medida en la Disposición Adicional 10ª); posteriormente a la derogación de la mencionada Disposición, haciendo desaparecer cualquier posibilidad de edad máxima de trabajo (Disposición Derogatoria única del RDL 5/2001 y de la Ley 12/2001), y, poco después, para reintroducir la posibilidad en el artículo único de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación[4], que literalmente establecía:

"*Se incluye una disposición adicional décima en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con la siguiente redacción:*

«Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.»

Es en este momento, en el que se sitúa el trabajo del profesor Borrajo que da origen a este comentario. Entonces, en 2005, con argumentos que, como se verá, siguen siendo de plena actualidad,

---

[1] Alguna doctrina autorizada llegó a decir algo tan expresivo como que era hora de resolver la cuestión dando debida sepultura a un instituto que nunca debió nacer, cuando menos en sede de protección social, al respecto Gete Castrillo, P.: "La jubilación forzosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura definitiva", *Foro de Seguridad Social*, núm. 10, 2003, pp. 33 a 46, en concreto p. 45.
Por supuesto en esta aproximación breve no me puedo detener en todos los aspectos que plantea esta institución, para cuyo análisis remito a los excelentes trabajos doctrinales sobre ella y, además de los que citaré, por ejemplo entre otros muchos, como un buen resumen para centrar la cuestión hasta 2005 a Baylos Grau, A.: "la jubilación forzosa y la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 9-26 y como obras más extensas sobre la materia, especialmente, a: Esteve Segarra, A.: *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999; Gómez Caballero, P., Meléndez Morillo-Velarde, L., y Sempere Navarro, A.V.: *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Navarra, Aranzadi-Thomsom Reuters, 2006; Sastre Ibarreche, R. y Martin Puebla, E.: *Política de empleo y jubilaciòn forzosa del trabajador*. Madrid, Tecnos, 1991; y, Tortuero Plaza, J. L.: *Jubilación forzosa "versus" jubilación flexible: reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002.

[2] La vinculación entre la medida y las políticas de empleo, en una relación no siempre afortunada, ha estado presente en la medida desde bien pronto y ha sido profundamente analizada por la doctrina, además de otras obras que citaré, puede verse Tortuero Plaza, J.L.: "La jubilación forzosa en las políticas de empleo*"*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 251-262.

[3] Inconstitucionalidad declarada en STC 22/1981, de 2 de julio, que ya apuntaba la necesidad de respeto a los derechos individuales, garantizando la posibilidad de la persona afectada de acceso a la jubilación y la vinculación necesaria de la medida con un objetivo concreto y claro de política de empleo.

[4] Por cierto, la Disposición Transitoria Única parecía hacer recobrar vigencia a cláusulas de los convenios precedentes que hubiesen establecido la medida y hubiesen devenido nulas por la prohibición que sobrevino después, lo que dio lugar a una amplia conflictividad y jurisprudencia, para cuyo estudio remito, por ejemplo, entre otros muchos y en aras a la brevedad, a García Muñoz, M.: "La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo", T*emas Laborales,* núm. 101, 2009, pp. 297-319.

se compartan o no, el profesor Borrajo, con su maestría habitual, disecciona y analiza la cuestión, poniendo en evidencia los diferentes intereses que entran en juego, la colisión, a la que él alude, entre los aspectos contractuales y los institucionales presentes en las relaciones laborales, y discutiendo con argumentos jurídicos, sociológicos y hasta recogidos de la actualidad cotidiana, la oportunidad de fijar una edad máxima de trabajo, especialmente si se sitúa en torno a los 65 años. Con fina ironía, por ejemplo, el profesor Borrajo alude a la imposibilidad de presumir que a los 65 años se produce una senilidad incompatible con la vida activa, señalando por ejemplo, y entre otros supuestos significativos, como en aquellos momentos se acababa de inaugurar el "Palau de les Arts" en Valencia, y se había encargado mantener vivos sus cuatro espacios de música al maestro Lorin Maazel que tenía en aquel momento75 años –y que, por cierto lo haría durante bastante tiempo–. Para el profesor Borrajo, mantener una edad de cese forzoso, una edad de jubilación, en torno a los 65 años, es un anacronismo y sostiene que, cuando menos, deberían haberse adoptado medidas como las que habían entrado en vigor en el régimen de funcionarios permitiendo prolongar la actividad hasta los 70 años, afectándole incluso a él mismo.

Lo cierto es que, como dije, el debate sigue y ahora lo analizaré atendiendo, claro es, al momento presente sin olvidar lo que los precedentes nos orientan al respecto.

III. EL CESE FORZOSO POR EDAD

Como se ha podido ver la posibilidad de establecer una edad de cese forzoso por edad ha sido una cuestión debatida, y lo sigue siendo, con diferentes vaivenes legislativos; en mi opinión, su análisis en el momento presente requiere atender, al menos y en una aproximación breve como esta, a dos cuestiones: la primera analizar los distintos intereses que operan en esta cuestión y sus contradicciones porque explican en buena medida los cambios legislativos reiterados en la materia; la segunda, realizar un sucinto análisis de la vigente regulación.

III.1. Los intereses contrapuestos

Como el propio estudio que comento expone y como avancé, en la regulación del cese forzoso por edad se entrecruzan diversos intereses, de compleja conciliación. El profesor Borrajo alude a la colisión entre el aspecto contractual, entendido como el interés del afectado por fijar su propia edad de cese en el trabajo y la consiguiente decisión de jubilarse, con el aspecto institucional, entendido como la defensa de los intereses colectivos que pueden vincularse inicialmente, en la materia, a la defensa de una cierta política de empleo, orientada sobre todo a su reparto, evitando por ejemplo el desempleo juvenil. Esa colisión provoca también una necesaria reflexión sobre el papel del contrato, la ley y la negociación colectiva como respectivas fuentes reguladoras en esta materia.

No es fácil, en definitiva, conciliar esos intereses y otros que están presentes y a los que aludiré, que enlazan incluso con derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Como se ha expuesto: "*la regulación de la materia debe conciliar el ejercicio de derechos de relevancia constitucional con reflejo colectivo e individual (arts. 14, 35 y 37 CE), que resultan una manifestación paradigmática de las complejas relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Desde la óptica técnico-jurídica, se plantean problemas que afectan a las fuentes del Derecho del trabajo y, en concreto, al protagonismo que ha de asumir la ley frente al convenio colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales*"[5].

Para el Tribunal Constitucional el protagonismo de la ley es claro, pero si la misma admite la medida y siempre que la misma se corresponda con fines relativos a la política de empleo, no es

[5] Al respecto Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo, R.: "La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva", Temas Laborales, núm. 83/2006, pp. 41-74, en concreto p. 48.

inconstitucional que se permita a los convenios fijar edades máximas de trabajo[6]; incluso, siendo cierto que cualquier medida en orden a la "jubilación forzosa" debía vincularse a objetivos de política de empleo, con exigencia de constancia expresa si era la norma legal la que establecía directamente la medida, en bastantes momentos la jurisprudencia entendía que el intercambio de intereses que se producía en la negociación colectiva debía llevar a suponer que dichos objetivos se cumplían implícitamente en el pacto[7], partiendo, eso sí y siempre, de que esa negociación se amparaba en habilitación legal, pues si la misma no existía no cabía negociar, entendiendo que existía en la materia una reserva constitucional de ley[8].

Por eso, en momentos en los que la legislación impedía la posibilidad, las organizaciones sindicales y empresariales alzaban su voz para criticar esa limitación negocial, exigiendo la posibilidad en orden a un cierto gobierno de las políticas de empleo, no siendo, por otra parte, desdeñable el interés empresarial por el rejuvenecimiento de las plantillas y como vía de reducción de las mismas en momentos de ajuste[9], y el sindical por un cierto reparto del empleo; incluso la doctrina alude a una cierta defensa de la eficacia vinculante de los convenios, citando la posición de estos agentes en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para 2004 y la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 y posteriormente en 2018 en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, posiblemente por seguir pensando que era una vía adecuada para reducir el paro juvenil[10]. Puede verse, pues, el interés colectivo en la materia y la defensa del papel de la negociación colectiva, interés real y defendible pero que no puede hacer olvidar a los restantes que existen en la cuestión.

Enlazando con esto último, la jurisprudencia incluida la constitucional, prácticamente desde el inicio de la aplicación de la medida –y coincidiendo con la evolución legislativa en la materia– protegió los intereses individuales, exigiendo que este cese se aplicase solo en relación con personas

[6] En este sentido, STC 58/1985, de 30 de abril y 95/1985, de 29 de julio. Esta es la misma idea que subyace en la posición del TJCE (actualmente TJUE), expresada en la STJE 16-10-207, C-411/05, en cuyo análisis no me puede detener, remitiendo a los comentarios sobre la misma, como, por ejemplo el de Gómez Gordillo, R.: "TJCE - Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05 - jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 565-579, o el de López Cumbre, L.: "La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 102, 2013, pp. 319-352.

[7] Es clara STS 14-7-2000, Recud. 3428/99, que dirá: "*Llama la atención, ahora y antes, que lo que no puede hacer el legislador "libremente" sí que lo pueda hacer el Convenio Colectivo, cual es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva. Aquella regulación de los intereses recíprocos que constituye la base de la negociación entre representantes institucionales de trabajadores y empresarios, derivada de lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución, es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal y lo que hace que las consideraciones de política de empleo se exijan en la una y no en la otra*".

[8] Por su claridad basta remitirse a las dos SSTS 9-3-2004, Recud. 765/03 y 2319/03 y STS 10-10-2005, Rec. 60/04, señalando esta última: "*En definitiva, desaparecida la norma legal autorizante - la Adicional 10ª - queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al (sic) que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985…"*

[9] Con la ventaja frente al despido de la inexistencia de indemnización como apunta por todos Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores*", Labos,* Vol. 3, Núm. Extr. "La reforma laboral de 2021", pp. 156-166, en concreto p. 160. De este modo, esta medida –sin duda unida a otras como las "prejubilaciones"– se han convertido en medidas estrellas de las políticas de ajuste de plantilla, instrumentalizando el sistema de protección social y tensionando las bases mismas del sistema de Seguridad Social, como exponen Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 45-71, en concreto pp. 46 y 47.

[10] En ese sentido, por ejemplo, Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*", Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 407-430, en concreto, pp. 411 a 413 y 415.

que reuniesen las condiciones para acceder a la pensión de jubilación[11], solución que como he dicho se acabó convirtiendo en norma.

Junto a esos intereses, cuya colisión se aprecia fácilmente, entran en juego otros, como los relativos a la sostenibilidad del sistema de pensiones, habiéndose apuntado con claridad a los costos que para el sistema de Seguridad Social supone la utilización de las medidas de jubilación forzosa, como instrumento de gestión de recursos humanos, y como eso, seguramente, impulsó al legislador estatal a cambiar la orientación de la política de empleo en este terreno a partir de determinado momento, justo cuando los objetivos de retraso de la edad de jubilación comenzaron a centrar el debate político y económico[12].

Ciertamente la existencia de cláusulas de jubilación forzosa resulta poco coherente, como se ha advertido, con las políticas de sostenibilidad de los sistemas de protección social, de envejecimiento activo y de no discriminación de las personas de edad, e incluso, en nuestra realidad, con las propias conclusiones de la revisión en 2020 del Pacto de Toledo[13].

La perspectiva de que, además, puede subyacer en la medida una cierta discriminación por razón de la edad, ha sido ampliamente analizada por la doctrina y, aunque propiamente no se entienda como tal, su aplicación práctica en algún momento, centrada en una "limpieza" de trabajadores maduros sin contrapartidas claras de empleo permitía, cuando menos, suscitar dudas al respecto[14].

Incluso, sin entrar en la posible discriminación por razón de edad, intereses sociales derivados de la evolución de la pirámide de la población, con el envejecimiento de la misma –que no senilidad–, y el crecimiento de las expectativas de vida y de vida saludable, justifican evitar jubilaciones tempranas y ofrecer posibilidad de actividad a las personas maduras, como se hace en algunas de las medidas que se vienen implementando últimamente en nuestro sistema de Seguridad Social. Como bien advertía el profesor Borrajo en la obra que comento, la vejez es un concepto que se ha vuelto más complejo de definir y en el que hay que considerar, al menos, factores somáticos, psíquicos, económicos, sociales y culturales, por lo que fijar una edad general de cese forzoso es una medida que puede resultar bastante inadecuada, especialmente si con ella no se garantizan de forma clara y suficiente otros intereses sociales.

III.2. La vigente regulación de la cuestión: la DA 10ª ET y sus precedentes

La actual regulación de la cuestión se contiene en la DA 10ª del ET, en una regulación que, como ya se analizó, ha sufrido bastantes cambios.

Los previos al comentario hecho en 2005 por el profesor Borrajo, los expuse ya y a ellos me remito[15].

---

[11] Por todas STS 8-3-2000, Recud. 2436/99 y STS 14-7-2000, Recud. 3428/99.

[12] Cruz Villalon, J. y Gómez Gordillo, R.: "La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva", op. cit., p. 52.

[13] Al respecto de todo ello remito al amplio y fundado estudio que realizan Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", op. cit., especialmente pp. 46 a 53.

[14] Sobre la cuestión remito, entre otros muchos, a Muros Polo, A.: "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, pp. 91-112 y muy especialmente a Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales* núms. 1 y 2, 2008, pp. 7-26 y 3-18.

[15] En todo caso para un estudio de esa evolución existe una amplia elaboración doctrinal que no puedo citar en su totalidad por razones de espacio, entre ellos los estudios que he ido citando a los que me remito, especialmente al de Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", op. cit., pp. 56 a 67. También un interesante estudio de la práctica negocial reciente (2019-2021) en Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", op. cit. pp. 423-429, y analizando

Posteriormente a ese momento (2005), la citada DA 10ª sería objeto de una nueva modificación en la DA 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que volvió a admitir la medida desde que la persona cumpliese la edad ordinaria de jubilación y siempre que tuviese derecho a una pensión contributiva de al menos el 80% de la base reguladora y, además, que la medida se vinculase: "*a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo*". Por otro lado, se habilitaba al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la disposición.

Lo cierto es que dicha redacción casi ni entró en vigor porque la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, eliminó cualquier posibilidad al respecto, al establecer en su Disposición Final 4.2. una nueva redacción de la DA 10ª del ET que literalmente establecía lo siguiente: "*Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas*".[16]

Este texto es el que recogió la versión del Texto Refundido del ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, pero el mismo sería modificado para, siguiendo con el vaivén normativo, reintroducir la posibilidad por la DF1ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, con la siguiente regulación: "*Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.*

b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo."

Finalmente, al menos por el momento, la redacción vigente de la DA 10ª ET, tal como se estableció por la DF 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, dice lo siguiente: "*Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. 1. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. 2. Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres*

las posibilidades de futuro es interesante el estudio de Sempere Navarro, A.V.: "Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 13-36.

[16] Conviene recordar que esa regulación prohibitiva de la negociación en la materia se consideró plenamente constitucional en STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 10, apuntando la doctrina que se ha ocupado de comentar la misma, como estaba en esa solución presente, también, la idea, de salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, así lo señala Poquet Catalá, R.: "Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pp. 253-273, en concreto p. 270.

coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio. La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada."

Basta con analizar los diferentes textos legales para darse cuenta de que han ido respondiendo al predominio en cada momento de uno de los intereses concretos que se contraponen en la cuestión y, por supuesto, a las ideologías y preocupaciones de los diferentes gobiernos –más o menos favorables a los intereses colectivos, más o menos preocupados por la situación concreta del gasto público, la renovación generacional del mercado de trabajo y el envejecimiento activo–.

Desde luego, la actual regulación parece bastante coherente con la situación presente y, en el marco de admitir la posibilidad pero de forma restrictiva, tiene dos elementos novedosos y destacables. Por un lado, la clara vinculación con las políticas de empleo en términos muy concretos, fundamentalmente el relevo generacional, pues como acertadamente se ha expuesto, ahora "*se utiliza en la nueva redacción un término concreto y claramente vinculante, de manera que sólo cabe la admisión de la jubilación forzosa si se produce un solo objetivo, la contratación de un nuevo trabajador o trabajadora por tiempo indefinido y a jornada completa*"[17]; además y como segundo elemento a destacar la medida es más flexible para favorecer el empleo de mujeres, lo que establece "*un sesgo de género en los requisitos de la jubilación forzosa para alcanzar la igualdad entre sexos introduciendo una medida de acción positiva*"[18].

[17] Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores*", Labos*, Volumen 3, 2022, pp. 156-166, p. 159. En este sentido señalando que se da un salto cualitativo en la exigencia de empleo y en su calidad, por ejemplo, y entre otros Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", op. cit. pp. 419-420.

[18] Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", op. cit., p. 161. En parecidos términos destacando la intención de la medida de realizar el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y contrarrestar la segregación o brecha ocupacional por razón de género, por ejemplo, Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", op, cit. p. 56.

En este sentido, pese a que la norma tiene una claro efecto limitador aunque no prohibitivo de las cláusulas de cese por edad, se ha dicho que: "*demuestra el carácter consolidado de la jubilación forzosa en nuestro país como forma privilegiada de política de empleo para los más jóvenes y pretende inaugurar una nueva estrategia como forma de fomentar la igualdad real y efectiva en el acceso a los distintos sectores productivos desde la perspectiva de género*" [19].

Incluso no son pocas las opiniones que consideran que se ha dado una solución relativamente acertada a la cuestión en cuanto que se regulan de forma muy concreta los objetivos de política de empleo que deben cumplirse, se protege más la sostenibilidad del sistema de pensiones, se disminuye la posible discriminación por edad, y se introduce una acertada perspectiva de género[20].

IV. CONCLUSIONES: LA ACTUALIDAD DE LAS IDEAS DEL PROFESOR BORRAJO

Llegados aquí conviene ir finalizando y al respecto hay que señalar que posiblemente estemos cerrando los vaivenes normativos sobre esta cuestión de una manera bastante acertada en cuanto que en la nueva regulación:

1. Se respeta la posibilidad de los negociadores de pactar sobre la medida.

2. Se fija un umbral mínimo de edad de la persona afectada que supera incluso la que será edad ordinaria de jubilación (68 años frente a 67).

3. Se garantizan plenamente los derechos prestacionales de la persona afectada que no se verá perjudicada en su derecho al percibo del 100% de la pensión contributiva.

4. Se fijan objetivos de empleo muy concretos que garantizan que no se pierda empleo y que el que se cree sea de calidad (obligación de contratar una persona con contrato indefinido a tiempo completo), operando así realmente el relevo generacional.

5. Se introduce un novedoso sesgo de género, para conseguir la igualdad efectiva, introduciendo una medida de acción positiva en el sentido de permitir flexibilizar algo las exigencias para pactar la medida, en sectores o subsectores en los que la mujer esté ampliamente infrarrepresentada y siempre, claro es, que la persona contratada como indefinida y a tiempo completo sea una mujer.

Puede afirmarse, sin duda, que no en su totalidad, pero si en buena medida, la norma actual responde a las mismas preocupaciones, ideas y propuestas expuestas en el trabajo del profesor Borrajo, que está en el origen de este, especialmente en orden a no facilitar en exceso una expulsión del mercado de trabajo de personas mayores de 65 años, pero en plenitud de sus capacidades y que se verían condenadas a largos periodos de inactividad o "pasividad consuntiva" – como decía el profesor Borrajo – , y evitando establecer medidas cuya conexión con la política de empleo sea tan difusa que realmente pueda entenderse como inexistente, lo que desde luego no puede decirse del texto vigente.

Posiblemente la nueva regulación no satisfaga a todos y puede quedar la duda que se expresa doctrinalmente, señalando que: "*cabría interrogarse sobre si realmente estamos ante una medida política de fomento del empleo con esta medida que se materializa en un despido por razón de la edad. La larga experiencia desacredita decididamente esta medida como política de empleo que desconoce el derecho al trabajo y la voluntariedad de la jubilación como paradigma normativo (fuera del empleo público, claro)*" [21].

---

[19] Perán Quesada, S.: "El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa" *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 95-110, en concreto p. 110.

[20] Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", op. cit., pp. 429-430.

[21] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25, concretamente p. 23.

Esa es la duda a la que posiblemente intenta dar alguna respuesta la actual regulación restrictiva, aunque no prohibitiva, garantizando objetivos de empleo y relevo generacional esenciales para justificar la medida y con sesgos novedosos como el de género.

Es de esperar que así, al menos en gran parte, se haya conseguido la conciliación en este aspecto, a la que aspiraba el profesor Borrajo entre institución y libertad, en definitiva, entre los diversos intereses que se entrecruzan en la cuestión que no son fáciles de conciliar, peor que aparecen todos ellos como merecedores de una cierta protección.

V. BIBLIOGRAFIA

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", Actualidad Laboral, núm. 2, 2005, pp. 143 a 178.

y:

Baylos Grau, A.: "la jubilación forzosa y la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 9-26.

Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo, R.: "La nueva regulación de la jubilación forzosavía negociación colectiva", Temas Laborales, núm. 83/2006, pp. 41-74.

Esteve Segarra, A.: *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores*", Labos*, Volumen 3, 2022, pp. 156-166.

García Muñoz, M.: "La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo", T*emas Laborales,* núm. 101, 2009, pp. 297-319.

Gete Castrillo, P.: "La jubilación forzosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura de Gómez Caballero, P., Meléndez Morillo-Velarde, L., y Sempere Navarro, A.V.: *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Navarra, Aranzadi-Thomsom Reuters, 2006.

Gómez Gordillo, R.: "TJCE - Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05 - jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 565-579.

López Cumbre, L.: "La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,* núm. 102, 2013, pp. 319-352.

Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*", Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 407-430.

Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 45-71.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25.

Muros Polo, A.: "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, pp. 91-112.

Perán Quesada, S.: "El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa" *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 95-110.

Poquet Catalá, R.: "Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pp. 253-273.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales* núms. 1 y 2, 2008, pp. 7-26 y 3-18.

Sastre Ibarreche, R. y Martin Puebla, E.: *Política de empleo y jubilaciòn forzosa del trabajador*. Madrid, Tecnos, 1991.

Sempere Navarro, A.V.: "Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 13-36.

Tortuero Plaza, J. L.: *Jubilación forzosa "versus" jubilación flexible: reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002finitiva", *Foro de Seguridad Social*, núm. 10, 2003, pp. 33 a 46.

Tortuero Plaza, J.L.: "La jubilación forzosa en las políticas de empleo*"*, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 251-262.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional," *Documentación Laboral*, nº 30, 1990, pp. 11-54.

Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990

About Social Security in the Spanish Constitution, as of 1990

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid
Abogado ejerciente

Cita Sugerida: DE LA VILLA GIL, L.E..: "Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 189-199

Resumen

El presente Estudio se publicó, por el admirado Profesor Efrén Borrajo Dacruz, poco después de aprobada la Constitución Española de 1978. Pese a ello, refleja con detalle la importante doctrina constitucional de esa época, las principales aportaciones de la doctrina científica y los criterios interpretativos del propio autor, tan agudos como ha sido habitual en sus numerosos trabajos. De particular importancia es su opinión sobre la débil cobertura constitucional de la protección social, y sus conclusiones sobre la distribución de competencias, en esa materia, entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Abstract

This Study was published, by the admired Professor Efrén Borrajo Dacruz, shortly after the app. oval of the Spanish Constitution of 1978. Despite this, it reflects in detail the important constitutional doctrine of that time, the main contributions of the scientific doctrine and the interpretative criteria of the author himself, as sharp as has been usual in his numerous works. Of particular importance is his opinion on the weak constitutional coverage of social protection, and his conclusions on the distribution of competences, in this matter, between the State and the Autonomous Communities.

Palabras clave

La Seguridad Social y la Protección Social en el Derecho español; Seguridad Social y Asistencia Social: las tres posibles versiones del artículo 41 de la Constitución Española de 1978; Distribución de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Keywords

The Social Security and the Social Protection in the spanish Law; Social Security and the Social Assistence: the three possible versions of the article 41 of the Spanish Constitution of 1978; Distribution of competences; in matter of Social Security; between the State and the Autonomous Communities

I. ESTUDIO COMENTADO: LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. DESARROLLOS LEGALES Y CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El profesor Efrén Borrajo Dacruz explica en la Nota-Asterisco de su estudio [publicado en la revista *Documentación Laboral*, editada por la Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales (Acarl), en el núm. 30, correspondiente al año 1990, páginas 11 a 54], que "el estudio base … [se encuentra] … en el libro-homenaje al profesor García de Enterría en la fecha de su jubilación". La fecha de jubilación del citado profesor se produjo en el año 1988, dado que, lo mismo que al

profesor Alonso Olea, le tocó la china de la jubilación obligatoria a los 65 años, es decir, en 1988, puesto que Don Eduardo había nacido en el año 1923. Una norma legal ciertamente estúpida que apartaba de la docencia oficial a genios, artistas y artesanos del Derecho, como los dos eminentes juristas citados. Y en el año 1991, el profesor Borrajo publicó en el volumen II, de los cinco que componían el primer libro homenaje de cuantos se dedicaron a García de Enterría [con el título de *Estudios sobre la Constitución* (Civitas, 1991), coordinado por el profesor Sebastián Martín-Retortillo Báquer], un estudio titulado *La Seguridad social en la Constitución* (páginas 1.485 a 1.520), estudio que, pese a la publicación posterior, ha de considerarse el antecedente inmediato del estudio que ahora nos ocupa. Por consiguiente, esa cronología justifica que el resumen y comentario que aquí se realiza se refiera únicamente a este estudio, redactado en fecha posterior.

II. CONTENIDO Y SIGNIFICACIÓN DEL ESTUDIO

2. Como todos los estudios del Profesor Borrajo, en cualesquiera de las variadas disciplinas que trató en su larga vida académica, este que ahora se considera muestra alta calidad y significación relevante. El hecho de que no fuera el primero publicado en la doctrina española, tras la promulgación de la Constitución Española –en adelante CE–, ni siquiera el primero de sus propios trabajos, como él mismo ilustró con varias referencias bibliográficas, no merma en absoluto la importancia de sus conclusiones, marca y estilo que el muy querido compañero y maestro tenía acreditados en su larga trayectoria de tratadista estelar, sobre los Seguros Sociales, la Previsión Social y la Seguridad Social.

Por eso se considera relevante resumir sus partes sustanciales, manteniendo sus mismas palabras, entrecomilladas en los siguientes apartados, a), b), c) y d). De no existir las limitaciones de espacio impuestas por el editor de la Revista, habría sido de mucho interés la reproducción literal de todo el trabajo, facilitando así su lectura a quienes encontrasen dificultades de localizar la añeja Revista en la que se publicó inicialmente, hace exactamente treinta y dos años.

II.1. Ambigüedad de las bases constitucionales

"La Constitución española de 1978 emplea con frecuencia la expresión 'Seguridad Social', tal y como puede verse en sus artículos 25.2, 41 y 149.1.17; sin embargo, es ya un tópico doctrinal que tal expresión recoge un concepto abierto susceptible de un desarrollo múltiple, de modo que el legislador dispone de una amplia facultad de acción y podrá optar en términos muy amplios en el momento de la decisión política.

Tal libertad de acción arranca, en primer lugar, de la propia naturaleza del derecho a la Seguridad Social, desde el momento en que la mención más directa al tema está en el citado artículo 41, que se sitúa dentro de los 'principios rectores de la política social y económica' (CE, tít. I, cap. III). Por tanto, resulta de plena aplicación el débil régimen de garantías que la propia Constitución fija en su artículo 53.3, con la regla específica de que tal derecho 'sólo podrá(n) ser alegado(s) ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las reglas que lo desarrolle(n)'. Es un derecho que se acerca peligrosamente a la naturaleza de los reconocidos en una norma programática al viejo estilo, de modo que sólo es ejercitable desde el momento y en los términos en que se establezca por una Ley ordinaria. La mejor garantía que se deriva del artículo 25.2 para la Seguridad Social de los condenados a penas de prisión, que realicen un trabajo, ha quedado modelado en sentido restrictivo por los Tribunales Penales, con refrendo del propio Tribunal Constitucional (STC 172/1989, 19 de octubre).

La segunda causa de la enorme flexibilidad de que goza el legislador para configurar el régimen jurídico y económico de la Seguridad Social está en la propia Constitución al establecer ésta una dispersión entre las materias clásicas de la Seguridad Social y tratar por separado la Seguridad Social propiamente dicha en su artículo 41; la protección de la salud y de los servicios preventivos y de las prestaciones correspondientes en su artículo 43; las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e

integración de los minusválidos en su artículo 49; la protección social y los correspondientes servicios y prestaciones de los ciudadanos de la tercera edad en su artículo 50; la protección social y económica de la familia en su artículo 39; y así sucesivamente.

Esta dispersión temática se corresponde –y es la tercera circunstancia a tener en cuenta– con la dispersión o proliferación institucional con que se presenta el complejo sistema español de Seguridad Social, existente en el momento de entrar en vigor la tan citada Constitución de 1978. El llamado sistema de Seguridad Social convivía, mal que bien, con una pluralidad de medidas de beneficencia pública, asistencia social pública y otras medidas de protección social pública a cargo del Estado, de las Diputaciones provinciales, de los Ayuntamientos, en un entrecruzado tejido político-administrativo que se complicará con la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas. Los artículos 148.1.20 y 21, y 149.1.16 y 17 reforzarán esta tendencia descentralizadora y colocarán las bases para que se emancipe un tercer sistema institucional: el sistema sanitario.

En este marco institucional, donde la unidad formal queda negada por la realidad organizativa y funcional, se comprende que el precepto constitucional contenido en el artículo 41 carezca de fuerza configuradora. Las normas legales dictadas desde 1979 más bien contradicen su contenido ... Sin perdernos en la maraña de la normativa legal, es posible decir, en síntesis, que se están cumpliendo las previsiones doctrinales sobre la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social, de modo que se apuntan con firmeza los modelos normativos siguientes:

1º) En primer lugar, la asistencia sanitaria se independiza y al refundirse con los servicios orgánicos y funcionales de la sanidad pública apuntan hacia un Sistema nacional de protección de la salud, sin que falten proyectos de un Servicio nacional de la salud; el artículo 43 de la Constitución y la reciente ampliación del ámbito personal cubierto por las prestaciones sanitarias confirman la tendencia.

2º) En segundo lugar, los servicios sociales se radican en las Comunidades Autónomas; éstas aprovechan al máximo sus competencias exclusivas en materia de 'asistencia social' y dictan (aprueban) sendas leyes sobre la materia, dando así desarrollo a las reglas contenidas en los respectivos estatutos sobre 'bienestar social', 'asistencia social', etc. (País Vasco: Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre servicios forales, BOPV, 2, julio 1982; Navarra: Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sobre servicios sociales, BON 8, abril 1983; Madrid: Ley 11/1984, de 6 de junio, sobre servicios sociales, BOCM 23, junio 1984; Murcia: Ley 8/1985, de 9 de diciembre, sobre servicios sociales, BORM 19, diciembre 1985; Cataluña: Ley 26/1985, de 27 de diciembre, sobre servicios sociales, DOC 10 enero 1986; etc.). Las experiencias en curso de realización sobre 'salario social', también a cargo de las distintas Comunidades Autonómicas, completarán esta tendencia a la ubicación de los servicios sociales, junto con la asistencia social pública, en un orden paralelo al cada vez más reducido de la Seguridad Social en sentido estricto.

3º) En tercer lugar, y con el fin de salvar esta dispersión tanto institucional como conceptual, cobra cada vez mayor fuerza el propósito de construir un Sistema de protección social pública. Al efecto hay que tener en cuenta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 (Ley 46/1985, de 27 de diciembre), que utilizó la expresión "sistemas o regímenes públicos de protección social … En resumen, aparece un nuevo concepto integrador, cual es el sistema de protección social pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social pública (reducida a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la asistencia social pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo) , con los servicios sociales (nacionales y territoriales) y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de la salud. El sistema de protección social pública tendría a su favor las reglas contenidas en los artículos 41, 43, 49, 50, 148, 149 y concordantes de la Constitución.

En el nuevo esquema integrador, la Seguridad Social contemplada en el artículo 41 de la CE es una pieza más. El legislador goza de libertad al respecto tanto para mantener las líneas

tradicionales de un sistema de Seguridad Social como para refundir las instituciones heredadas en este nuevo modelo de organización y de acción social. Igualmente, goza de libertad para mantener las competencias estatales en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como para redistribuirlas entre este Departamento y los Ministerios de Sanidad y Consumo, de Asuntos Sociales, Educación y Ciencia (los maltratados hospitales clínicos); o, en fin, para centrar tales competencias en un Ministerio de Bienestar Social, con la consiguiente desmembración de los departamentos ministeriales citados. Las bases político-jurídicas del sistema de protección social están, es claro, en la Constitución de 1978. Sus posibles límites, más que jurídicos, serán los que imponga la realidad sobre la que se opere … Hoy por hoy, en el desarrollo de la Constitución, las líneas de tendencia firmes parecen ser las que llevan a la configuración de tres sistemas de acción social, a saber:

— El sistema de protección de la salud, que atiende los servicios de carácter sanitario y hace efectivo el derecho a la protección de la salud (CE, art. 43).

— El sistema de Seguridad Social, que atiende a situaciones de necesidad con prestaciones económicas y que en España se bifurcaría, conforme a la propia realidad, en un sistema laboral para trabajadores privados y un sistema administrativo para funcionarios públicos (CE, art. 41).

— Un sistema de servicios sociales fuertemente descentralizado por áreas territoriales en beneficio de determinados grupos sociales (infancia y juventud, tercera edad, minusválidos, etc.), en base a CE, artículos 49, 50, 39, 40.2, etc.

Este diseño tiene a su favor el modelo normativo enunciado en la Carta Social Europea, alineada a su vez con las orientaciones de la Organización Internacional del Trabajo desde su declaración de Filadelfia de 1944 y que dieron lugar a las dos famosas recomendaciones: la número 69 sobre asistencia médica y la número 67 sobre seguridad de los medios de vida".

II.2. Cuestiones centrales en las bases constitucionales de la Seguridad Social

"El artículo 41 CE compromete al régimen público de la Seguridad Social a que garantice la 'asistencia y prestaciones sociales' suficientes en favor de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. La palabra 'asistencia' se contrapone, pues, a la palabra 'prestaciones', y la dualidad de términos se repite en el propio artículo 41 cuando se refiere a beneficios complementarios libres. La doctrina científica se ha visto así tentada a escudriñar el alcance jurídico-constitucional de la expresión 'asistencia'. La sistematización de tal doctrina permite afirmar que tal palabra tiene al menos tres sentidos, a saber: en unos casos, asistencia vale tanto como acción protectora, como atención o cuidados sin más; en otros casos, asistencia equivale a una fórmula lingüística sincopada de 'asistencia sanitaria'; y en otros casos, asistencia vuelve a ser una fórmula lingüística abreviada sinónima de 'asistencia social pública'. Los tres sentidos son, o pueden ser, complementarios entre sí; pero desde el punto de vista jurídico-constitucional pueden fundamentar distintos desarrollos políticos del texto constitucional. El primer sentido es el vulgar o usual: asistencia es una acción protectora, un cuidado o una atención especial; por tanto, si se toma la palabra asistencia en ese sentido no podrá hacerse diferenciación en el artículo 41 con respecto a la expresión siguiente: ... 'y prestaciones sociales', porque las prestaciones son un modo cualificado, en verdad el modo típico, de la acción protectora de la Seguridad Social. Por esto hay que decir que, desde el punto de vista del constituyente, la palabra asistencia tenía que moverse en alguno de los otros dos sentidos. En efecto, en el análisis de los distintos textos constitucionales, desde aquel anteproyecto que se filtró hacia el 25 de noviembre de 1977, hasta las manifestaciones que se hicieron oficiales a partir del 5 de enero de 1978; cuando, a su vez, se examinan las distintas enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios a los textos sucesivos elaborados por la Ponencia, por la Comisión del Congreso, por

el Pleno del Congreso, por la Comisión del Senado y que al final acabaron en la Comisión Mixta del Congreso-Senado, la conclusión es la siguiente: la palabra asistencia, en unos casos, quiere aparecer como sinónima de asistencia social pública; en otros casos quiere aparecer como sinónima de asistencia sanitaria ... En consecuencia, el ambiguo tenor literal del artículo 41 puede dar fundamento a las dos operaciones legislativas siguientes:

1ª) Por un lado, permite mantener dentro del sistema de Seguridad Social los servicios y prestaciones sanitarias al modo tradicional: la asistencia valdría tanto como asistencia sanitaria y prestaciones sociales valdrían tanto como prestaciones económicas; esta dualidad de la acción protectora se reflejaría igualmente en el cuadro de medidas complementarias.

2ª) Por otro lado, permite mantener dentro del régimen público de la Seguridad Social tanto las prestaciones de carácter contributivo como las prestaciones no contributivas o de carácter asistencial. La asistencia social pública dentro de la Seguridad Social genera un problema añadido, y muy grave, de deslinde competencial entre el Estado (poderes centrales) y las Comunidades Autónomas, desde el momento en que éstas tienen, según la CE, artículo 148.1.20, competencias exclusivas en materia de asistencia social, tanto en el plano normativo (leyes y reglamentos) como en el plano de ejecución (reglamentos organizativos, gestión y administración de los distintos servicios)" ...

II.3. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

Las cuestiones más complejas que se plantean son las siguientes:

"1ª) Distribución de competencias entre el Estado (poderes centrales) y las Comunidades Autónomas. La doctrina primero, y el Tribunal Constitucional después, han planteado con nitidez los términos del problema; y ha sido dicho Tribunal quien ha ofrecido una solución firme en la muy importante sentencia 124/1989, de 7 de julio (BOE 9 de agosto) … El número de las opiniones disidentes *[dentro del TC]* marca la dificultad del tema promovido como conflicto positivo de competencias por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. La doctrina que entendemos firme es la siguiente:

1º) Las Comunidades Territoriales Autónomas gozan, entre otras facultades y atribuciones, de las de carácter normativo y ejecutivo. La proyección de estos esquemas en el caso concreto de las relaciones entre el Estado (poder central) y las Comunidades Autónomas en la materia también concreta de Seguridad Social está regulado en la CE, art. 149.1.17 … El Estado tiene atribuida, en exclusiva, la potestad normativa suficiente para establecer la legislación básica. Por tanto, a resultas de la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, sus facultades son las siguientes:

2º) Legislación. La legislación comprende tanto las normas con fuerza de Ley (Ley formal propiamente dicha, Decreto-Ley y Decreto-legislativo) como las normas reglamentarias (o reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos en cuanto sean normativos). Las dudas de la primera hora (STC de 5 de noviembre de 1981, FJ 2, *in fine*) han desaparecido en los pronunciamientos posteriores (STC de 4 de mayo de 1982, FJ 3, de máxima expresividad, y FJ 4, seguida de otras muchas).

3º) Normas básicas. Las 'bases' son principios, criterios, directrices, etc., y como tales pueden estar en una 'Ley delegante' dentro del conocido proceso de la delegación legislativa que regula la Constitución (arts. 82 y ss.); pero no es este el sentido de la expresión 'legislación básica' (y de otras expresiones similares: 'bases', 'normas básicas', etc.) que utiliza la misma Ley fundamental al fijar el esquema competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las normas básicas son, y pueden ser, normas que contengan principios y directrices; pero también son (y en primer lugar así sucede) reglas completas perfectamente articuladas, con todos sus términos muy concretos, que fijan el orden jurídico de una materia o materias también muy concretas; es decir, la condición de básica apunta a mínimos, a regulación contenida y concentrada, pero con un pronunciamiento taxativo que es el que el Estado quiere que se cumpla. En la legislación básica hay, pues, dos tipos de normas; a

saber: por una parte están los principios, directrices y reglas esenciales de la regulación de la materia de que se trate; sobre ellas podrán operar modalizaciones y desarrollos, las normas adicionales de las Comunidades Autónomas, que por tanto podrán ser diversas de unas Comunidades a otras; por otra parte están las reglas de mayor concreción, normas completas, que las Comunidades Autónomas sólo podrán recoger en sus propios términos. Estas normas básicas completas tienen por objeto primordial garantizar la igualdad básica de todos los españoles, la libertad de circulación y establecimiento de personas y bienes en todo el territorio español, y la imprescindible solidaridad individual y colectiva, tal y como establecía el artículo 2.1 de la LOAPA, que si bien ha sido declarado inconstitucional, la razón de tal juicio no está en que el contenido del precepto fuese rechazable, sino que lo rechazable es la función de intérprete de la Constitución, que con ese y otros artículos de corte similar se arrogaba indebidamente el Parlamento frente al Tribunal Constitucional.

4º) El bloque normativo básico. Las bases de la legislación básica –valga la expresión– exigen formulación por Ley en Cortes o por norma de rango similar. Ahora bien, a tenor de la unidad y de la complementariedad de la Ley y el Reglamento se acepta constitucionalmente que éste precise y desarrolle la 'base' establecida por el poder legislativo. Decretos y Órdenes ministeriales se integran así con ese requisito habilitante de la remisión de una Ley anterior en un bloque normativo que goza, en su totalidad, de la condición de legislación básica respecto de la potestad normativa de la Comunidad Autónoma. El TC es firme ya en esa doctrina (SS. 28 de julio de 1981; 5/1982, de 8 de febrero; 1/1982, de 28 de enero; 58/1982, de 27 de julio; en especial, S. de 16 de noviembre de 1981. Un espléndido resumen en STC 32/1983, de 28 de abril, y en S. 148/1982, de 20 de abril).

2ª) Desarrollos generales reglamentarios. En congruencia con la delimitación competencial anterior, el Estado mantiene la potestad normativa reglamentaria imprescindible para el desarrollo y aplicación de la legislación básica en materia de Seguridad Social. Es decir, cuando se trate de cuestiones de interés general de la nación o que exijan un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional el bloque normativo mantendrá en el Gobierno la facultad reglamentaria correspondiente. Una vez más, la LOAPA en su artículo 2.2 repitió la suerte registrada ya: el precepto no era materialmente inconstitucional, pero sobre él no podía pronunciarse el Parlamento; se trataba de una cuestión de distribución de competencias propia de la Constitución y de su Tribunal Constitucional.

3ª) Primacía de la norma básica estatal y facultades ejecutivas estatales. La legislación básica apunta hacia la promulgación de una Ley territorial (normalmente posterior) de desarrollo. Norma básica y Ley territorial de desarrollo guardan entre sí una relación de competencia; ahora bien, si se produjera colisión entre ellas, la primera prevalece sobre la segunda (CE, art. 149.3). En fin, para velar por y para garantizar el mejor y más exacto cumplimiento de su legislación propia, el Estado (poder central) mantiene, entre otras posibles, las siguientes facultades: la organización de los servicios administrativos (mínimos, pero adecuados) de ámbito nacional (en especial la Tesorería General de la Seguridad Social o ente similar); la alta inspección y otras funciones de coordinación intercomunitarias.

4ª) Potestades autonómicas. Las potestades normativas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social son la consecuencia de la reserva establecida ya para el Estado. La Comunidad Autónoma aprueba, en el ejercicio de su autonomía, las leyes adicionales que completan y desarrollan la legislación básica estatal. Y dictan sobre todo los reglamentos que requiera la aplicación de tales leyes adicionales, pues el poder reglamentario del Estado queda, como también se ha dicho, reducido a regulaciones muy concretas y específicas ('lo básico' de la legislación básica). La ejecución de los servicios de Seguridad Social, en cuanto esté atribuida a las Comunidades Autónomas (a tenor de sus propios Estatutos y por normas posteriores) comprende la facultad de aprobar reglamentos orgánicos, de eficacia *ad intra*, que formalizan la capacidad autonómica de autoorganización. El deslinde práctico será difícil, pero es posible conceptualmente: hay servicios nacionales (p. ej., tesorería, alta inspección, etc.) y hay servicios territoriales propios.

5ª) Régimen económico de la Seguridad Social. Como se ha visto, el artículo 149.1.17 declara la competencia exclusiva del Estado sobre el 'régimen económico de la Seguridad Social', criterio que resulta perfectamente comprensible desde el momento en que las cuotas de 1a Seguridad Social experimentan una transformación registrada por la doctrina y por el TC, conforme a las pautas propias de los impuestos. Por tanto, en buena medida, se ejercita con ellas un poder tributario con el que se garantiza el sostenimiento de un servicio público y a la vez, y tal es la razón de fondo, un sistema de prestaciones solidarias en beneficio de todos los españoles. El mantenimiento del régimen económico de la Seguridad Social, en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado es, pues, una posición constitucional consecuente. El Estado tiene en 1a materia facultad normativa plena: dicta las leyes y las normas de ejecución y desarrollo de dichas leyes. Tiene además la gestión del régimen económico. Ahora bien, parece aplicable en la materia la regla constitucional del artículo 156.2, de modo que las Comunidades Autónomas sí pueden actuar como delegados o colaboradores del Estado … 'para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los estatutos'. Parece que tal posibilidad también pueda ofrecerse en orden a los recursos económicos de la Seguridad Social ...

La STC 124/1989 … desmenuza y analiza las distintas funciones que es posible comprender cuando se trata de las competencias de ejecución de que habla el artículo 149.1.17. Y entre otros pronunciamientos importantes formula las siguientes precisiones:

1ª) 'del artículo 149.1.17 de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas ... No basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos a través de la Tesorería de una a otra de la Comunidad Autónoma en función de las disponibilidades financieras en cada momento ... lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas, sino también facultades de gestión, de ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña'...

2ª) 'obligan a rechazar la tesis de que, dentro del territorio de Cataluña, la Generalidad puede administrar y disponer de los fondos generados por la Seguridad Social aplicándolos a sus propias obligaciones o cargas, como si se tratara de fondos autonómicos, y no, como con toda evidencia son, fondos estatales cuya disponibilidad por los órganos de la Comunidad Autónoma es siempre de carácter mediato, que presupone la provisión o habilitación previa a cargo de la Caja Única de la Seguridad Social que la Tesorería gestiona sobre todo el territorio nacional' (FJ 3).

Las consecuencias de tan firme posición son, entre otras, que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar facultades complementarias y subordinadas en materia de gestión de la Seguridad Social. Así, es competencia exclusiva del Estado la recaudación y aplazamiento o fraccionamiento del pago de las cuotas, pero –y esto es importante– con respecto a lo que venimos sosteniendo desde 1981 … 'ello no excluye la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a la Generalidad de Cataluña funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales; pero ello sólo será compatible con la Constitución en tanto que quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la Caja Única centralizada de la Tesorería General ... sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran' (FJ 5, *in fine).*

Con esta matización podemos repetir, al igual que en trabajos anteriores, que sin malicia, pero con prudencia, hay que prever que se cumpla, una vez más, la humana ley de que quien recauda y gestiona tiende a disponer del impuesto como propio y a ordenar el gasto. La tentación a retener dentro del territorio de la Comunidad Autónoma los ingresos que son jurídicamente estatales siempre podrá encontrar una justificación al alegar que el nivel de satisfacción de las necesidades sociales

de la propia población de la Comunidad bloquea esta tentación y exige que el órgano delegado de la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social las ponga inmediatamente a disposición de la Tesorería General".

II.4. Conclusiones: alcance del artículo 149.1.1 CE y la Seguridad Social

"El Estado, al aprobar la legislación básica de Seguridad Social, está afectado por los llamados super principios constitucionales, tales los de los artículos 1.1, 14, 138.2, etc. En especial, alcanzan en ella una aplicación directa los recogidos en los artículos siguientes: CE, art. 139.1: 'todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado'. Por su parte, el art. 139.2 CE dispone: 'ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español'. En la Seguridad Social todos los principios enumerados encuentran un supuesto abierto a su plena aplicación. Por tanto, muchas de las normas contenidas en la legislación básica estatal serán de aplicación uniforme, al modo de un derecho necesario absoluto, en todo el territorio nacional (STC 19/ 1982, de 5 de mayo, sobre tendencia a la igualación en la Seguridad Social). Las posibilidades de desarrollo legislativo y reglamentario de las Comunidades Autónomas respecto de dichos puntos concretos serán adjetivas, procedimentales. Esto es cierto; pero tampoco puede concluirse sobre tal dato que son facultades normativas residuales, si es que no vacías de un contenido verdaderamente preceptivo. Es evidente que cualquier pronunciamiento autonómico sobre mejoras en la acción protectora, ampliación de las situaciones de necesidad cubiertas etc., tendrá inevitablemente repercusión en ingresos y gastos y entrará en el capítulo del régimen económico reservado en exclusiva al Estado. Pero también es comprensible que la fijación estatal se concretará en niveles mínimos y máximos de protección y que dentro de ellos caben, al menos, las dos disponibilidades económicas siguientes:

1ª) En primer lugar, la liberación de unos excedentes por mejor gestión, con la consiguiente reinversión en mejoras prestacionales; es una regla admitida hoy día para las empresas auto aseguradas y para las mutuas patronales respecto de sus excedentes.

2ª) En segundo lugar, y es el dato que importa, el Estado impone uniformidad en los mínimos y, acaso, en los máximos; pero la garantía constitucionalmente debida apunta en principio hacia los primeros, hacia los mínimos; la fijación de máximos es previsible exclusivamente para casos que podrían contravenir escandalosamente las exigencias de la solidaridad nacional.

La Constitución ofrece esta pauta de acción política en el muy importante artículo 149.1.1, de proyección general sobre los demás apartados del propio artículo: 'el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1.2 La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales'. La unidad no es uniformidad más que en los niveles básicos. La determinación de éstos es cuestión política, a solventar conforme a criterios de ponderación de medias nacionales; por ejemplo, el bienestar social medio nacional; su correlación con el de las Comunidades internacionales afines (CEE, OCDE, etc.), pero marca el límite de la intervención estatal. De ahí que al final las Comunidades Autónomas agoten su responsabilidad en ... 'la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español'.

La CE, en su muy olvidado artículo 158, trata con realismo las consecuencias de la igualdad y de la solidaridad. El Estado fija el nivel prestacional a cargo de los poderes públicos, y hasta ese nivel han de llegar todos y cada uno de los españoles. Al efecto no hay posible admisión de diferencias por razón de territorio. Las Comunidades Autónomas quedan corresponsabilizadas ante ese objetivo, hasta el punto de que, si alguna de ellas no cuenta con los recursos necesarios para alcanzarlo por sí misma, la compensación vendrá con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Los servicios públicos fundamentales cuentan con esta garantía constitucional. O dicho de un modo más directo:

el Estado fijará el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, y al efecto determinará bases y tipos de cotización obligatoria; podrá fijar igualmente mejoras sobre dicho nivel de suficiencia y, a estos respectos, podrá remitir la determinación concreta de las prestaciones y de las cuotas debidas por los interesados, así como el importe de las subvenciones a las Comunidades Autónomas hasta un determinado punto. Con estas salvedades, la diferencia de trato de cada Comunidad ya no será, sin más, privilegio económico ni social. Se asienta en el principio de autonomía financiera que permite a la Comunidad f ijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (CE, arts. 156, 157, etc.). Máxime si, se insiste, actúa dentro de los máximos que autorice al efecto la legislación general estatal. El derecho a la diferencia es la consecuencia del principio de autonomía diferencial entre las comunidades territoriales, diferencia entre los grupos socio profesionales, diferencias entre los individuos. Todos contarán con un nivel homogéneo, que en la Seguridad Social es el nivel de suficiencia en la protección social, garantizado por el Estado (legislación básica y reglamentos económicos), pero alcanzado ese nivel universal (de suficiencia) cada grupo y cada persona llegarán a su propio nivel, de acuerdo con su capacidad. Esta filosofía de libertad distorsiona, en buena medida, los esquemas actuales de la Seguridad Social. Es –o podrá ser– propicia a desviaciones sociales, a resultas de egoísmos colectivos e individuales. Pero es la filosofía de la Constitución de 1978. Y puede remover estructuras orgánicas ancladas en el pasado, de marcada filiación paternalista, propicias a uniformar por abajo.

El Estado ha de velar para que se eviten y, en todo caso, corrijan las desviaciones sociales territoriales y profesionales. Pero ha de respetar igualmente la capacidad de esfuerzo y de diferenciación de cada grupo social. La Constitución es el motor de este proceso de diferenciación y es, a la vez, el cauce para su correcta canalización. Ahora bien, por encima de este nivel (que deberá ser el más alto posible, es obvio), la acción propia de cada Comunidad podrá encontrar fundamento bastante también en la Constitución. Las diferencias de acción social, y entre ellas de Seguridad Social, parecen, pues, inevitables. La Seguridad Social complementaria, de base territorial, puede ser una realidad siempre y cuando se opere dentro de los márgenes que el Estado haya establecido al regular el régimen económico general. O dicho de un modo más directo: el Estado fijará el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, y al efecto determinará bases y tipos de cotización obligatoria; podrá fijar igualmente mejoras sobre dicho nivel de suficiencia y, a estos respectos, podrá remitir la determinación concreta de las prestaciones y de las cuotas debidas por los interesados, así como el importe de las subvenciones a las Comunidades Autónomas hasta un determinado punto. Con estas salvedades la diferencia de trato de cada Comunidad ya no será, sin más, privilegio económico ni social. Se asienta en el principio de autonomía financiera que permite a la Comunidad fijar sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales (CE, arts. 156, 157, etc.). Máxime si, se insiste, actúa dentro de los máximos que autorice al efecto la legislación general estatal. El derecho a la diferencia es la consecuencia del principio de autonomía: diferencia entre las Comunidades territoriales, diferencia entre los grupos socio profesionales, diferencias entre los individuos. Todos contarán con un nivel homogéneo, que en la Seguridad Social es el nivel de suficiencia en la protección social, garantizado por el Estado (legislación básica y régimen económico), pero alcanzado ese nivel universal (de suficiencia) cada grupo y cada persona llegarán a su propio nivel, de acuerdo con su capacidad" …

III. BREVE COMENTARIO DEL ESTUDIO

3. Debo hacer constar, ante todo que, por el debido respeto al estudio comentado, las consideraciones que siguen se refieren estrictamente a su contenido, sin añadir por consiguiente ninguna otra externa al mismo. La compleja historia de la Seguridad Social española, se inicie donde se inicie –para muchos en los años 1963-1966– permite cortes en cualesquiera de sus hitos, pero es claro que sea cual sea la fecha tomada como final, siempre quedará colgada e incompleta la referencia correspondiente. Sería pues injusto que, con el conocimiento de lo ocurrido hasta hoy, se valorará lo

afirmado treinta años antes o se intentara completar lo que el autor del estudio comentado no pudo seguramente ni imaginarse que tendría lugar en nuestro sufrido ordenamiento de la Seguridad Social. Bajo esta prevención me parece interesante comentar con brevedad los mejores logros del estudio del profesor Efrén Borrajo, expuestos abreviada y esquemáticamente:

1º) La débil protección constitucional del sistema de Seguridad Social y, por extensión, de todo el modelo de protección social es una conclusión que envuelve todo el Estudio. De ese modo, el sistema de Seguridad Social es a la postre lo que el legislador disponga en cada momento histórico concreto.

2º) De las tres interpretaciones que permite el concepto "asistencia" en el artículo 41 CE, hay que optar por un contenido dual, referido a la asistencia sanitaria y a la asistencia social, queden una y otra dentro o fuera del sistema de Seguridad Social.

3º) Precisamente, a partir de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, el legislador se inclina por lo que denomina 'protección social', para situar fuera, pero junto al sistema de Seguridad Social, los cuidados de la salud y la asistencia y los servicios sociales.

4º) El artículo 149.1 CE, en sus apartados 1 y 17 CE, ha de interpretarse –ya con el firme apoyo del Tribunal Constitucional en la fecha en la que se firma el estudio–, en el sentido de que la cobertura mínima de la Seguridad Social es una función del Estado y, por tanto, una competencia exclusiva del mismo, competencia que se traduce en el dictado de las leyes y de los reglamentos necesarios para garantizar la igualdad y la solidaridad de y entre los españoles, extendiéndose también a las actuaciones gestoras y de control enderezadas a la misma finalidad.

5º) Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social no deben empequeñecerse bajo la denominación de 'residuales', pero sí han de calificarse como 'rigurosamente complementarias' de las estatales. En ningún caso estas Comunidades pueden ostentar y ejercer competencias respecto de la Caja Única de la Seguridad Social, sujeta a un régimen constitucional de derecho necesario indisponible.

6º) El Estado ha de velar para que se eviten y, en todo caso, corrijan las desviaciones sociales territoriales y profesionales. Pero ha de respetar igualmente la capacidad de esfuerzo y de diferenciación de cada grupo social, sean las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su autonomía financiera, o los individuos con sus propios recursos, superando en su caso los niveles máximos establecidos por el Estado, salvo que acabaran resultando escandalosos y, en tal caso, fuente de las desigualdades de trato proscritas consrtitucionalmente.

Digamos para finalizar que resultaría arbitrario valorar este estudio del Profesor Borrajo al margen de su obra conjunta sobre 'protección social'. Creo no exagerar si calificamos esa obra como uno de los soportes básicos para el ulterior desenvolvimiento de la doctrina española en la materia, a partir de su trascendental libro *Estudios jurídicos de previsión social*, publicado en 1962 por la editorial Aguilar. Sin desconocer, desde luego, la trascendencia de algunos precedentes imprescindibles, como el *Curso de Derecho del Trabajo* de Pérez Botija –cuya sexta edición, en Técnos como las anteriores, es de 1960– y el libro titulado *Previsión y Seguros Sociales* de Mariano Ucelay Repollés –de 1955–, editado por la madrileña Gráficas González. Y, sobre todo, las *Instituciones de Seguridad Social*, de Manuel Alonso Olea, puesto que su primera edición, de 1959, a cargo del Instituto de Estudios Políticos –una gigantesca pequeña obra–, sirvió a todos los jóvenes candidatos empeñados en conocer la disciplina, para saltar de una selva enmarañada de disposiciones legales a la mayor claridad sistemática y conceptual exigibles. Sin ese excelente bagaje doctrinal no habrían seguramente aparecido los principales libros generales de mayor repercusión por su solvencia, en las décadas setenta y ochenta, tales el *Derecho de la Seguridad Social* de José Manuel Almansa Pastor (Técnos, a partir de 1973), el *Manual de Seguridad Social* de Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete (Aranzadi, a partir de 1977) y el *Compendio de Seguridad Social* de Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Santiago González Ortega (Técnos, a partir de 1986). E igualmente, son deudoras de los

pioneros las traducciones de las obras de Mattia Persiani y Paul Durand, las múltiples monografías y estudios de toda laya realizados por una doctrina especializada progresivamente más numerosa y los consistentes comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, en los que la iniciativa de José Luis Monereo no puede ser olvidada. Pongan los lectores los nombres propios que faltan en esa breve relación y si no supieran hacerlo en verdad no merecerían que alguien se los recordara.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", *Papeles de economía española*, nº 12-13, 1982, pp. 187-196.

La competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social: historia de sus comienzos

The competences of Autonomous Communities in the field of Social Security: a history of its foundations

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-5231-7566

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "La competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social: historia de sus comienzos", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 201-210

Resumen

Rememorar, a través de la obra comentada y cuarenta años después, el periodo en el que comenzaban a asentarse las bases para la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social supone revivir, de la mano de un guía inmejorable, aquel momento donde la incertidumbre exigía tener a la razonabilidad como compañera inseparable, según invoca en reiteradas ocasiones el aquí homenajeado. Más allá de la construcción apegada a la coyuntura del proyecto de ley que le sirve de pretexto, la opción metodológica en favor de un concepto amplio de Seguridad Social, como equivalente a protección social, no solo conlleva la necesidad de tener presente la interrelación de la noción estricta con los sistemas sanitario, de asistencia social y de servicios sociales, sino también aplicar tanto al ámbito contributivo como al asistencial u otros conexos la amplia urdimbre de cuestiones ínsitas a la asignación de atribuciones legislativas y de ejecución en tan variado conjunto de materias.

Palabras clave

Comunidades Autónomas; Seguridad Social; protección social; competencias

Abstract

The annotated document recalls, forty years later, the moment when the bases for the distribution of competences between the State and the Autonomous Communities in the field of Social Security began to be established, leading us to relive, with the help of an unbeatable guide, a time when uncertainty required reasonableness as an inseparable companion, as the honoured Professor repeatedly invokes. Over and above the construction of the draft legislation that serves as a pretext, the methodological choice in favour of a broad concept of social security, equivalent to social protection, entails the need to bear in mind the interrelation of the strict notion with the health, assistance and social services systems. Moreover, app. ying the wide range of issues inherent in the allocation of legislative and executive powers in such a varied set of matters.

Keywords

Autonomous Communities; Social Security; social protection; competences

I. INTRODUCCIÓN

En apenas diez páginas de una revista económica, el maestro aborda el reto de esbozar las novedades de cuanto supuso la incidencia de la Constitución sobre la Seguridad Social. Hacerlo, además, no respecto a su reordenación material, sino, y a partir de la misma, sobre la distribución de

competencias entre Estado y Comunidad Autónoma en lo que califica como "diversos sistemas de protección social".

Aludir a un verdadero desafío hace justicia al intento acabado de exponer con solvencia este trascendental y complejo asunto en tan brevísima extensión y para unos destinatarios cuya formación era y es, en principio y fundamentalmente, económica y no jurídica.

El empeño alcanza superior dificultad de sopesar el momento en el cual fue acometido, cuando se estaban sentando aún los cimientos de las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, según muestra el hecho de que una parte sustancial del discurso aparezca dedicado al análisis de alguna de las previsiones del Proyecto de cuanto luego llegará a ser la Ley 12/1983, de 14 de octubre, denominada del Proceso Autonómico, previa depuración por el Tribunal Constitucional tanto de su carácter orgánico inicial como de aquellas pretensiones armonizadoras que la hicieron popular bajo el anagrama LOAPA.

Este intento parcialmente fallido de ordenar (incluso reordenar) las competencias autonómicas al máximo nivel legal alude, por sí solo, a los riesgos de construir cualquier pensamiento sobre lo que podría o habría de ser un panorama futuro en un escenario incierto y necesitado de perspectivas como la examinada, lo suficientemente valientes para arriesgar sobre la base de la racionalidad, testigo reiteradamente invocado a lo largo de la disertación.

Pero si la distribución de competencias resultaba (y resulta) ser un escenario abierto a las dudas desde una perspectiva general, su proyección sobre el ámbito de la protección social, como noción surgida para unir cuando antes lo hacía referencia a la Seguridad Social, remite a un terreno de arenas movedizas por mor de su fragmentación en diversos sistemas también a efectos de distribución competencial.

Es este el último nivel donde la exploración alcanza la excelencia, pues acudiendo a unas piezas cuya funcionalidad ya había alcanzado el oportuno modelado por el Tribunal Constitucional, trata de vislumbrar el futuro de los grandes sistemas de recogidos en la Norma Fundamental: el de Seguridad Social, el de asistencia social (así como el de servicios sociales) y el de sanidad, tomando en consideración, además, sus distintas expresiones con virtualidad operativa propia.

La importancia de la contribución no radica tanto en el mayor o menor acierto de los pronósticos en aquel entonces efectuados, cuanto en la doble labor que asumió y ofreció con honradez intelectual a quien se aproximó en aquel entonces al texto y hoy está en disposición de rememorarlo como ejemplo de buen hacer: en primer lugar, la sinceridad metodológica que manifiesta de modo expreso desde los primeros párrafos, despegándose de un literal ambiguo para, de la mano de los precedentes y el recurso a la ponderación sistemática, elucubrar sobre el posible desenvolvimiento de un camino que apenas si comenzaba a aventurarse; de otro, la razonabilidad (palabra clave, conviene volver a insistir) de las propuestas realizadas, no únicamente en tanto avance en ese itinerario impreciso, sino como invitación para que en igual sentido se orientara el quehacer político llamado a dar vida futura a cuando no dejaba de estar aún en mantillas.

Desde lontananza de las cuatro décadas transcurridas, lejos de restar valor al texto en atención a un contraste diacrónico tan simple como injusto, procederá resaltar esos dos factores que brillan con luz propia para ejemplo de cuantos quieren escribir con rigor y nunca olvidan la exigencia de definir un sistema de interpretación adecuado a los objetivos pretendidos; también para quienes inician la aventura de enfrentarse a campos nuevos de investigación y tienen la prudencia de los juristas de bien a la hora someter sus propuestas al crisol de lo sensato.

II. COMENTARIO. CONTEXTO, PRETEXTO Y TEXTO DEL ENSAYO

El estudio comentado se integra en un conjunto de escritos del autor sobre variantes afines a la materia abordada, alude a un contexto muy concreto y responde a un planteamiento metodológico

al servicio de cuanto se pretende mostrar no solo en el momento de su presentación sino en su prospección hacia el futuro.

II.1. Una línea fértil de investigación como contexto

Lejos de un hito puntual en su bibliografía, la relación entre Comunidades Autónomas y Seguridad Social constituye un espacio permanente de reflexión para el homenajeado, llevando a conformar una verdadera línea de investigación con frutos abundantes a lo largo del tiempo.

Así, el ensayo recensionado encuentra eco frecuente en escritos que le anteceden, ven la luz en paralelo o van surgiendo a lo largo de los años bajo su misma inspiración. En este sentido, cabrá dar cuenta de la preocupación previa por el derecho a la asistencia sanitaria como prestación asentada –entonces– en el seno de la Seguridad Social[1], el interés coetáneo por el fundamento constitucional de la Seguridad Social[2] o su presencia constante durante más de diez años en diversos estudios que abundan en aspectos parcialmente coincidentes con ahora reseñado.

Entre estos últimos cabrá recordar, por ejemplo, el recorrido que efectúa años más tarde a la evolución de la Seguridad Social hasta la Constitución Española[3] y a su presencia en la Carta Magna, bien desde una perspectiva estructural[4], bien fijando la atención en el desarrollo legal que había merecido, así como en el criterio judicial mantenido en la exégesis de cambios normativos de tanto empaque[5], la valoración de su situación a finales del siglo XX[6] y a comienzos del XXI[7] o, por no seguir, a los aspectos críticos de la reconversión a que había quedado sometido el ordenamiento social, entre los cuales la distribución territorial de competencias en materia de protección social merece un lugar propio[8].

A la postre, el comentado no es sino el germen de una constante prioritaria en el pensamiento del insigne jurista desde los años ochenta hasta entrado el siglo actual, y como tal ha de ser ponderado y valorado.

II.2. Pretexto: la efervescencia del proceso de asentamiento autonómico

Si bien las consideraciones que contiene el estudio podrían y pueden merecer una lectura autónoma, pues en muchos aspectos presentan una enjundia que trasciende a la perspectiva estrictamente temporal, los matices incorporados a los detalles que enriquecen el texto solo se comprenden en el contexto concreto que ofrecía, en aquella fecha de 1982, el Proyecto de la entonces conocida como LOAPA.

---

[1] Borrajo Dacruz, E., "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pp. 7-56.

[2] Borrajo Dacruz, E., "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pp. 25-42.

[3] Borrajo Dacruz, E., "De la Previsión Social a la Protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la Constitución", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, pp. 12-36.

[4] Borrajo Dacruz, E., "La Seguridad Social en la Constitución Española", en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Vol. 2, Martínez Retortilo Baquer, S., Coord., Civitas, Madrid, 1991, pp. 1485-1520.

[5] Barrajo Dacruz, E., "La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", *Documentación Laboral*, núm. 30, 1990, pp. 11-54.

[6] Borrajo Dacruz, E., "El sistema público de Seguridad Social: presente inquietante y futuro abierto", *Actualidad Laboral*, T. I, 1999, pp. 7-25.

[7] Borrajo Dacruz, E., "Presente y futuro del sistema de Seguridad Social", en VV.AA., *El sistema de pensiones en España: conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios*, Millán García, A., Coord., Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid, 2003, pp. 301-316.

[8] Borrajo Dacruz, E., "La reconversión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: puntos críticos", en VV.AA., *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Pedrajas Moreno, A., Coord., Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 21-41.

De este modo, y para los casos de concurrencia legislativa que examina, siempre de la mano de las iniciativas ya adoptadas por los Estatutos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco, tiene bien presente la senda que venían a trazar los artículos 2.2 y 7.1 de aquella norma en ciernes.

El pretexto proporciona, así, el fiel de la balanza a la hora de ir desgranando el esquema competencial de materias, presidido por un doble norte: de un lado, la legislación estatal no podrá reservar al Gobierno poderes reglamentarios y de ejecución, salvo en aquellos aspectos que deban considerarse contenido básico de la regulación legal, por afectar a intereses generales o exigir su tratamiento prescripciones uniformes; de otro, la ejecución por las Comunidades Autónomas deberá sujetarse a las normas reglamentarias que, en su caso, dicten las autoridades estatales en desarrollo de aquel contenido básico de la regulación legal, sin perjuicio de la facultad de organizar libremente sus propios servicios.

Al adoptar esta perspectiva de la norma en proceso de elaboración, y crear un cuadro propio de interpretación sobre tal premisa dual, todo el discurso quedará impregnado de ambos condicionantes y, para bien o para mal, determinará cuanto se acabe sentando respecto a la Seguridad Social, la asistencia social y otras materias anexas como la sanidad, los productos farmacéuticos, la higiene y el medio ambiente o el personal adscrito a los distintos servicios de la estructura institucional precedente.

II.3. Texto: una opción metodológica y una estructura al servicio del discurso que prepara una conclusión firme

En muy pocas ocasiones una obra científica comienza con una explicación sobre la metodología a utilizar. Así sucede, sin embargo, el caso en presencia, de seguro porque se quiere tratar de manera adecuada una materia con dosis de complejidad bastantes como para obligar a desagregar funciones político-sociales a la hora de abordar la distribución de competencias en materia de protección social. Y todo ello en aras de alcanzar una conclusión cuyos visos de permanencia, al menos en aquel entonces, pendían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de los desarrollos legales en curso.

II.3.1. La opción metodológica como condicionante primario

El pórtico, intitulado "cuestiones previas", plantea que la Constitución Española fue fruto de un consenso que no se alcanzó de una vez para siempre, sino que ha conducido a un proceso de transacciones repetidas a lo largo del tiempo, haciendo posible que una misma materia haya estado en disposición de merecer tratamientos divergentes y denominaciones distintas. En este sentido, el término Seguridad Social aludido en el art. 41 CE vendría a constituir un ejemplo paradigmático de referencia a la cual no cabe aplicar un análisis estrictamente gramatical o literal, sino que precisará conferirle una interpretación globalizadora en atención a sus antecedentes inmediatos y, con fines sistemáticos, acudiendo a su texto completo.

En aplicación de esa lectura singular, el autor colige la noción amplia de Seguridad Social, con distintos sistemas (el sanitario, el de pensiones, el de servicios sociales y el de Seguridad Social en sentido estricto) cuya interrelación considera patente, aun cuando acabe infiriendo que la única separación orgánica a postular es la atenta a los servicios de prestaciones económicas y a los de índole sanitaria, es decir, y como asuntos nucleares, a cuantos recogen los arts. 41 y 43 CE, debiendo ser considerados los demás como materias anexas. Siempre sin perjuicio de que, a efectos de régimen jurídico, proceda separar los regímenes contributivos y los asistenciales; también, y ahora a efectos competenciales, que las menciones concretas aparezcan separadas en los arts. 148.20, 148.21, 149.1.16 y 149.1.17 CE.

A la postre, bajo esta opción en apariencia metodológica subyace un concepto personal sobre la extensión a conferir a la Seguridad Social cuya proyección impregna y condiciona la estructura y contenido de la reflexión ulterior.

II.3.2. La estructura del discurso

A partir del proscenio esbozado, destinado a dar cuenta de la opción metodológica elegida y a detallar la personal composición del Sistema de Seguridad Social al cual va a dedicar la atención, subsiguen otro aspecto también considerado como asunto previo y la cuestión medular a abordar. Así, de un lado, y sobre la base de un estudio anterior[9], la distribución de competencias en cuanto afecta a la legislación y a su desarrollo reglamentario; de otro, y verdadero cuerpo y estructura tras la doctrina general previa o marco necesario para la reflexión, la exposición de la doctrina constitucional en lo ateniente a la Seguridad Social, a la asistencia social y a cuanto se enuncia como otros asuntos conectados. En el caso de la Seguridad Social diferenciado entre legislación y ejecución de servicios, por un lado, y régimen económico, por otro.

II.3.3. Principales reflexiones en su contexto preciso: doctrina general sobre distribución de competencias

De entrar al detalle de las aportaciones recogidas en el ensayo, y recordando siempre la necesidad de prestar atención a la fecha de elaboración, procederá respetar el criterio taxonómico seleccionado y diferenciar entre aquellos aspectos que no dejan de ser sino doctrina general y cuantos otros aparecen destinados a su aplicación en los aspectos más salientes de la protección social.

De prestar atención a aquellos, y una vez despejada la primera de las variantes relativas a los sistemas incorporados a la protección social, la segunda aborda la cuestión general en torno a la distribución de competencias, con asiento sobre dos principios y una diferencia entre legislación y ejecución.

A.- Por cuanto a los dos principios hace, cabrá colegir:

– De un lado, que cuando la Constitución enuncia una serie de competencias en el art. 148 como "regionalizables", dista de imponer de modo directo e inmediato su asunción; antes bien, se limita a enumerar cuantas puedan ser asumidas, manteniendo el Estado todas hasta que por la vía de los Estatutos de autonomía le sean recortadas. En este sentido, sienta la doble conclusión de que los poderes territoriales únicamente ostentan las atribuciones asignadas por vía estatutaria y de que el poder central se hace cargo de todas las demás. Mientras que para algunos autores esta es una posibilidad abierta al Estado para asumir la competencia de modo supletorio o "residual", la obra comentada sostiene sin ambages que se trata de "un orden remanente y no solo residual" en el sentido indicado en el art. 149.3 CE.

– De otro, la Constitución no distribuye las competencias entre Estado y las Comunidades Autónomas mediante una separación o asignación por "materias en bloques", como si se tratara de compartimentos estancos de exclusiva atribución bien al Estado, bien a las Comunidades Autónomas, sino que se limita a establecer cuantas pueden ser asumidas por los Estatutos de Autonomía, con lo cual aquel mantiene todas las competencias que le corresponden conforme al ordenamiento jurídico en vigor, si bien la mayor parte de las veces compartidas.

En esta ocasión el doble juego derivado de hacer referencia a "competencias" en unas ocasiones y a "materias" en otras, debe llevar a considerar que la misma materia puede y suele quedar sometida a una pluralidad de competencias de distintos titulares. Contexto en el cual bien cabrá constatar cómo, dentro de una misma materia compartida entre Estado y Comunidades Autónomas,

[9] La cita lo es a la obra precedente de Borrajo Dacruz, E., "Distribución de competencias entre el Poder Central y los Poderes Territoriales en materia sanitaria", *Revista de Derecho Público*, núm. 8, 1980, pp. 453-472.

puede existir una función exclusiva, la cual, en la medida en la cual sea compartida, hará que vean la luz competencias concurrentes; por el contrario, obrará reparto o distribución cuando únicamente se comparta la materia, y no toda la competencia, pues allí donde finalizan las facultades del Estado comienzan (cuando así se hayan asumido) las territoriales.

Tal disgregación mueve al maestro a seguir profundizando para llevar a un nuevo estadio de distinción entre competencias legislativas y ejecutivas.

B.- En este segundo momento, la reflexión requiere sopesar el dato de conformidad con el cual, y tanto en sede parlamentaria como en los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se ha querido dejar claro que la expresión legislación aparece circunscrita en exclusiva a los actos normativos con forma y fuerza de ley, de manera tal que el reglamento entrará a formar parte del orden competencial de ejecución.

Ello permitirá sostener que "en los casos de concurrencia legislativa, cada poder podrá dictar el reglamento correspondiente a su acto legislativo"; por ende:

– Si la concurrencia afecta al poder central y a los territoriales en la facultad legislativa, el primero establecerá lo básico y los segundos lo adicional, teniendo presente cómo a la acción estatal corresponderá fijar dos tipos de normas: en primer lugar, los principios, directrices y reglas esenciales de la ordenación sustantiva; en segundo término, y en todo caso, los criterios generales y comunes a los cuales habrán de acomodarse de manera necesaria y vinculante las normas autonómicas de desarrollo.

– De fijar la atención en las situaciones de concurrencia cuando afecten a la potestad reglamentaria, la regla pasará por considerar que habrán de ser las Comunidades Autónomas las que tendencialmente promulgarán las normas de aplicación y de desarrollo tanto de la ley básica como de las leyes adicionales, con la sola excepción de tratarse de cuestiones de interés general de todo el Estado o que demanden un tratamiento uniforme.

C.- En último término, aborda la cuestión relativa a la transferencia de competencias administrativas y la clara inclinación de las autonomías a asumir todos los servicios respecto de cuantas personas residan en su territorio. Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, cabrá observar que el Estado puede conservar algunas ejecutivas cuando le hayan sido asignadas competencias exclusivas "plenas" y no solo normativas o, también, si obra reserva expresa al respecto en la ley básica. Por su parte, las Comunidades Autónomas están en disposición de asumir un doble rol: actuar libremente en el ejercicio de sus competencias propias (exclusivas) de ejecución o, cuando se trate de competencias ejecutivas de leyes estatales, observar un grado variable –pero siempre presente– de dependencia de la Administración estatal, pues el Gobierno velará por que se observe la norma estatal y podrá formular requerimientos vinculantes a este fin.

II.3.4. El núcleo del discurso: la distribución de competencias en materia de Seguridad Social, asistencia social y otras cuestiones conexas

Con el bagaje preparatorio apropiado, la parte segunda del estudio está en disposición de afrontar con la solvencia necesaria el examen de la doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de protección social.

Cuando años más tarde vuelve sobre el tema[10], sintetizará el panorama que en aquel entonces mostró con detalle afirmando que "hay que operar con las siguientes distinciones:

1.- Por un lado, hay que tratar por separado las competencias normativas y las competencias ejecutivas (administrativas).

[10] Borrajo Dacruz, E., "Presente y futuro del Sistema de Seguridad Social", cit., p. 310.

2.- Por otro lado, hay que separar las materias económicas y las materias no económicas.

3.- El Estado (Poder Central) es el único poder que puede dictar normas en las materias económicas de la Seguridad Social. Funciona el principio de caja única que está sometido a una regulación unitaria (…). Consecuencia, todos los recursos públicos, absolutamente todos los ingresos públicos por Seguridad Social, son de titularidad estatal.

4.- En las demás materias no económicas de Seguridad Social, las competencias se diversifican, a saber:

a) El Poder Central dicta las normas básicas.

b) Los Poderes Autonómicos pueden dictar normas complementarias para la Seguridad Social.

c) Y además, los Poderes Autonómicos pueden gestionar los servicios administrativos de la Seguridad Social. Basta al efecto un acto de transferencia desde el poder Central hacia la Autonomía independiente".

Condensa, bajo tal exposición, cuanto en la obra recensionada desgrana con tiento en los tres escenarios anticipados.

A) *Seguridad Social*

El tenor del art. 147.1.17ª CE indica que el Estado solo dispone de competencia exclusiva en los dos ámbitos de "legislación básica" y "régimen económico":

– El concepto de legislación básica ya en aquel entonces se había decantado en favor de una concepción sustancial en sentido material, es decir, de carácter esencial, desdeñando cualquier acepción puramente formal. Como garantía efectiva del principio de solidaridad (para entrar los privilegios económicos y sociales, así como lograr y mantener la igualdad de derechos y obligaciones entre todos los españoles) se consideran así todas las normas relativas a "principios o criterios básicos, a las ordenaciones de carácter fundamental y general", por acudir a los términos del Tribunal Constitucional. Acepción tan amplia como para llevar a sostener que la competencia del Estado en la materia es prácticamente absoluta, dejando un espacio estrictamente secundario –en la línea de posible mejora o complemento– a las legislación adicional de las Comunidades Autónomas.

– "Sin malicia, pero con prudencia, hay que prever que se cumple una vez más la humana ley de que 'quien recauda y gestiona, dispone del impuesto como propio y ordena el gasto'. La tentación a [de] retener dentro del territorio los ingresos que son jurídicamente estatales, encontrará una real justificación: el nivel de satisfacción de las necesidades sociales de la población propia nunca será completo".

Bajo tal literal no solo sostiene en el artículo ahora comentad la competencia legislativa del Estado en toda su amplitud, sino que incorpora la advertencia sobre posibles excesos en cuanto hace al ejercicio de las facultades ejecutivas. Palabras premonitorias, por cuanto más tarde el Tribunal Constitucional se verá obligado a intervenir para afirmar que al Estado no se le confieren únicamente potestades normativas en esta materia, sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social. De este modo, y a partir de la necesaria unidad presupuestaria, los principios de caja única y solidaridad financiera solo se podrán garantizar mediante la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social.

B) *Asistencia Social*

Conforme destacará de manera sucinta el autor en una obra posterior, "en el nuevo sistema de protección social se articularán con amplitud, pero con razonabilidad, la Seguridad Social típica con sus medidas contributivas, la asistencia social y los servicios sociales, de marcado carácter no

contributivo, tanto públicos como particulares intervenidos"[11]. Ponía así de relieve la íntima trabazón entre Seguridad Social y asistencia social (y servicios sociales) como las dos ramas principales a la hora de ofrecer una red de protección doble a los ciudadanos.

Unión en el fin que, según advertía en el texto comentado, era común en otros ordenamientos jurídicos (sirviéndole de ejemplo el italiano) y encontraba señera expresión en aquel entonces en la asistencia sanitaria. En el primero de los ámbitos, para recalcar una nítida opción por la "asistencia social en régimen público (pues de esta función se trata)"; en el segundo, para poner de relieve la enorme dimensión y operatividad que podía llegar a alcanzar, "al colocar en manos de tales entidades [regionales y locales] los costos de la asistencia sanitaria que pueden requerir las personas necesitadas de la misma y carentes de medios propios o de protección dentro del régimen público de Seguridad Social".

Es tan solo un apunte sobre la trascendente decisión de declarar, en el art. 148.1.20ª CE, que todas las competencias relativas a la asistencia social pueden ser incorporadas por las Comunidades Autónomas, así como que "la asunción puede ser total, en bloque, desde la regulación legislativa hasta la acción administrativa simple". Alternativa de protección "externa", en cuanto ajena al Sistema de Seguridad Social (el cual, por su parte, podrá mantener una asistencia social impropia, o "interna", destinada a actuar como mecanismo complementario para quienes se encuentran comprendidos dentro de su campo de aplicación), que tiende a extenderse y diversificarse, ampliando su tradicional campo de actuación; al tiempo, perdiendo su característica típica de discrecionalidad para pasar a adquirir naturaleza de derecho subjetivo a partir de las notas de objetivación de la situación de necesidad y provisión de la oportuna tutela judicial.

Cuanto solo con el tiempo se ha decantado a través de ese doble nivel de lo asistencial, interno y externo (en particular a partir de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Pensiones No Contributivas), complementario y suplementario si se prefiere (con el propósito de acentuar en el primero de los ámbitos el carácter adjetivo o residual de la labor normativa autonómica, constreñida a aspectos adjetivos, instrumentales o de procedimiento), en aquel momento aparecía con la indefinición que deja traslucir el autor, cuya aportación presenta el gran valor de haber afirmado un sistema de protección social autónomo, regido por criterios y principios propios y con proyección subjetiva (al menos potencial) a todos los miembros de la población. Condicionantes, ambos, que en su momento servirán para abrir un interesante debate constitucional sobre el espacio fronterizo suscitado por las diversas normas autonómicas destinadas a complementar las pensiones de sus ciudadanos, en particular las no contributivas, invocando a tal fin el título competencial proveniente del art. 148.1.20ª CE, ora en atención a tratarse de las pensiones más bajas, ora del hecho a partir del cual en algunas Comunidades Autónomas los pensionistas sufren una mayor pérdida de poder adquisitivo a resultas de soportar unas tasas de inflación más elevadas que la media del Estado, dando pie a una situación de necesidad específica.

También sin espacio en el ensayo se queda la reflexión sobre cuanto podrían llegar a ser los servicios sociales, en tanto instrumentos del bienestar social en los términos bajo los cuales los recibe, por ejemplo, el art. 50 CE. Si bien se apunta su fundamento constitucional en aquel precepto, "completado con el art. 49; acaso, también, con los arts. 39.1 y 40.1 y 2, 44, 48, etc.", el dato de que no figuren en la relación del art. 148 CE, ni tampoco lo hagan en la relación del art. 149 CE, provoca que no les preste atención específica. La razón parece clara, pues podrán ser (y de hecho llegarán a ser) competencia autonómica no solo de hacer una interpretación amplia del art. 148.1.20 CE, extendiendo la noción de asistencia social a estos efectos, sino también de haber sido asumidos por los Estatutos de Autonomía en virtud del art. 149.3 CE, al constituir una materia que constitucionalmente no aparece atribuida en exclusiva al Estado.

[11] Borrajo Dacruz, D., "De la Previsión Social a la Protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la Constitución", cit., p.13.

C) *Otras materias conexas*

Con un encabezado que remite a un elenco abierto, el discurso se precipita hacia la conclusión con un elenco de cuestiones que arranca de la atribución en exclusiva a las Comunidades Autónomas (en la Constitución, pero con superior detalle en los Estatutos) de las competencias referidas a fundaciones y asociaciones benéficas y asistenciales, deportes y ocio, mutualidades no integradas en la Seguridad Social, mujer e infancia o, por no seguir, tercera edad. Tras aquella mención, encuentra necesaria parada en la regulación de las materias sanitarias.

El punto de partida a este propósito debe quedar situado en el tenor del art. 149.1.16ª CE, cuando establece que en cuanto hace a la asistencia sanitaria (incluida la de la Seguridad Social) la reserva competencial del Estado comprende expresamente la "sanidad exterior" y, en particular, las "bases y la coordinación general de la sanidad", así como toda la "legislación sobre productos farmacéuticos". Triple alusión sobre la cual detiene su mirada el maestro para dibujar algunas breves pinceladas de interés:

En primer lugar, y en lo tocante a la sanidad exterior, precisa que la alusión directa a las acciones con resolución internacional no impide comprender, también, "las que se realicen por el territorio de más de una Comunidad Autónoma", pues su finalidad radica en "la preservación de la unidad del espacio económico y social". Propósito para el cual defiende sin ambages la aplicación en España, "al más alto nivel posible, [de] medidas similares a la cláusula de libre comercio".

En segundo término, y respecto a la legislación básica, diferenciaba en aquel momento, dentro de la normativa interior general, entre cuanto fueran bases y "alta inspección", atribuidas al Estado, y la "acción administrativa de gestión", como competencia autonómica. "Mayores problemas" le suscitaba la potestad reglamentaria, en tanto se trataba, otra vez, de un ámbito compartido entre el poder central y los territoriales, cada uno en el ámbito de desarrollo de sus respectivos actos legislativos; volviendo a defender, por ende, la necesidad de que prevalezca la norma reglamentaria estatal sobre la autonómica en estos supuestos de conflicto. En ese momento no se podían aventurar las bases que sentó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; tampoco los derroteros por los cuales seguirían las Comunidades Autónomas al organizar y regular sus propios servicios de salud, integrados en el Sistema Nacional de Salud, para lo cual contaron, además, con el título competencial de "sanidad e higiene" recogido en el art. 148.1.21ª CE. De manera sutil introduce en el ensayo la referencia al medio ambiente, de indudable trascendencia en la materia y con una regulación semejante a la sanitaria, pues aparece entre las competencias conferidas a las Comunidades Autónomas en lo relativo la gestión relacionada con su protección (art. 148.1.9ª CE), aun cuando la legislación básica a tal objeto quede atribuida al Estado y las autonomías únicamente dispongan de la facultad de dictar la normativa adicional destinada a poder cumplir con la encomienda (art. 149.1.23ª CE).

Como tercera consideración, la competencia en productos farmacéuticos es plena, lo cual supone que la atribución reglamentaria es, también, exclusiva. Las Administraciones territoriales únicamente pueden aspirar a la ejecución de dichas normas, en una acción que "se organiza y hace efectiva, con toda seguridad, en los términos vistos para las competencias concurrentes en sanidad".

En fin, y en parte como estrambote, el ensayo aborda la considerada como una distribución compleja en materia de personal a resultas del "cuadro polivalente de regímenes jurídicos de empleo" (funcionarios, personal estatutario y personal laboral en sentido estricto) y, en particular, de los "problemas delicadísimos de adscripción orgánica y dependencia funcional, por una parte; y de mantenimiento de los derechos adquiridos, por otra". En juego estaba, ni más ni menos, el art. 103.3 CE en conexión con el art. 149.1.18ª CE, abocando a la inevitable "pugna de intereses políticos y de derechos funcionariales" que tantos y tantos quebraderos de cabeza suscitó bajo la forma de pleitos ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y de lo social.

III. VALORACIÓN FINAL

"La distribución de competencias es altamente compleja, pero perfectamente asimilable si se opera razonablemente". Escribiendo el adverbio en cursiva, la frase constituye perfecto colofón a la reflexión acometida a lo largo de las páginas precedentes y define en gran medida alguno de los rasgos de la personalidad del homenajeado, en tanto destaca la valentía en sus planteamientos, el rigor en la metodología a emplear y el afán de proporcionar soluciones cabales a los problemas prácticos que suscita el Derecho.

En ningún momento rehúye abordar los temas que en aquel momento estaban de actualidad y en pleno proceso de construcción. Arriesga con claridad donde muchos especulaban con ambigüedades, consciente de que en las prospecciones de futuro es fácil no acertar, pero sí indicar caminos por donde puede transitar una solución adecuada, en tanto bien fundada en Derecho.

Obra la sinceridad de una opción metodológica muy concreta, que prescinde de la interpretación literal del término Seguridad Social para abrirlo al más amplio concepto de protección social, a fin de superar la desagregación de funciones político-sociales y destacar la interrelación entre aquel Sistema, ahora considerado en sentido estricto, y los de sanidad y asistencia social (en el cual incorpora, también, los servicios sociales). De este modo, la interpretación "globalizadora" conseguirá proporcionar una urdimbre de relaciones más rica en su conexión con la interpretación histórica y los fines sistemáticos a los cuales sirve.

Por último, adopta lo razonable en el caso concreto como lema. La prudencia como norte siempre en aras de soluciones armónicas que superen perspectivas estrictamente teóricas para resultar útiles en su eventual proyección práctica.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/ competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero". *Actualidad laboral*, nº 5, 2014, p. 4.

Algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para combatir el desempleo y conflicto entre competencias estatales y autonómicas de las políticas activas de empleo[1]

Algorithms and Artificial Intelligence (AI) to fight the unemployment and conflict between state and regional competences of active employment policies

SARA GUINDO MORALES
Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7018-8681

Cita Sugerida: GUINDO MORALES, S.: "Algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para combatir el desempleo y conflicto entre competencias estatales y autonómicas de las políticas activas de empleo", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 211-219

Resumen

En este estudio doctrinal inserto en el monográfico en homenaje al Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz se analiza una de sus publicaciones incluida en el número 5 de la *Revista Actualidad Laboral* del año 2014 y que lleva por título "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero". Además, se analiza el tema de los algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para combatir el desempleo como política activa de empleo a raíz de la reciente Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

Palabras clave

Políticas activas de empleo; competencia estatal; competencia autonómica; algoritmo; IA

Abstract

In this doctrinal study inserted in the monograph in homage to Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz, one of his publications included in number 5 of the *Revista Actualidad Laboral* of 2014 is analyzed and entitled "Judicial Gloss. Active employment policies: regional competences v/state competences. Law 56/2003, of 16 December, on Employment and STC 22/2014, of 13 February". In addition, the issue of algorithms and Artificial Intelligence (AI) to fight the unemployment as an active employment policy is analyzed as a result of the recent Resolution of April 26, 2022, of the Secretary of State for Employment and Social Economy, by which the Agreement of the Council of Ministers of April 19, 2022 is published, app. oving the Annual Employment Policy Plan for 2022, as established in article 11.2 of the revised text of the Employment Law, app. oved by Royal Legislative Decree 3/2015, of 23 October

Keywords

Active employment policies; state competence; regional competence; algorithm; AI

[1] (a) Estudio doctrinal fruto de una estancia de investigación realizada en Reino Unido (City, University of London). Financiada por el Plan de Recualificación del profesorado universitario, dentro del Plan Resiliencia de la Unión Europea (Next Generation), Gobierno de España (Ministerio de Universidades) y la Universidad de Granada. Convocatoria pública por Resolución de 30 de junio de 2021 de la Universidad de Granada. (b) Trabajo realizado al amparo del proyecto titulado "Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación [PID2020-115701RB-I00]. (c) Trabajo realizado al amparo del Proyecto de Investigación Precompetitivo para Jóvenes Investigadores del Plan Propio 2021 titulado "La Inteligencia Artificial (IA): ¿el "apocalipsis" del Derecho al/del Trabajo?" concedido por la Universidad de Granada [PPJIA2021-04].

"Solamente aquel que contribuye al futuro tiene derecho a juzgar el pasado"

(Friedrich Nietzsche)

I. PUBLICACIÓN QUE SE COMENTA

En este estudio doctrinal inserto en el monográfico en homenaje al Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz se analiza una de sus publicaciones incluida en el número 5 de la Revista Actualidad Laboral del año 2014 y que lleva por título "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero".

II. INTRODUCCIÓN

En virtud del resumen ofrecido por el Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz en dicha publicación, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral conforme lo dispuesto en el artículo 149.1.7 de la Constitución Española[2] (en adelante y para simplificar, CE), sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas[3].

Y tal competencia se ciñe al orden de las relaciones de trabajo, esto es, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[4], actual 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[5] (en adelante y para simplificar, ET)[6].

No obstante lo anterior, añade el Prof. D. Efrén (de ahí la relevancia de esta publicación que se comenta) que la exclusividad puede alcanzar a otras materias conexas a las laborales, incluso en cuanto a normas y/o actos de ejecución, de ahí la relevancia de los principios de territorialidad (de las competencias ejecutivas autonómicas) y supraterritorialidad (como criterio de atribución de competencias ejecutivas al Estado)[7].

III. COMENTARIO

III.1. Comentario a la obra del Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz

Según el Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz, existe conforme a lo contenido en el artículo 149.1.7 de la CE una competencia dual en materia laboral: legislación y ejecución, lo que significa que al Estado compete la ordenación general de la materia laboral sin que haya espacio para una regulación externa a cargo de las Comunidades Autónomas, por lo que estas entidades de base territorial únicamente pueden contar con una competencia de mera ejecución de la normación estatal[8].

---

[2] Publicada en el BOE en fecha de 29 de diciembre de 1978.

[3] También cabe señalar que, en virtud del artículo 149.1.17 de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias "Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas". Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 1 (recurso electrónico).

[4] Publicado en el BOE en fecha de 29 de marzo de 1995.

[5] Publicado en el BOE en fecha de 24 de octubre de 2015.

[6] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 2 (recurso electrónico).

[7] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 2 (recurso electrónico).

[8] *Ibídem*.

Ahora bien, añade que, si la ejercen, hay en el orden de la acción ejecutiva una doble manifestación competencial, autonómica y estatal, y que, en virtud de la Sentencia del TC de fecha 13 de febrero del año 2014[9] que analiza en su estudio doctrinal (que resolvió desestimando todos los términos de un Recurso de Inconstitucionalidad –presentado en el año 2004, motivo por el cual, el Prof. D. Efrén alega que los tiempos judiciales se miden por decenios en un proclamado Estado de Derecho– interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo –en adelante y para simplificar, Ley 56/2003– por vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de fomento del empleo, si bien contó con un voto particular discrepante de uno de los magistrados del Pleno del TC), al Estado compete: "la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales, así como la potestad sancionadora en la materia"[10].

Por otro lado, el Prof. D. Efrén entiende que la materia laboral no se identifica, sin más, con el orden laboral, pues tiene un sentido concreto y restringido que coincide con el lenguaje usual que refiere dicho adjetivo laboral sólo al trabajo por cuenta ajena tal y como está enmarcado por la originaria Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores[11], estatuto que marca cuando nos encontramos ante una relación de trabajo asalariada o por cuenta ajena[12], así como las exclusiones y excepciones al respecto[13].

A lo que adiciona que la construcción jurídica anterior descansa sobre el artículo 149.1.7 de la CE, pero que no sólo debemos centrarnos en dicho precepto, pues considera que en ella hay otros que amplían el ámbito material abierto a la competencia del Estado que también puede dictar medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, en virtud de lo contemplado en el artículo 40.1 *in fine* de la CE[14] y del respaldo competencial del artículo 149.1.13 de la CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la materia relativa a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, siendo precisamente en este ámbito ensanchado de las materias conexas a la laboral estricta en el que es operativa la competencia estatal para adoptar medidas en materia de fomento del empleo[15].

Por ello, a la hora de resolver dicho fallido Recurso de Inconstitucionalidad, el Prof. D. Efrén entiende que los términos competenciales son muy delgados, ya que no solo no evitan, sino que facilitan las cuestiones vidriosas de fijación de límites cuando éstos están marcados por simples mojones y no por trazos continuos: sin reservas, salvedades y excepciones[16].

Por todo ello, concluye el Prof. D. Efrén que cuando el hecho objeto de la competencia se circunscribe en un ámbito exclusivamente autonómico, la Comunidad Autónoma correspondiente

[9] [RTC 2014\22].

[10] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 2 (recurso electrónico).

[11] Publicada en el BOE en fecha de 14 de marzo de 1980.

[12] Cuando concurren según el artículo 1.1 las notas definidoras de la voluntariedad, la ajenidad, la dependencia o subordinación y la onerosidad o retribución.

[13] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 2 (recurso electrónico).

[14] Según el cual, los poderes públicos "realizarán una política orientada al pleno empleo".

[15] *Ibídem*, pp. 2 y 3.

[16] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, p. 3 (recurso electrónico).

tiene facultades ejecutivas propias, mientras que si tal fenómeno afecta a dos o más Comunidades Autónomas, la competencia es propia del Estado[17].

Sin embargo, añade que este didactismo no es concluyente en el orden casuístico y trufado de intereses políticos que, en su opinión, es el que campea en las relaciones entre el Estado y sus organizaciones territoriales, de ahí que entienda que la citada STC concluya ofreciendo una brújula para salvar tanta inseguridad y así dice que el traslado de la titularidad de la potestad ejecutiva de las autonomías al poder central tiene carácter excepcional y "solo puede producirse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio en las competencias autonómicas o cuando además del carácter supra autonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él".

Y que, aunque sea posible dicho fraccionamiento, para que sea lícito el traslado de dichas competencias al Estado se exige que "dicha actuación tampoco puede ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación".

En definitiva, según el Prof. D. Efrén, el Estado, en este orden del ejercicio de facultades ejecutivas en materias que no sean estrictamente laborales pero sí conexas con ellas únicamente retendrá como único titular la prerrogativa en discusión cuando sea necesario recurrir a un ente supraordinado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, lo que sucede, por ejemplo, cuando aparece un peligro inminente de daños irreparables, esto es, cuando está en juego el estado de necesidad[18].

III.2. Actual concepto y tipos de políticas de empleo tras el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, que derogó la Ley 56/2003

Por un lado, por lo que se refiere al concepto legal de política de empleo, según el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante y para simplificar, RDL 3/2015), teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41[19] de la Carta Magna "la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo".

Por otro lado, cabe señalar que el régimen jurídico de las políticas activas de empleo se contiene en el Capítulo II del RDL 3/2015, englobando los artículos 36 a 40. Así pues, el artículo 36.1 entiende por políticas activas de empleo "el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social".

A lo que añade que "las políticas definidas en el párrafo anterior deberán desarrollarse en todo el Estado, teniendo en cuenta la Estrategia Española de Activación para el Empleo, los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo, de manera coordinada entre los

[17] *Ibidem*.

[18] SSTC de 26 de junio de 1995 [RTC 1995\102], de 4 de noviembre de 2004 y de 18 de diciembre de 2012 [RTC 2012\244].

[19] A tenor del cual, "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

agentes de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral e intermediación laboral que realizan tales acciones, con objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo".

Por tanto, dichas definiciones son muy parecidas a las contempladas en los artículos 1[20] y 23[21] relativos al concepto de política de empleo y de políticas activas de empleo, respectivamente, de la derogada Ley 56/2003.

III.3. Algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para combatir el desempleo como política activa de empleo: la Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre

Actualmente, por lo que se refiere a las políticas activas de empleo, se ha publicado recientemente la Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre[22] (en adelante y para simplificar, Resolución de 26 de abril de 2022).

En este sentido, según su Anexo "Acuerdo por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre", no sin antes dejar claro que el artículo 149.1.7 de la CE establece que la competencia legislativa en materia laboral corresponde al Estado, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas, dispone que el plan tiene como objetivo ser un referente de innovación y eficacia en las políticas activas de empleo juvenil en territorio nacional, en combinación con otras áreas como la educación, la inclusión social, la participación juvenil, la economía circular, o la economía del conocimiento, así como persigue ofrecer respuestas integrales a las personas jóvenes en su acceso al mercado de trabajo desde una perspectiva de desarrollo sostenible y de búsqueda de la excelencia en la gestión de los servicios ofrecidos, con el objetivo de favorecer la integración socio-económica y el desarrollo personal y social de las personas jóvenes.

A lo que añade que los servicios y programas de políticas activas de empleo e intermediación laboral que tanto las Comunidades Autónomas como el SEPE, en sus respectivos ámbitos de competencia, desarrollarán en el marco de este Plan 2022, se recogen de manera resumida en el anexo II y de forma detallada en el anexo III, que lo acompañan.

---

[20] A tenor del que, "teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo".

[21] En virtud del cual, "se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.
Las políticas definidas en el párrafo anterior deberán desarrollarse en todo el Estado, teniendo en cuenta la Estrategia Española de Activación para el Empleo, los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo, de manera coordinada entre los agentes de formación profesional para el empleo e intermediación laboral que realizan tales acciones, con objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo".

[22] Publicada en el BOE en fecha de 4 de mayo de 2022.

Así pues, el anexo III, rubricado "PAPE 2022: Servicios y programas por Eje y CC. AA" se refiere a dos relativos a la Inteligencia Artificial (en adelante y para simplificar, IA) a la hora de gestionar las políticas de empleo:

— El PP01026 "Herramienta Inteligencia Artificial y de apoyo a toma de decisiones en el SEPE de Galicia".

— Y, en la Comunidad Autónoma de Madrid, el PP01034 "Inteligencia Artificial y robótica aplicada a la gestión de políticas de empleo".

Mientras que, por otro lado, a la hora de definir una serie de términos instrumentales en el Anexo V, la Resolución de 26 de abril de 2022 conceptualiza el algoritmo como la "serie de pasos organizados que describe (de forma cualitativa o cuantitativa) el proceso a seguir para resolver un problema específico", a lo que añade a renglón seguido que "La expresión matemática de un algoritmo es una fórmula", siendo el objetivo la finalidad a alcanzar o línea de actuación a desarrollar en el ámbito de las políticas activas de empleo[23].

Según la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno de fecha 4 de diciembre de 2018, la cual incluye un glosario con la definición de una serie de palabras, se podría definir un algoritmo como "una secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático"[24].

Y la IA como "el conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos"[25].

Por tanto, como hemos tenido ocasión de comprobar, según la Resolución de 26 de abril de 2022, ya se está utilizando la IA y los algoritmos a la hora de gestionar las políticas activas de empleo con el fin de evitar el desempleo, cuya tasa total a fecha a de octubre de 2022 se sitúa en España en el 12,5%.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Grosso modo, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo[26].

[23] *Vid*., al respecto, MTES: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, mayo de 2022, *passim*.

[24] Asquerino Lamparero, M. J.: "Algoritmos y Discriminación", en *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 2022 (recurso electrónico). Web: https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/30/algoritmo-y-discriminacion/

[25] *Ibídem*.

[26] Artículo 1 del RDL 3/2015. *Vid*., al respecto, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M. N., Olarte Encabo, S., Márquez Prieto, A., Fernández Avilés, J. A., Molina Hermosilla, O. y Perán Quesada, S.: *Manual de política y derecho del empleo. (Instituciones, Relaciones de Empleo y Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo),* Madrid, Tecnos, última edición, *passim*; Ortega Lozano, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo", en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) *et al*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 491-414; Ortega Lozano, P. G.: "Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo", en Álvarez Cortés, J. C. (Dir.) y Vila Tierno, F. (Coord.) *et al*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención*

Mientras que las políticas activas de empleo son el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social[27].

Por lo que se refiere al estudio doctrinal analizado del Prof. D. Efrén Borrajo Dacruz, en ocasiones la dualidad de competencias en materia laboral (legislativa y ejecutiva) ocasiona problemas que acaban en sede judicial, como es el caso de la Sentencia del TC de 13 de febrero de 2014 analizada en donde se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la ya derogada por el RDL 3/2015 Ley 56/2003 en tema de fomento del empleo.

Desestimación de todas y cada una de las distintas impugnaciones que, según el Prof. D. Efrén, dio lugar a un sólido repaso de la configuración constitucional de los siguientes ámbitos funcionales[28]:

— El alcance y contenido de la legislación laboral.

— El alcance y contenido de la potestad de ejecución y desarrollo de dicha legislación laboral.

— Las materias conexas pero distintas de las que merecen, en términos técnicos, la calificación de legislación laboral.

— El sentido que la CE ofrece de las reglas que afectan a la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas, con indicación del grado en que es permitido el uso del criterio de supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias ejecutivas al Estado.

— El grado y ámbito de la participación en la gestión de subvenciones económicas para fines de empleo.

Según el Anexo de la Resolución de 26 de abril de 2022 "Acuerdo por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre", no sin antes dejar claro que el artículo 149.1.7 de la CE establece que la competencia legislativa en materia laboral corresponde al Estado, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas, dispone que el plan tiene como objetivo ser un referente de innovación y eficacia en las políticas activas de empleo juvenil en territorio nacional, en combinación con otras áreas como la educación, la inclusión social, la participación juvenil, la economía circular, o la economía del conocimiento,

a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados, Málaga, Asociación Malagueña de Estudios e Investigaciones Sociales (AMEIS), 2017, *passim*.

[27] Artículo 36 del RDL 3/2015. *Vid*., al respecto, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M. N., Olarte Encabo, S., Márquez Prieto, A., Fernández Avilés, J. A., Molina Hermosilla, O. y Perán Quesada, S.: *Manual de política y derecho del empleo. (Instituciones, Relaciones de Empleo y Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo),* Madrid, Tecnos, última edición, *passim*; Ortega Lozano, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo", en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) *et al*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 491-414; Ortega Lozano, P. G.: "Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo", en Álvarez Cortés, J. C. (Dir.) y Vila Tierno, F. (Coord.) *et al*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Asociación Malagueña de Estudios e Investigaciones Sociales (AMEIS), 2017, *passim*.

[28] Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, pp. 1 y 2 (recurso electrónico).

así como persigue ofrecer respuestas integrales a las personas jóvenes en su acceso al mercado de trabajo desde una perspectiva de desarrollo sostenible y de búsqueda de la excelencia en la gestión de los servicios ofrecidos, con el objetivo de favorecer la integración socio-económica y el desarrollo personal y social de las personas jóvenes.

A lo que añade que los servicios y programas de políticas activas de empleo e intermediación laboral que tanto las Comunidades Autónomas como el SEPE, en sus respectivos ámbitos de competencia, desarrollarán en el marco de este Plan 2022, se recogen de manera resumida en el anexo II y de forma detallada en el anexo III, que lo acompañan.

Así pues, el anexo III, rubricado "PAPE 2022: Servicios y programas por Eje y CC. AA" se refiere a dos relativos a la IA a la hora de gestionar las políticas de empleo:

— El PP01026 "Herramienta Inteligencia Artificial y de apoyo a toma de decisiones en el SEPE de Galicia".

— Y, en la Comunidad Autónoma de Madrid, el PP01034 "Inteligencia Artificial y robótica aplicada a la gestión de políticas de empleo".

Mientras que, por otro lado, a la hora de definir una serie de términos instrumentales, la Resolución de 26 de abril de 2022 conceptualiza el algoritmo como la "serie de pasos organizados que describe (de forma cualitativa o cuantitativa) el proceso a seguir para resolver un problema específico. La expresión matemática de un algoritmo es una fórmula", siendo el objetivo la finalidad a alcanzar o línea de actuación a desarrollar en el ámbito de las políticas activas de empleo.

Según la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno de fecha 4 de diciembre de 2018, la cual incluye un glosario con la definición de una serie de palabras, se podría definir un algoritmo como "una secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático"[29]. Y la IA como "el conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos"[30].

Por tanto, como hemos tenido ocasión de comprobar, en virtud de la Resolución de 26 de abril de 2022, ya se está utilizando la IA y los algoritmos a la hora de gestionar las políticas activas de empleo con el fin de evitar el desempleo, cuya tasa total a fecha a de julio de 2022 se sitúa en España en el 12,6%.

V. BIBLIOGRAFÍA

Asquerino Lamparero, M. J.: "Algoritmos y Discriminación", en *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento,* 2022 (recurso electrónico). Web: https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/30/algoritmo-y-discriminacion/

[29] Asquerino Lamparero, M. J.: "Algoritmos y Discriminación", en *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento,* 2022 (recurso electrónico). Web: https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/30/algoritmo-y-discriminacion/

[30] Asquerino Lamparero, M. J.: "Algoritmos y Discriminación", en *TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento,* 2022 (recurso electrónico). Web: https://grupo.us.es/iwpr/2022/06/30/algoritmo-y-discriminacion/

Borrajo Dacruz, E.: "Glosa Judicial. Políticas activas de empleo: competencias autonómicas v/ competencias estatales. Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y STC 22/2014, de 13 de febrero", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014.

MTES: *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, mayo de 2022.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M. N., Olarte Encabo, S., Márquez Prieto, A., Fernández Avilés, J. A., Molina Hermosilla, O. y Perán Quesada, S.: *Manual de política y derecho del empleo. (Instituciones, Relaciones de Empleo y Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo),* Madrid, Tecnos, última edición.

Ortega Lozano, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo", en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) *et al*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

Ortega Lozano, P. G.: "Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo", en Álvarez Cortés, J. C. (Dir.) y Vila Tierno, F. (Coord.) *et al*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Asociación Malagueña de Estudios e Investigaciones Sociales (AMEIS), 2017.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: VV.AA.: *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, publicado por La Ley-Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010 y dirigido por Efrén Borrajo Dacruz, recoge las Ponencias y Comunicaciones de las 29 Jornadas de Derecho vivo del Trabajo celebradas en el IV Xacobeo Laboral, Jornadas que –con el mismo nombre que acoge la publicación colectiva– se desarrollaron en Santiago de Compostela desde el 3 al 5 de junio de 2010.

Mujer, Trabajo y Seguridad Social

Woman, Work, and Social Security

Inmaculada Ballester Pastor
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón

Cita Sugerida: BALLESTER PASTOR, I.: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 221-228

Resumen

Unas de las facetas, más conocidas, del profesor Borrajo Dacruz era el estudio crítico y reflexivo que al tema de la mujer hacía para dar conocer las irregularidades y desigualdades a las que estaba expuesta desde el punto de vista laboral y de Seguridad. Merece una especial reflexión y comentario el libro titulado "Mujer, trabajo y Seguridad Social" que el mismo publica en la editorial La Ley-Grupo Wolters Kluwer en el año 2010, el cual se analiza en el presente trabajo.

Palabras clave

mujer; Seguridad Social; salud; laboral y trabajo

Abstract

One of the most well-known facets of Professor Borrajo Dacruz was the critical and thoughtful study he did on the subject of women to make known the irregularities and inequalities to which he was exposed from the labor and security point of view. The book entitled "Women, Work and Social Security", published in La Ley-Grupo Wolters Kluwer in 2010, which is discussed in this paper, deserves special reflection and comment.

Keywords

women; social security; health; employment and labour

El libro *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, publicado por La Ley-Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010 y dirigido por Efrén Borrajo Dacruz, recoge las Ponencias y Comunicaciones de las 29 Jornadas de Derecho vivo del Trabajo celebradas en el IV Xacobeo Laboral, Jornadas que –con el mismo nombre que acoge la publicación colectiva– se desarrollaron en Santiago de Compostela desde el 3 al 5 de junio de 2010.

I. INTRODUCCIÓN

El libro *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, recoge, pues, por escrito, las Ponencias y Comunicaciones presentadas en dicha Jornada y la sistemática del libro sigue la misma programación que allí se había diseñado, con seis grandes apartados, configurados a lo largo de las siguientes temáticas:

— El perfil social de la mujer trabajadora en España

— Mujer y trabajo a tiempo parcial y medidas de adaptación de la duración y/o de la distribución de la jornada (reducciones, horarios flexibles, turnos de trabajo, movilidades, etcétera)

— La suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora

— La extinción del contrato de trabajo de la mujer trabajadora

— Mujer y deporte profesional

— Mujer y salud en el trabajo

La Introducción del Libro incluye cuatro aportaciones, la Presentación del Libro, a cargo del Director, la Lección de apertura, a cargo de Beatriz Mato Otero, la Invocación a Santiago Apóstol, por Rosalía Díaz Valcárcel y un análisis acerca de la Cotitularidad de las medidas legales para la conciliación de la vida familiar y laboral, cuya autoría corresponde a también al Director de la publicación, Efren Borrajo.

En la Lección de apertura, a cargo de La Exma. Sra. Beatriz Mato Otero, Conselleira de Traballo e Benestar (Xunta de Galicia) se puede leer:

(…) *Las desigualdades sólo perjudican a las personas discriminadas y acaban generando desajustes que afectan a toda la sociedad y a todos los ámbitos del desarrollo (...)*(…) *El hombre ya no es el sostén principal de la familia. La mujer ya no tiene un papel subsidiario (...*)(…) *no concibo la conciliación como necesidad única de las trabajadoras en femenino, puesto que la corresponsabilidad es otro de los aspectos a introducir. Pero a nadie escapará que, por mayoría abrumadora, son todavía las mujeres las que acusan las consecuencias de la falta de conciliación, y esas consecuencias son la renuncia al tiempo propio, o la renuncia a mayores responsabilidades, o la renuncia a un contrato a tiempo completo. El tiempo de las renuncias tiene que acabarse (...)*

En la Presentación de las Jornadas, Efren Borrajo añade a lo anterior:

La mujer ya no es el auxiliar asociado; subordinado, sin proyecto vital propio. Ni tampoco es el asesor de la alcoba, o el jefe en la trastienda. Ya no hay dos planos en el ejercicio del poder: uno manifiesto y aparente; el otro tácito y real. La paridad de roles familiares y profesionales supera una y otra situación; avanza hacia la cotitularidad de derechos y deberes; la cotitularidad de beneficios y responsabilidades; la cotitularidad de dispensas y cargas.

Con un total de 116 asistentes a las Jornadas, la publicación recoge la contribución de 37 autores, clasificadas en seis grandes apartados, donde aparecen las siguientes contribuciones.

1º parte: El perfil social de las mujeres trabajadoras en España.

1. ALMARCHA BARBADO, A., GOZÁLEZ RODRIGUEZ, B., "Perfil social de las mujeres trabajadoras en España: puntos significativos".
2. FERREIRO REGUEIRO, C., "La promoción profesional de la mujer en la negociación colectiva de empresa".
3. MIÑARRO YANINI, M., "Breve análisis del trabajo de la mujer en la Comunidad Valenciana"

2ª parte: Mujer y trabajo a tiempo parcial y medidas de adaptación de la duración y/o de la distribución de la Jornada: reducciones, horarios flexibles, turnos de trabajo, movilidades, etc.

1. SOUTO PRIETO, J., Mujer y trabajo: reducciones de jornada. Puntos críticos en materia laboral.

2. DESDENTADO BONETE, A., Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social.
3. GOERLICH PESET, J.M., NORES TORRES, L.E., Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente.
4. LOPEZ ALVAREZ, M.J., Impacto en la retribución de los permisos y reducciones de jornada por causas familiares.
5. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena. Nuevas interpretaciones a la luz de la más reciente jurisprudencia.
6. MARIN CORREA, J.M., Cuidado de un hijo y horario laboral.
7. RIVAS VALLEJO, P., Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el Derecho español.

3ª parte: La suspensión del contrato de la mujer trabajadora.

1. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., La suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora (supuestos más significativos y puntos críticos)
2. ALVAREZ CUESTA, H., Apuntes para la reforma del Régimen especial de los empleados de hogar.
3. CABEZA PEREIRO, J., La maternidad de las profesionales aseguradas por Mutualidades de previsión social alternativas al RETA. Derechos del "otro progenitor".
4. CASTRO ARGÜELLES, M.A., El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos.
5. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., El juego de la igualdad del disfrute del permiso por parto de familiar.
6. LOUSADA AROCHENA, J.F., Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales.
7. MELLA MÉNDEZ, L., La suspensión por violencia de género del contrato de la trabajadora por cuenta ajena: algunos puntos críticos.
8. TASCÓN LÓPEZ, R., Notas críticas sobre la modalidad procesal especial de tutela de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

4ª parte: La extinción del contrato de trabajo de la mujer trabajadora.

1. PEDRAJAS MORENO, A., la extinción del contrato de trabajo de la mujer trabajadora: supuestos significativos y puntos críticos en el orden laboral y de la Seguridad Social.
2. BLASCO PELLICER, A., La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora.

5ª parte: Mujer y deporte profesional.

1. MARTINEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., Mujer y deporte profesional: supuestos significativos y puntos críticos laborales y de la Seguridad Social.
2. RODRÍGUEZ-MARTÍN RETORTILLO, R., Equipos separados en deportes de contacto ¿discriminación por razón de sexo? A propósito del caso Mercer v. Duke University.
3. RON LATAS, R.P., La protección social de las deportistas en España

4. VIZCAINO RAMOS, I., Los rastros del profesionalismo deportivo femenino en las estadísticas del Consejo Superior de Deportes.

6ª parte: Mujer y salud en el trabajo.

1. GARCÍA MURCIA, J., Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad.
2. RODRIGUEZ CARDO, I.A., Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos.
3. CEINOS SUÁREZ, A., El papel de la negociación colectiva ante el acoso sexual: nuevas medidas para viejos problemas.
4. LLANO SÁNCHEZ, M., Reducción de jornada por guarda legal: casos judiciales significativos.
5. MARTINEZ BARROSO, M.R., El subsidio económico de las madres lactantes. Análisis de su régimen jurídico y de la incipiente doctrina judicial a propósito de su procedencia o improcedencia.
6. MIRANDA BOTO, J.M., La Directiva 92/85/CEE como instrumento fundamental de protección de la mujer embarazada: jurisprudencia reciente.

II. MUJER, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: UNA VISIÓN A 2010 DESDE EL 2022

Desde la perspectiva de quien lee estos estudios en el año 2022 resulta interesante detenernos y contrastar si ha habido avances en algunas de las cuestiones que se planteaban ya en 2010 en los estudios que aparecen en esta obra colectiva y que estamos intentando resolver o que ya hemos solucionado, hoy, es decir: ¿qué se ha solucionado y qué queda por hacer? Como se verá –de forma muy puntual y sintética– sí se ha solucionado algo, pero queda, desgraciadamente, todavía, demasiado por hacer.

Así, comenzando por los indicadores de igualdad, no hay duda de que nuestro país ha mejorado sensiblemente. Relataba, en 2010, ALMARCHA (página 42) que España se encontraba, en 2009, en el cuarto lugar por la cola del listado de los 25 países europeos mejor valorados, es decir, en el puesto número 21º, habiendo puntuado alto, por aquel entonces, sólo en el indicador de poder político, dado –se explica– que en las últimas décadas se había puesto bastante énfasis en los temas de paridad a nivel de parlamentarias/os y otros órganos de alta representatividad política; sin embargo, en dimensiones como renta, recursos, ocio y poder socioeconómico, España quedaba relegada al puesto número 24.

En 2022 es cierto que el tiempo dedicado a cuidados en España sigue siendo excesivo en el caso de ellas, pero los indicadores de igualdad son mucho más esperanzadores. El Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) en su Informe: el *Gender Equality Indez 2021. Health.* destaca que España saca una buena puntuación en igualdad pues ocupa el 6º puesto dentro de la UE, obteniendo un total de 73,3 puntos sobre 100[1] pero en el apartado relativo al tiempo dedicado al cuidado, nuestro país tiene una puntuación mucho menor (de 64 puntos); lo malo no es la puntuación obtenida sino el hecho de que ésta sea menor a la de 2012 (que fue 65 puntos). No obstante, como se puede leer en este Informe, es posible que se esté avanzando en términos de igualdad, pero se tiene la sensación de que los avances son lentos y de seguir con este ritmo de progreso, con un avance de aproximadamente 1 punto cada dos años, harían falta casi tres generaciones para alcanzar la igualdad de género en la Unión Europea. Por tanto, se ha avanzado, sí, pero queda mucho por andar, sin olvidar que la reciente pandemia COVID ha provocado retrocesos relevantes en materia de igualdad.

[1] En este índice se tiene en cuenta la participación laboral de las mujeres, la segregación ocupacional y la calidad del trabajo, los recursos financieros y la situación económica de las mujeres, el nivel educativo y la segregación existente en los estudios y, entre otros aspectos, el tiempo dedicado a las actividades relacionadas con los cuidados.

Igualmente, ya se observaba en 2010 –como no podía ser de otra manera– que la falta de ayuda a las familias españolas por parte del Estado podía ser un freno –tal como ha ocurrido sin duda alguna– ya no solo al crecimiento de los índices de natalidad, sino, también un obstáculo importante que limita las posibilidades reales de formar parte del mercado de trabajo asalariado, desde el momento en que se hace preciso ocuparse de las tareas domésticas y además, en bastantes casos, de las del cuidado de enfermos, personas discapacitadas y mayores en muchos hogares que no reciben ayudas estatales. (ALMARCHA, p. 55). Aparecía ya entonces la Europa que, a este respecto, avanzaba a dos velocidades: los países más adelantados: los de la Europa del Este –Finlandia, Suecia, Dinamarca– con tasas más altas de ayuda y de equidad y los países donde existía una mayor desprotección, los del Sur de Europa –Italia, Grecia, España y Portugal– donde eran evidentes las carencias. En aquellos años, ocurría que el trabajo a tiempo parcial de las mujeres españolas (junto a las de Grecia, Bulgaria, República Checa, Hungría, Eslovaquia y Rumanía) era de los más bajos de Europa, al contrario de lo que sucedía en los países bálticos, y en España, la proporción de mujeres en trabajo a tiempo parcial era más del doble que los varones.

Actualmente sigue ocurriendo que las mujeres trabajan más a tiempo parcial que los hombres, que ellas perciben una menor retribución salarial y que cuentan con carreras laborales más cortas debido a interrupciones por cuidado de hijos o familiares. Y, además, la combinación de estos tres factores sigue ocasionando un "efecto bola de nieve" y repercute, obviamente, en la brecha de pensiones[2].

Y también sospechaba, entonces, DESDENTADO de la inconstitucionalidad que rodeaba la ordenación vigente de la Seguridad Social en relación con el contrato a tiempo parcial, inconstitucionalidad que ha sido finalmente reconocida, aunque sólo en algunos aspectos de la normativa existente, lo que significa un logro, pero incompleto, todavía.

Así, la Sentencia del TJUE Violeta Villar Láiz ha examinado la compatibilidad del art. 4.1º de la Directiva 79/7/CEE con el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los arts. 247 y 248 TRLGSS y concluye que existe discriminación indirecta basada en el sexo pues aparecen en tales preceptos dos elementos que pueden reducir los importes de las pensiones de jubilación: por una parte la base reguladora de la pensión de jubilación, que se calcula por la remuneración efectivamente percibida por las horas trabajadas y, a esta reducción, después se le aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad. El TJUE concluye que el primer elemento corrector ya permite conseguir el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, por lo que esta normativa va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que se pretende.

Y este último pronunciamiento, ha sido asumido también por el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) nº 91/2019, de 3 de julio, pronunciamiento que ha hecho propia la conclusión a la que llegaba el TJUE, considerando que la doble reducción aplicada a los trabajadores a tiempo parcial, al afectar predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada que no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable, motivo por el que el precepto ha sido declarado inconstitucional y nulo el inciso "de jubilación" del párrafo primero de la letra c) de la DA 7ª, apartado 1, del TRLGSS al constituir una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

No obstante, el TJUE ha rechazado la existencia de discriminación indirecta en otros casos. Lo hizo en la Sentencia Caldalchora, en donde se examinó –también en torno a la normativa de protección social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial– el método legal para la integración de los períodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial y se concluyó que éste –en

[2] Alaminos, E., "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama Social*, nº 27, 2018, p. 133.

cambio– no era contrario a la Directiva 79/7/CE pues tal y como estaba articulado solo perjudicaba a parte de los trabajadores a tiempo parcial y tal perjuicio devenía aleatorio.

Volviendo a 2010, se preguntaba también DESDENTADO, quién debía hacerse cargo de ese coste que tiene que ver con las necesarias adaptaciones –laborales– y/o con las limitaciones derivadas de la maternidad y las cargas de atención familiar. Y concluía DESDENTADO, que el coste solo puede socializarse a través de diversas formas: a través de servicios públicos generales (provisión de guarderías y centros preescolares, servicios de atención a la dependencia, ayuda familiar) o mediante la aplicación de prestaciones en el marco de sistemas contributivos de seguridad social (subsidios de maternidad, paternidad y prestaciones complementarias). …. (aunque este coste) también puede hacerse recaer sobre el empresario, mediante la imposición a éste de obligaciones en el marco del contrato de trabajo o de la Seguridad Social, lo que tiene el conocido efecto perverso de incentivar la discriminación por razón de sexo. Y cabe, por último, que el coste corra a cargo de los trabajadores con cargas familiares, proyectándose en especial sobre las mujeres trabajadoras y su entorno familiar.

Se lamentaba, entonces DESDENTADO, de que en España el desarrollo de los servicios públicos generales –salvo el caso de la asistencia sanitaria y la enseñanza formal– había sido muy limitado. La cobertura pública se realizaba fundamentalmente a través de la protección de la maternidad y la paternidad por la Seguridad Social y la asunción por ésta de las medidas complementarias. La protección a la familia se había convertido en una rama marginal de nuestra protección social, completada a veces con medidas más o menos volátiles como la asignación por nacimiento. En gran parte, el peso de las adaptaciones de conciliación recaía, por tanto, sobre los propios trabajadores afectados.

En 2022 ya somos muy conscientes de que la corresponsabilidad, las medidas de flexibilidad horaria que ayuden a conciliar y el Cuarto Pilar –o la denominada Economía de los cuidados– van a ser elementos clave de la imprescindible incorporación masiva de los cuidadores –mujeres mayoritariamente– al trabajo productivo –y retribuido– y para que éstos puedan acceder más fácilmente a una protección social digna.

En el entorno comunitario, la Comunicación de la Comisión: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025* destaca ya, entre uno de los objetivos y acciones a lograr, el que los Estados miembros velen por la trasposición y aplicación de la Directiva sobre conciliación de la vida familiar y profesional, la *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores*[3]. La Comisión quiere incluso ir más allá de lo que se señala en la misma Comunicación y pide a los Estados miembros que vayan más allá de estas normas mínimas en la revisión de sus políticas[4]. Asimismo, se insiste en que es esencial el reparto equitativo de las responsabilidades en el hogar y la disponibilidad de servicios de guardería, de asistencia social y de servicios domésticos, por lo que la inversión en servicios asistenciales es importante.

En nuestro país se ha diseñado hace poco el *Plan estratégico para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 2022-2025,* donde aparecen medidas para promover empresas y Administraciones responsables con la igualdad de género, con actuaciones concretas y su seguimiento posterior[5]. Aquí

[3] Los Estados miembros deben trasponer esta Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2022 (y el 2 de agosto de 2024 por lo que se refiere al pago de las dos últimas semanas del período mínimo parental de dos meses).

[4] Vid, apartado 2 de la Estrategia para la igualdad de género, página 8.

[5] Aparecen aquí –sin ánimo exhaustivo– las siguientes medidas: 209. Elaborar un estudio sobre la brecha de género en las pensiones.210. Puesta a disposición de las empresas herramientas para la igualdad retributiva, tales como el registro retributivo, el procedimiento de valoración de puestos de trabajo y la guía de auditoría retributiva con perspectiva de género, y seguimiento de su aplicación y eficacia 211. Seguimiento de la aplicación del RD 902/2020 de igualdad retributiva, para analizar su eficacia y para eventuales propuestas de mejora. 212. Análisis de los resultados de la aplicación del registro retributivo desde la perspectiva de la reducción de la brecha salarial y la implementación de mecanismos objetivos de acceso, gestión de personal, promoción y retribución en la empresa

consta la necesidad de visibilizar, reconocer y dar valor a los cuidados, incluyendo el avanzar en la creación de un Observatorio del cuidado; también se pretende impulsar desde el ámbito educativo actuaciones destinadas a romper con la asignación de los cuidados a las mujeres y corresponsabilizar a los hombres de los trabajos domésticos y de cuidados[6]. Asimismo, el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, en su componente 22, apunta hacia un nuevo modelo productivo en el que tenga protagonismo la disponibilidad y asequibilidad de infraestructuras y servicios profesionales de cuidados[7]; y el *Plan Corresponsables* insiste en la necesidad de creación de sistemas integrales de cuidado, facilitando a las familias los servicios de cuidado profesionalizado[8].

Se trataría de crear una verdadera "economía de los cuidados" a la que alude el *Informe Mundial sobre Protección social de la OIT*, imprescindible para mejorar el sistema de cuidades de larga duración, el llamado Cuarto Pilar en el ámbito europeo, algo que va a tener un gran potencial, también, en la creación de empleo de calidad en este sector. Finalmente, el mismo componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia propone la mejora de las prestaciones económicas no contributivas y fomentar la activación laboral de los beneficiarios de un ingreso mínimo vital, lo que implica, en suma, la protección económica y social de las mujeres más vulnerables.

España, en 2022, parece, que, al menos, ha hecho sus deberes diseñando Planes y Estrategias, pero falta ahora que los objetivos y medidas plasmados se lleven a la práctica y se obtengan los ansiados frutos, lo que está por ver. Desde el punto de vista legislativo el Real Decreto-Ley 6/2019, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo ha avanzado claramente en la corresponsabilidad de los cuidados y el trabajo no remunerado, al equipararse y concederse permisos por nacimiento a ambos progenitores. Y en 2020 vieron la luz el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y el RD 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Y también se acaban de conseguir avances en relación con la protección social dado que ésta ya se mejora –afortunadamente, corrigiendo una deuda histórica injustificable– a las empleadas de hogar. Echando ahora, de nuevo, la vista atrás, en 2010, señalaba ALVAREZ CUESTA que la carencia

213. Potenciación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de discriminación salarial, incluyendo las nuevas obligaciones empresariales tales como el registro retributivo. 214. Análisis de la brecha salarial ajustada en la AGE y desarrollo, en caso necesario, de un plan de actuación para eliminar diferencias salariales por razón de sexo. 215. Impulso a la realización de un estudio desde la perspectiva de género y actualizada, conforme a las nuevas realidades familiares y sociales, del marco normativo en materia de derecho civil y de familia. 216. Sostenimiento de la mejora de las pensiones ordinarias de viudedad del régimen de Clases Pasivas del Estado en cuanto al incremento del porcentaje para el cálculo de la cuantía de la pensión al 58% 217. Consolidación del reconocimiento y abono del complemento para la reducción de la brecha de género con el que se persigue compensar el perjuicio causado, mayoritariamente a las mujeres, en sus carreras laborales, al considerar la maternidad como una de las principales causas de la existencia de la brecha de género en la pensión, y estará en vigor mientras la brecha de género de las pensiones sea superior al 5% 218. Incremento de la pensión de viudedad hasta llegar al 60% de la base reguladora para las personas de 65 y más años. Vid, página 75.

[6] Entre otros objetivos, aparece también el de avanzar en la universalización del acceso a la educación infantil 0-3 años a través de la red pública incrementando su cobertura y la flexibilidad horaria. Igualmente se incluye el impulsar un Plan de choque y reformular el Sistema de promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) aumentando su cobertura, su plantilla y las condiciones laborales de ésta, y mejorando sus distintos servicios e infraestructuras; y se habla de crear nuevos servicios de cuidados que complementen los servicios existentes y den cobertura pública a las necesidades de cuidados, especialmente las sobrevenidas por la crisis de la Covid-19, accesibles para las personas desempleadas y que prioricen la atención de hogares monoparentales, entre otros; finalmente se habla de profesionalizar los cuidados en precario (remunerados y no remunerados).

[7] Se adopta aquí una estrategia de "profesionalización de los servicios de cuidado, otorgando un mayor peso a los servicios frente a las prestaciones económicas para el cuidado familiar, lo que puede tener un impacto directo en la división del trabajo, además de mejorar el empleo y sus condiciones en este sector. El Plan establece la creación de plazas de escolarización de niños de 0 a 3 años y se pone también énfasis en la atención a la dependencia.

[8] Acerca de este Plan Corresponsables, apunta el Informe del CES de 2022 que está por ver cuán efectiva será la aplicación de este Plan por las Comunidades Autónomas, Vid. p. 167.

del desempleo, la no integración de lagunas en este Régimen y la inexistencia de contingencias profesionales debía revisarse (p. 343), pues éstas infringirían el art. 41 de la Constitución. Pues bien, volviendo a nuestros días, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 y la ratificación del Convenio nº 189 de la OIT, el RDL 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, BOE de 8 de septiembre de 2022, las empleadas de hogar ya tienen acceso, al fin, a la prestación por desempleo, entre otras mejoras.

Y, para finalizar, en 2010 pedía, también, LOUSADA AROCHENA –aunque la norma, entonces, tenía un tenor bien distinto al actual– que las familias monoparentales –un colectivo olvidado por el legislador insistentemente– debían recibir el disfrute acumulado de la, entonces denominada, maternidad y paternidad.

Decía LOUSADA (p. 407) que (…) *Resulta más razonable a los efectos de una mejor conciliación que, en la totalidad de los supuestos de monoparentalidad materna en el caso de parto –ausencia de determinación de la filiación paterna, fallecimiento del padre, ausencia de matrimonio o unión de hecho con la madre que le impida al padre ejercer sus deberes de cuidado, atribución a la madre de la custodia del hijo en caso de crisis matrimonial– y en la totalidad de los supuestos de monoparentalidad –materna o paterna– en los casos de adopción o acogimiento, se permita el disfrute acumulado de maternidad y paternidad, solución con la que se garantiza que el menor globalmente reciba el mismo tiempo destinado a su cuidado que con dos progenitores.*

Hoy día, el legislador sigue sin contemplar este modelo de familia –que demanda y precisa una sobreprotección–, aunque ya los Tribunales han comenzado a reconocer el derecho a la percepción de 26 semanas de permiso por nacimiento y cuidado de hijos a las familias monoparentales[9]; no obstante, el Alto Tribunal debe encargarse de unificar la doctrina judicial contradictoria o, mejor aún, el legislador debe proporcionar una respuesta que proporcione el amparo que estas familias precisan.

III. UN APUNTE FINAL…

El libro colectivo que tenemos entre manos –pleno de estudios doctrinales de alta calidad científica– sigue siendo –a pesar del tiempo transcurrido– irrepetible e imprescindible. Queda patente en él que son muchas las parcelas en las que se está avanzando en materia de igualdad y en la reducción de las desigualdades laborales que afectan, a la postre, en la protección social que se reconoce y de la que no disfrutan –por igual– las mujeres. Sólo queda decir que urge que estas cuestiones sigan siendo objeto de intensos estudios como éste, que el legislador actúe y que, por supuesto, todo ello se haga a la mayor velocidad posible.

[9] Conceden el permiso por cuidado y nacimiento de hijo –26 semanas– la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) nº 425/2022, de 28 de enero, ECLI:ES:TSJGAL:2022:971; la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) nº 2173/2022, de 9 de mayo, ECLI:ES:TSJGAL:2022:3469 y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Córdoba (Comunidad Autónoma de Andalucía) nº 2/2022, de 13 de enero, ECLI:ES:JSO:2022:30, entre otras muchas; en cambio, se deniega la prestación por nacimiento y cuidado de hijos duplicada para familias monoparentales en la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 3471/2021, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TSJCV:2021:7201.
Dos comentarios jurisprudenciales que indagan acerca de esta doctrina –claramente contradictoria– aparecen en: García Romero, B., Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 6, 2022; y Ballester Pastor, I., "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2021.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: Borrajo Dacruz, E.: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pp. 7-56.

El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social

The right to healthcare in Social Security

Juan Antonio Maldonado Molina
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director del Máster en Derecho de la Seguridad Social. Univ. de Granada
https://orcid.org/0000-0002-5673-3620

Cita Sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A..: "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 229-235

Resumen

Se glosa un artículo emblemático en la producción científica del profesor Borrajo, dado que no solo fue el primero que dedicó específicamente a la asistencia sanitaria (materia que retomaría en sucesivas obras), sino que recogía la Ponencia que realizó en el I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Málaga del 23 al 26 de septiembre de 1980.

Palabras clave

Asistencia sanitaria; salud; seguridad social

Abstract

An emblematic article in the scientific production of Professor Borrajo is glossed, given that he was not only the first to dedicate specifically to health care (a subject he would return to in successive works) but also included the Paper he made at the I National Congress on Labour Law and Social Security, held in Malaga from 23 to 26 September 1980.

Keywords

Healthcare; Health; social security

I. INTRODUCCIÓN

Los que tuvimos la suerte y el honor de conocer al Profesor Borrajo siempre hemos sido conscientes de que no era un académico más. Su Magisterio era omnipresente e intenso, cualquiera fuese el formato con el que transmitiera sus conocimientos y la materia sobre la que versara. Era un Maestro con mayúsculas, cuya docta opinión se sigue con convicción, que siempre tenía la palabra precisa y el mejor consejo para con quienes coincidimos con él en la vida universitaria. En mi caso, tuve la fortuna de que presidiera mi tribunal de Tesis Doctoral en el año 2000, y sus exhaustivas apreciaciones y consejos siempre quedaron en mi recuerdo. Descanse en paz.

Una de las disciplinas en las que más destacó fue el de la Seguridad Social, donde una de sus aportaciones fue la del concepto de "protección social", institución que –en sus palabras– expresa unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales más allá de la Seguridad Social, siendo una construcción en la que «sí tendrán cabida las formas públicas y las formas privadas, tanto de carácter contributivo como de carácter asistencial»[1]. Y dentro de este concepto se incluía, lógicamente, la atención sanitaria, más allá del debate de si forma parte o no de la noción "Seguridad Social".

[1] Borrajo Dacruz, E., «De la Previsión Social a la Protección Social en España: Bases Histórico-Constitucionales hasta la Constitución», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, pág. 13.

Ya en 1980 se estaba produciendo el proceso de desgajamiento de las prestaciones sanitarias respecto del Sistema de Seguridad Social, aunque sería más evidente a partir de 1986, fecha tras la cual la uniformidad de las prestaciones sanitarias y su extensión a nuevos sectores de la población configurarían un Sistema de Asistencia Sanitaria cada vez más cercano al modelo asistencial público. En este sentido, ya en este artículo afirmaba el profesor Borrajo que el derecho a la protección del bien individual de la salud "podrá instrumentarse tanto dentro de un sistema sanitario unitario, en conexión con los servicios de salud pública, como dentro del sistema de Seguridad Social, en conexión con las prestaciones económicas. La Constitución asume una posición neutra en la cuestión"[2].

Este trabajo es fiel reflejo igualmente de la época, en la que reciente Texto Constitucional preside el análisis de todas las instituciones, y ante la duda de si abordar la Ponencia desde el plano del Derecho positivo, o de lo que "debería ser", opta por lo que llama "una vía sintetizadora de una y otra posición", que la sitúa "en el estudio del tema en la Constitución, pues ésta, como Ley Fundamental, es base y es cauce del Derecho actual y del Derecho del futuro, respectivamente". Precisamente, la perspectiva constitucional del Derecho de la Seguridad Social[3] y del Derecho a la Asistencia sanitaria[4] fueron objeto de posteriores publicaciones del profesor Borrajo.

II. COMENTARIO

La Ponencia (y en consecuencia el artículo), se estructuró en tres grandes bloques, a los que añadió un Anexo dedicado a Texto Internacionales y un quinto a la Bibliografía. Los tres epígrafes principales versaban, respectivamente, sobre la posible escisión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (cuestión aún controvertida científicamente pese al transcurso de cuatro décadas); el desarrollo positivo de la Constitución en la materia (incluyendo sus conexiones con fuentes internacionales); y la distribución de competencias entre Estado y CC.AA. en materia sanitaria (tema éste que sigue generando debates y pronunciamientos del Tribunal Constitucional). Por tanto, pese a datarse de 1980, las reflexiones realizadas por el profesor Borrajo en este artículo siguen siendo referencia obligada. Por ello, y conscientes de que el acceso a esta publicación no es fácil, considero de interés reproducir su Sumario:

I. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Delimitación temática
2. Protección de la salud y materias conexas
3. Protección de la salud, asistencia sanitaria y Seguridad Social
    - 3.1. Planteamiento
    - 3.2. Alternativas
    - 3.3. La separación entre Salud y Seguridad Social
    - 3.4. La interrelación entre Salud y Seguridad Social
    - 3.5. La posición española
    - 3.6. Contenido de los artículos 43 y 41 de la Constitución

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

[2] *Cfr.* Borrajo Dacruz, E., "EI derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social", *Revista de Seguridad Social* núm. 8, 1980, pág. 27.

[3] Borrajo Dacruz, E.: "El modelo constitucional de Seguridad Social en España". *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982; "La Seguridad Social en el marco jurídico constitucional". En AA.VV. *La Reforma de la Seguridad Social*, Fundación F. Ebert, Madrid, 1982; "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional". *Documentación Laboral*, núm. 30, 1990; "La Seguridad Social en la Constitución española", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, t. II.: Ed. Civitas, Madrid, 1991.

[4] Borrajo Dacruz, E.: "Artículo 43 Protección de la Salud", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, en AA.VV. (Dir. Alzaga Villasmil, O.), Tomo IV.

1. Los términos de la cuestión
2. Función interpretativa de las normas internacionales
3. Vinculación estatal por las normas internacionales
4. Indeterminación o inefectividad en las normas internacionales
    4.1. Contenido y estructura de las normas
    4.2. La Carta Social Europea y el Convenio 102 de la OIT
5. Limitaciones y efectividad de los principios rectores de la política social y económica (Cap. 3 del Título I de la Constitución)
6. Rango de la norma de desarrollo

III. DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS SANITARIAS ENTRE EL PODER CENTRAL Y LOS PODERES TERRITORIALES

1. Los términos de la cuestión
    I. Competencias propias del Estado (Poder Central)
    II. Competencias de las Comunidades Autónomas
2. La distribución de competencias en materias sanitarias y conexas
    2.1. Sanidad
    2.2. Seguridad Social
    2.3. Higiene y medio ambiente
    2.4. Asistencia Social
    2.5. Otras materias conexas
    2.6. Personal de los servicios sanitarios
    2.7. Conclusión

IV. ANEXO. TEXTOS INTERNACIONALES

V. BIBLIOGRAFÍA

Analicemos su contenido. Tras aclarar que su Ponencia giraría preferentemente sobre el marco constitucional, en el epígrafe "Protección de la salud y materias conexas" procede a enumerar los preceptos que de modo implícito o explícito «afectan también a los derechos y deberes de índole sanitaria», con una enumeración exhaustiva y en la que se apoya en ocasiones en la doctrina italiana, que precisamente es a la que se remite respecto del alcance «de un nuevo Derecho: EL DERECHO SANITARIO que, como todo Derecho nuevo, emerge de entre y sobre los Derechos ya consolidados (Penal, Civil, Administrativo, Laboral, de la Seguridad Social, etc.)». Repárese cómo en 1980 ya consideraba consolidada la disciplina Derecho de la Seguridad Social con plena autonomía del Derecho laboral.

En esta enumeración inicial, deliberadamente el profesor Borrajo dejó fuera el artículo 41 CE, ya que en el apartado siguiente (Protección de la salud, asistencia sanitaria y Seguridad Social), aborda la espinosa cuestión de si la Seguridad Social comprende o no a la asistencia sanitaria. De las páginas 11 a 28 plantea los términos del debate, y tres alternativas:

— La CE, con sus arts. 41 y 43, habría aceptado la separación entre los dos sistemas

— Se rompe el sistema sanitario en un orden institucional, integrado por la Salud Pública que presta servicios colectivos sanitarios al ciudadano en cuento miembro de la Comunidad; y servicios individuales que se prestan dentro del cuadro de acción protectora de la Seguridad Social

— Que la Seguridad Social englobe en su totalidad las prestaciones económicas y las distintas medidas de protección a la salud, tanto las individuales como las colectivas

Pues bien, cuestiona que sea admisible sin más considerar que la Seguridad Social integra los Servicios de Salud, y de modo vehemente rechaza los que asimilan Seguridad Social y acciones sanitarias, opinión "por generalizada no menos errónea", asimilación errónea que atribuye a un prestigioso constitucionalista, cuya identidad omitimos, remitiendo al lector a la página 12 del artículo donde podrá encontrar una cita literal de la opinión duramente criticada por Don Efrén, que concluye que «(p)ueden absorberse una y otra materia en un concepto amplísimo de Seguridad Social, pero no al revés».

Tras un análisis de la normativa internacional y española, y de los artículos 41 y 43 CE, Borrajo entiende que "(l)a conclusión final parece que tiene que abrazar las tres hipótesis que ya apuntó Barrada[5], al correlacionar el artículo 43 con el artículo 41: «¿Constituye un simple desarrollo del programa de Seguridad Social enunciado en el artículo 41?¿Separa la protección de la salud del campo de la Seguridad Social?¿Concibe los campos de la protección de la salud y de la Seguridad Social como campos en intersección, de modo que parte de la protección de la salud quede comprendida dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y parte no?»". Y partiendo de esas tres hipótesis (considerando posibles las tres), apunta cuatro «líneas de tendencia de la Constitución», y que por ser una de las principales aportaciones que Borrajo hace en este artículo pasamos a transcribir:

> «*Primera*.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud en su sentido integral, como bien individual y como bien colectivo (art. 43.1.).
> *Segunda*.- El artículo 43.2. sienta las bases constitucionales de la protección del derecho a la *salud pública*, organizada y tutelada por los poderes públicos para dar satisfacción a dicho bien colectivo. Al respecto los particulares quedarán sometidos a unas obligaciones por Ley, pero también gozarán de unos derechos subjetivos reaccionales o indirectos a resultas de la regulación por Ley de dicho bien colectivo. La reserva legal es completa; se excluye la imposición de deberes por vía administrativa, sin perjuicio de la instrumentación en detalle que pueda requerir la materia.
> *Tercera*.- El derecho a la protección del bien individual de la salud podrá instrumentarse tanto dentro de un sistema sanitario *unitario*, en conexión con los servicios de salud pública, como dentro del sistema de Seguridad Social, en conexión de las prestaciones económicas. La Constitución asume una posición neutral en la cuestión,
> *Cuarta*.- Los derechos a la protección del bien individual de la salud deberán configurarse *ex lege*, como derechos subjetivos perfectos, ejercitables por tanto, en último término, a través de las acciones pertinentes ante Tribunales Judiciales. Ahora bien, el régimen jurídico correspondiente a establecer en la Ley, podrá ser tanto el de tipo *previsional*, en base al principio mutualista, como el de tipo de *asistencia social pública*, en base al principio de solidaridad nacional. El concepto de «asistencia» en el artículo 41 autoriza esta doble posibilidad».

Como cierre de estas líneas de tendencia, aporta unas conclusiones a modo de resumen de esta debatida cuestión, indicando:

> «la Constitución, con sus interrelacionados y equívocos artículos 41 y 43, abre nuestro actual Derecho positivo a una revisión, que avance por las líneas, igualmente dualistas, de los Convenios y Recomendaciones de la OIT».

La segunda gran cuestión que aborda Don Efrén es la vinculación estatal por las normas internacionales, también de la mano del Texto Constitucional, subrayando la estratégica función

[5] Barrada Rodríguez, A.: "Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución española de 1978", *Revista de Seguridad Social*, núm. 2, 1979.

interpretativa de las normas internacionales, repasando y enunciando los instrumentos internacionales a los que debe ajustarse la interpretación del ordenamiento interno, lo que lo lleva a la Carta Social Europea y el Convenio 102 de la OIT, textos de especial relevancia sobre todo habida cuenta la ubicación de los artículos 41 y 43 (debilidad que también trata el profesor Borrajo en el siguiente epígrafe, bajo la rúbrica "Limitaciones y efectividad de los principios rectores de la política social y económica", cuestión clave a solo dos años de la aprobación de la Constitución.

Como reflexiones de la futura regulación de la normativa que recoja este derecho a la salud constitucionalmente reconocido, aborda el profesor Borrajo un epígrafe titulado "Rango de la norma de desarrollo", que hoy pudiera parecer que evoca más el ámbito de la Historia del Derecho, pero que al contrario, el tiempo lo ha ido poniendo de actualidad, por el uso constante de la figura del Real Decreto Ley. Basta recordar que la crisis económica de 2010 motivó una batería de reformas restrictivas, impulsadas por los Ejecutivos, no por el Parlamento, de modo que en el plano de la técnica normativa se ha recurrido a un sistemático uso del Real Decreto-Ley[6] como instrumento legislativo para realizar reformas no sólo coyunturales, sino también de carácter eminentemente estructural y permanente. En España, esta forma de legislar fue legitimada con gran permisibilidad causal por nuestro Tribunal Constitucional. Estas reformas no sólo han disminuido el garantismo jurídico-social, sino que han reforzado el protagonismo de lo económico, y han subrayado el papel del Gobierno como gestor de lo público, en detrimento del Parlamento (fenómeno de la "gubernamentalización"). Ello ha supuesto una cierta ruptura de la distribución de poderes, con una distorsión de los mecanismos naturales de creación de normas, con el argumento de que había que tomar medidas extraordinarias de forma urgente e inaplazable (pero que en muchos casos ha rebasado los límites causales que impone el artículo 86 de la Constitución). En todo caso, las leyes de urgencia han protagonizado las reformas del sistema a cuenta de la crisis económica.

La siguiente cuestión que aborda el profesor Borrajo será protagonista en las décadas siguientes, y es la llamada "descentralización territorial del Estado del Bienestar", y lo hace en el Apartado III bajo la rúbrica "Distribución de las competencias sanitarias entre el poder central y los poderes territoriales". Apuesta no por la "exclusividad competencial" sino por la "compartición", en tanto que considera que «el Poder Central y el Poder Territorial están obligados constitucionalmente a concurrir en sus acciones, desde las legislativas a las más simples administrativas». No oculta su juicio de valor, celebrando que la Constitución no hubiese realizado una atribución de "materias en bloque", señalando que «el riesgo de la vida política-jurídica diaria será inicialmente la tendencia a las máximas transferencias, en un movimiento, fácilmente comprensible, de centrifugación, con la dispersión competencial hacia la periferia del Estado, al identificarse en el slogan partidista el mantenimiento de competencias en el Poder Central como supervivencia del régimen anterior, a su vez calificado, a todo lo largo de su cuadro institucional, como totalitario o antidemocrático».

Para aclarar la distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas, recoge desde la página 42 a 52 un cuadro con el esquema constitucional de reparto de materias sanitarias y conexas, aunque advierte que el cuadro de "alternativas es enormemente complejo". El tiempo le dará la razón. Baste recordar que han sido frecuentes los choques entre las pretensiones autonómicas de legislar sobre determinadas materias y la posición del Gobierno central que las consideraba "legislación básica", lo que las excluiría en consecuencia del ámbito autonómico. Existe ya una prolija jurisprudencia constitucional en la materia, que no procede recordar, en la que se han sentado los límites del diálogo entre normas estatales y autonómicas, que podría condensarse en la idea de que la norma básica actúa como un mínimo común mejorable por la normativa autonómica. Sin embargo, esta doctrina quebró con varias Sentencias de diciembre de 2017 del TC, que tienen en común el mismo detonante: una reacción autonómica frente a una previa reforma restrictiva estatal

[6] Real Decreto-ley 16/2012, de 24 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones.

en el ámbito sanitario. Y ante ese desarrollo normativo con el que algunas Comunidades[7] han tratado de restituir los derechos previos a la reforma, el Gobierno presenta conflicto positivo de competencia, que fue resuelto en los tres casos en sentido favorable al mismo. En todos los supuestos, el TC se ha limitado a analizar la distribución competencial, sin entrar a valorar si el derecho material a la asistencia sanitaria se veía o no conculcado. Pero la gran novedad reside en la interpretación dada a qué debe considerarse como legislación básica, al impedir desarrollos autonómicos que mejoren el mínimo estatal si lo que se quiere mejorar es la titularidad del derecho, diferenciando en consecuencia el ámbito subjetivo (que no sería mejorable), respecto del objetivo (que sí es mejorable).

Concluye este epígrafe el profesor Borrajo con la siguiente síntesis:

> «En fin, la regulación general del sistema sanitario tendrá que atender a los siguientes criterios de distribución de competencias:
> en primer lugar, fijará «las bases», así como los «principios» del sistema, conformando la «legislación básica» prevista en la Constitución sobre la que se moldearán las Leyes *adicionales* de las Comunidades;
> a) en segundo lugar, preservará las competencias de la Administración Central para la aprobación de las normas reglamentarias de dicha «legislación básica», normas que también podrán ser *adicionadas* por las aprobadas por la Administración Territorial;
> b) en tercer lugar, concretará las acciones administrativas de ejecución, con la previsión de que *puedan ser asumidas* estatutariamente o por traspaso en forma (incluso, por convenio) por la Administración Territorial, con la salvedad de las funciones de «alta inspección» (y, en su caso, de «tutela») y de «coordinación general» administrativa.
> Las Leyes orgánicas de delegación y transferencia podrán afectar al contenido del punto *b)* y, acaso, del punto *a)* anteriores. Pero estas previsiones no deben disminuir el contenido de la regulación legislativa, pues mientras no se traspasen a la Entidad Autonómica sus concretas competencias, el Estado *mantiene todas* sus responsabilidades y debe estar en condiciones jurídicas y orgánicas de atenderlas. Las competencias estatales son «*remanentes*» y, por tanto, se mantienen hasta que se transfieran (hasta que *se resten*, valga la expresión) en beneficio y para la responsabilidad de las Comunidades Autónomas.».

El artículo se completa, además de con la correspondiente Bibliografía, con un sucinto Anexo en el que enumera los Textos Internacionales en la materia, listando 22 instrumentos.

[7] País Vasco (STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017); Navarra (STC 140/2017, de 30 de noviembre); y Comunidad Valenciana (STC 145/2017, de 14 de diciembre). La línea argumental que usa el TC se centra vetar la mejora del ámbito subjetivo, pero también podría dar pie limitar mejoras autonómicas en el ámbito objetivo de la prestación sanitaria. Y es que, como literalmente señala, "el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de desarrollar para mejorar el ámbito prestacional fijado por el Estado se halla en función, precisamente, de los límites y del alcance que las propias bases del Estado fijen, con fundamento en los intereses generales que aquél justifique". Para el TC, los principios rectores (concretados en la norma por el Legislativo) "son decisiones axiológicas jurídico-objetivas que determinan que, a la hora de interpretar el modelo de distribución de competencias", se les deba dotar de la mayor fuerza normativa posible, determinando hasta dónde pueden llegar las mejoras autonómicas. El límite ya no será el mínimo estatal, sino qué buscaba el legislador con ese mínimo común denominador. Esta interpretación, en última instancia, lo que hace es supeditar la efectiva promoción del derecho a la salud a los intereses generales, pero considerando que los intereses generales son los que el legislador estatal estime convenientes en cada momento. Así, un marco normativo autonómico que lograra implementar de forma efectiva el artículo 43 de la Constitución, correría el riesgo de devenir inconstitucional si la mejora que hiciese de la normativa básica fuera contradictoria con las directrices políticas del Gobierno central…lo que además de vaciar de contenido al Estado Autonómico, vacía de sentido la declaración de Estado Social y Democrático de Derecho, ya que primaría la distribución competencial al máximo desarrollo de los derechos sociales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos ante una obra cargada de simbolismo. Recoge la Ponencia defendida en septiembre de 1980 por el profesor Borrajo en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, versa sobre una materia que volvería a visitar nuestro homenajeado en varias ocasiones, y que además es fiel reflejo de su momento, centrando el debate en la Constitución de 1978, y en esta publicación se recogen las dudas e inquietudes sobre el desarrollo legislativo; el papel que las Comunidades Autónomas jugarían en la implementación de las políticas sanitarias en el nuevo escenario de descentralización territorial del Estado del Bienestar; así como la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional.

Pero a la par que una publicación propia de la transición, con una Carta Magna recién aprobada, en este artículo encontramos reflexiones que la hacen intemporal. Dentro de esta categoría se encuentran claramente las reflexiones sobre la autonomía científica entre Derecho de la Seguridad Social y Derecho Sanitario, planteando diferentes alternativas sobre las consecuencias del desgajamiento de las prestaciones sanitarias del Sistema de Seguridad Social.

Del mismo modo, detecta y adelanta algunas de las cuestiones problemáticas en torno a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia sanitaria, que pone de manifiesto la enorme intuición jurídica que poseía el profesor Borrajo, de modo que –como cierre– podemos decir que este artículo es plenamente actual pese a tener ya más de cuarenta años. Una obra clásica, como buena parte de las publicaciones que comprende la extensa y sobre todo influyente producción científica de Don Efrén, Maestro de Maestros en la doctrina española.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "¿Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia?". *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación* / coord. por José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida, 2008, pp. 45-62.

En referencia a «eso de la Seguridad Social»

In reference to 'that thing about Social Security'

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-1883-8421

Cita Sugerida: MÁRQUEZ PRIETO, A.: "En referencia a «eso de la Seguridad Social»", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 237-242

Resumen

Comentario referido a la obra del Profesor Borrajo Dacruz titulada "¿Qué será eso de la Seguridad Social? Factores de tensión y líneas de tendencia", publicada en la obra colectiva que, como homenaje al Profesor Vida Soria (con motivo de su jubilación) y bajo la coordinación de los Profesores Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida, fue editada por Comares en 2008 con el título "La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras" (pp. 45-62).

Palabras clave

Seguridad Social; pasado; presente; futuro

Abstract

Comment regarding Professor Borrajo Dacruz's work "What is this about Social Security? Tension factors and trend lines", published in the collective work as a tribute to Professor Vida Soria (on the occasion of his retirement) and under the coordination of Professors Monereo Pérez, Molina Navarrete and Moreno Vida, edited by Comares in 2008 with the title "Social Security in the light of its past, present, and future reforms" (pp. 45-62).

Keywords

Security Social; past; present; future

I. INTRODUCCIÓN

Es especialmente indicativo el título que el propio autor dio a su participación en la mencionada obra colectiva, debiéndose aclarar que la gran relevancia de dicho trabajo se debe tanto al hecho de haber abordado un asunto con dicha *motivación* (que el propio autor explica), como a la circunstancia de aparecer situada dicha colaboración (por parte de los coordinadores de la obra) en un *lugar estratégico*.

Sobre la primera cuestión el propio Don Efrén hace explícita su motivación, puesto que, de forma inicial, directa y expresa alude al título de una conocidísima intervención del Profesor Vida: "¿Qué fue eso de la Seguridad Social?" (Discurso de apertura del nuevo año académico de la Universidad de Granada, pronunciado el 8 de octubre de 2001). La pregunta del Profesor Vida está enunciada mirando al pasado, puesta en boca de quienes, en el futuro, asistan a una Seguridad Social desaparecida sin –supuestamente– echarla en falta[1]. En cambio, el Profesor Borrajo enuncia la

[1] Así acaba el discurso del Prof. Vida: "Cuando el Sistema ya desaparezca los ciudadanos de entonces, las personas que ahora tienen menos de treinta y cinco años, y los que vengan después, no tendrán ya asumido el valor de la

pregunta desde el presente hacia el futuro, existiendo el dato común de la pregunta sobre "eso de la Seguridad Social", pretendiendo quizá –ambos– un efecto patético sobre el contenido o configuración sustancial de la misma, desde una visión muy crítica en clave evolutiva (de ahí que el cuestionamiento sea a la vez, y según el caso, prospectivo o retrospectivo). En cualquier caso, es curioso que el Profesor Vida, haciendo gala de su conocido sentido del humor, incluyera éstas entre las primeras palabras de su discurso (en referencia a la tradicional lección magistral de apertura de año académico): "solía ser inicio de un debate que duraría como mínimo todo el curso. No es tan seguro que tal circunstancia se correspondiera con la realidad, ni antes ni ahora"[2]. Pero el caso es que el debate iniciado continuó más allá de los límites del curso académico, siendo éste uno de los grandes motivos de relevancia del trabajo comentado del Profesor Borrajo: que constituye una aportación personal y especialmente valiosa a dicho debate, contribuyendo a enriquecerlo significativamente en términos que siguen siendo actuales.

En segundo lugar, como se ha dicho, el trabajo del Profesor Borrajo está ubicado en un lugar estratégico dentro de la obra colectiva elaborada como homenaje al Profesor Vida. Seguramente por haberlo querido así los coordinadores de la obra colectiva, los tres primeros capítulos están dedicados, en su conjunto a la crisis definitoria de la Seguridad Social y a la aportación del Profesor Vida al respecto[3], constituyendo dicho contexto de tres capítulos una palestra en la que el Profesor Borrajo, identificándose con las opiniones vertidas por el Profesor Vida (hasta el punto de expresar una cierta identidad en el título), en línea general con los otros dos autores (queda completada la mencionada palestra por el Prof. De la Villa y el célebre magistrado del Tribunal Supremo D. Aurelio Desdentado Bonete, q.e.p.d.) asume y expresa de manera también muy rotunda su visión propia (declarando su esencial coincidencia de planteamientos). Se trata también de la visión de un gran maestro, igualmente conocedor de primera mano de esa misma realidad[4], partícipe de las mismas preocupaciones por

«Seguridad». Con lo cual se podrá entonces decir «qué fue eso de la Seguridad Social»". *Vid*. https://digibug.ugr.es/handle/10481/1275 (consultado el 11-12-2022).

[2] *Ib.*

[3] Tras una "Semblanza del Profesor Vida Soria", firmada por los coordinadores, se disponen en el esquema de la obra tres capítulos muy conectados entre sí, de la forma que se ha dicho arriba: De La Villa Gil, L.E., "La aportación del Profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social y Desdentado Bonete, A., "Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Social española" (y, entre ambos, el capítulo comentado de Borrajo Dacruz, E.); tras esos tres primeros capítulos que abordan de forma tan incisiva la configuración del Sistema y la contribución al mismo del Prof. Vida, existen bloques de capítulos de temática diversa sobre la Seguridad Social (comenzando por la visión constitucional, la dimensión internacional, ámbito, estructura, etc.), subdivididos en capítulos asumidos por diversos autores, muchas veces en coautoría (por lo que efectivamente el conjunto de esos tres primeros capítulos componen una particular palestra); y todo ello en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinadores*), La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.

[4] Don Luis Enrique De la Villa, en referencia a la labor de un grupo de jóvenes investigadores que, desde la Academia, contribuyeron a la puesta en marcha del Sistema de Seguridad Social, integrados dentro de un grupo de especialistas constituido en el seno de la Dirección General de Previsión del Ministerio de Trabajo, destaca también, en aquel contexto, la contribución magistral del Prof. Borrajo: "(…) me parece que la aprovechamos bastante bien [aquella oportunidad], por medio de la realización de los estudios e informes que nos encomendaban de continuo y, sobre todo, por medio de la periódica asistencia a la gran mesa de trabajo que, presidida por el Director General, componían los funcionarios más distinguidos de la casa, en particular los actuarios, y algunos profesores consagrados como Alonso Olea y Trevijano Fos, si la memoria no me traiciona. Mesa nada redonda, por cierto, en la que no estábamos para opinar de casi nada sino para absorber todo lo que en ella se cocía, lo que seguimos haciendo luego con máximo provecho del magisterio de Efrén Borrajo, como explícitamente reconoces en la *Presentación* de su obra global". Estas palabras están dirigidas al Prof. Vida, quien fue el autor de dicha "Presentación" (especialmente por el comentario contenido en la pág. 16) recogida en la obra colectiva Ramírez Martínez, J.M. y Sala Franco, T., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999 (De La Villa Gil, L.E., "La aportación del Profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social, *op. cit*., pp. 9 y 10).

el devenir de la Seguridad Social, utilizando su estilo propio[5] e insistiendo en distintos aspectos o problemas con una dosificación igualmente personal.

II. COMENTARIO

El profesor Borrajo manifiesta en esta obra, ante todo, su gran inquietud por la Seguridad Social, debido a su estrechísima vinculación con la misma, en términos intelectuales, de experiencia y de carácter afectivo hacia el Sistema que ha ido viendo nacer y evolucionar, de manera similar al Profesor Vida (según él refiere). Al respecto destaca el doble proceso de cambio o sustitución denunciado por éste: un cambio coyuntural o momentáneo, consistente en incorporar nuevas formas de Asistencia pública ("con la mayoría de las características de la antigua y con otras renovadas externamente"); y otro cambio de carácter más profundo, que "no está ni mucho menos diseñado". Tal vez podamos encontrar aquí una explicación del título del trabajo, es decir, por qué lo expresa en tiempo futuro: ¿qué será eso de la Seguridad Social? Su intención parece ser la de contribuir, mediante orientaciones personales a ese proceso de cambio de mayor profundidad. Y es en este sentido como se debe entender la concreción adicional que expresa en el título de su ensayo: "factores de tensión y líneas de tendencia". Puede al respecto anticiparse que, como el autor insiste en que los factores de tensión ya estaban presentes desde el inicio, y que las líneas de tendencia, más que una mejora, han ido suponiendo un agravamiento de aquéllos, sus propuestas de solución requerirían un cambio radical que, además, tendría que haberse empezado a producir desde el origen (sea de la configuración legal, administrativa o incluso constitucional del Sistema). Se refiere, no obstante, a la gravedad de esa situación, con un tono moderado, casi limitándose a dar sus opiniones que, por lo demás, no sólo proceden –se insiste– de uno de los mayores expertos, sino que, habiéndose expresado ya tempranamente y con constancia mantenida, han sido posteriormente confirmadas por los hechos. Desde el período de la instauración del Sistema de Seguridad Social, previo a la Constitución de 1978, según el propio Profesor Borrajo escribe, ha compartido "las inquietudes intelectuales –y, además, muchas de las vivencias– del profesor Vida Soria"[6], en publicaciones de ensayos o en la exposición de Informes y Ponencias[7]. En palabras del propio autor, "actué en todos estos casos según una

[5] Acerca del mismo tema, es decir, la advertencia sobre el mal porvenir de la Seguridad Social, los Profesores Vida y Borrajo, en trabajos que podríamos denominar "paralelos", han utilizado dos estilos diferentes. El primero, irónico, dramático y provocador, pero como envoltorio que busca seguramente llamar la atención acerca de un conjunto de argumentos objetivos y contundentes. El segundo, defendiendo los mismos argumentos objetivos con igual contundencia, apela con seriedad a la necesidad de aplicar soluciones utilizando un tono de moderación desde la gravedad, que se pretende quizá resaltar recurriendo a la concisión expresiva. Salta a la vista la utilidad de ambos estilos en su complementariedad.

[6] Borrajo Dacruz, E., "¿Qué será eso de la Seguridad Social? Factores de tensión y líneas de tendencia", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinadores), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, *op. cit*., p. 46; publicado también en *Actualidad laboral*, nº 12, 2008.

[7] En relación con la Seguridad Social en su período preconstitucional *Vid.* Borrajo Dacruz, E., Política social, Madrid, Doncel, 1975. Y, posteriormente a la Constitución de 1978, del mismo autor: "El modelo constitucional de la seguridad social en España", Revista de trabajo, nº. 65, 1982, pp. 25-42; "La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables: El Informe Beveridge en 1985", Documentación Laboral, nº 15, 1985, pp. 7-42; "De la previsión social a la protección en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución", Economía y sociología del trabajo,nº 3, 1989 (Ejemplar dedicado a: La protección social), pp. 12-36; "La Seguridad Social en la Constitución española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", Documentación Laboral, nº 30, 1990, pp. 11-54; "La seguridad social en la Constitución española", en Martín-Retortillo Baquer, S., García De Enterría Martínez-Carande, E. (coordinadores) Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. 2, 1991 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 1485-1520; "Sistema de protección social", en Del Campo, S. (Coordinador), Tendencias sociales en España, (1960-1990), Vol. 2, 1994, pp. 165-198; "El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto", Actualidad laboral, nº 1, 1999, pp. 7-25. En palabras del autor (en el trabajo comentado, p. 46): "Una recapitulación de tales estudios y ensayos me permitieron –y obligaron– a sintetizar el estudio de la cuestión a la altura del año 2000, al programar, como Comisario adjunto, la Exposición conmemorativa del Centenario de la Seguridad Social. Y más aún, en el año 2003, en el XXV aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Borrajo Dacruz, E.,

perspectiva que es subjetiva, al ser personal, pero que ahora me permite opinar que se ha mantenido y reforzado, tanto en las sucesivas normas legales, como en los entendimientos que de ellas han hecho –y siguen haciendo– los Tribunales, en especial el Constitucional. Y para éste, así como para el Tribunal Supremo, más que en sus fallos formales, creo que hay que estar atentos a los Votos particulares discrepantes que son los que recogen las grandes corrientes políticas de fondo". La obra comentada del Profesor Borrajo ha sido para él una ocasión en la que poder sintetizar y actualizar "las reflexiones antedichas a la luz de los hechos –tanto judiciales como jurídicos: legales y judiciales[8]– […y] seguir analizando cada uno de los temas que dan contenido a los capítulos que, entonces y hoy, se abren a la reflexión; si bien ahora, en razón de la circunstancia, se limiten en su número y giren en torno al asalto autonómico competencial" (p. 47).

En efecto, el asunto de las competencias que los poderes autonómicos reivindican en cuanto a la materia de Seguridad Social no sólo ha sido siempre una preocupación manifestada por el Profesor Borrajo[9], sino que en el trabajo comentado dicha inquietud asume unos tintes más intensos, debido a que la modificación de un número significativo de Estatutos de Autonomía ha supuesto una nueva e importante amenaza a la integridad del Sistema. De hecho, es a este problema al que el autor dedica mayor extensión (7 páginas), asignándole un apartado que denomina claramente "El asalto autonómico". En síntesis, partiendo del reconocimiento de que "la Constitución fue incapaz de ser unívoca en su lenguaje"[10]. A pesar de lo cual considera que el artículo 149.1.17ª (al que muchos han tildado de complejo y dado a permitir la intromisión de las Comunidades Autónomas) puede ser interpretado claramente en base a la doble distinción entre materia normativa y ejecutiva (por un lado) y entre materia económica y no económica (por el otro). El problema se ha producido desde la redacción de los primeros Estatutos de Autonomía, que ha querido reivindicar para sí parcelas propias de la Seguridad, recurriendo, sobre todo, a la noción de Asistencia Social, además de poner en peligro el principio de caja única, todo lo cual ha empeorado sobremanera con la reciente redacción de una segunda hornada de Estatutos. Pueden destacarse al efecto dos frases del Profesor Borrajo que permiten expresar la gravedad de la situación. En primer lugar, acerca de la caja única de la Seguridad Social afirma que "las Comunidades Autónomas más radicales llaman a la puerta de tal *santa santorum*" (p. 56). Y, de forma general, añade que "con este panorama, parece que en vez de pedir a las fuerzas autonómicas un ejercicio responsable de autocontención en sus posibles competencias, resulta más razonable postular la reforma de la propia Constitución" (p. 59).

Precisamente el texto constitucional es uno de los principales objetos de crítica del Profesor Borrajo, debido a la escasez de definición que aporta acerca de la Seguridad Social. No podría ser de otro modo, ya que es una opinión doctrinal unánime el hecho de que la debilidad conceptual del Sistema de Seguridad Social trae su causa precisamente de su propia configuración en la Constitución[11]. No se trata solamente de una redacción extremadamente ambigua que, entre otras cosas, no configura ningún derecho subjetivo ni ofrece noción de lo que pueda entenderse por Seguridad Social, sino

"Presente y futuro del sistema de Seguridad Social", en Millán García, A. (Coordinador), El sistema de pensiones en España: conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambio, 2003, pp. 301-316.

[8] Cita, p.e. STS de 27 de marzo de 1971 sobre la naturaleza tributaria de las cotizaciones, la STC 239/2002 sobre el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social, sobre la distinción entre Asistencia social interna y externa, sobre prestaciones contributivas y no contributivas y sobre competencias estatales y autonómicas al hilo de todo ello; así como el Auto del TC de 27 de marzo de 2007 sobre trabajo a tiempo parcial, trabajo de la mujer y prestaciones de la Seguridad Social (pp. 46 y 47).

[9] Borrajo Dacruz, E., "Comunidades Autónomas y Seguridad Social", Papeles de economía española, nº 12-13, 1982, pp. 187-196.

[10] "Al hablar de Seguridad Social (art 41) es moderna y apunta al futuro. Pero al articular competencias respete el pasado, el orden vital y habla de materias concretas a las que da los viejos nombres. El artículo 149.1.17 es el que centra la distribución de competencias en materia de Seguridad Social. Suele decirse que es un precepto complejo, de difícil intelección. No necesariamente" (p. 54).

[11] Permítaseme mencionar el tratamiento al respecto en Márquez Prieto, A., Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual, Universidad de Málaga, 2002*, passim*.

que –como recalca el autor– la amplitud de los poderes que la Constitución da al legislador ordinario en esta materia proceden de forma clara de dos circunstancias. La primera de ellas es que el artículo 41 (que es el que alude más directamente a la Seguridad Social) se ubica dentro del Título I, Capítulo III, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, para los que el artículo 53.3 del texto constitucional ofrece una garantía que podemos denominar "menor", consistente en que dichos principios "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". La segunda circunstancia aducida por el autor es la dispersión entre las materias clásicas de la Seguridad Social en la propia Constitución, al "tratar por separado la Seguridad Social propiamente dicha en su artículo 41; la protección de la salud y de los servicios preventivos y de las prestaciones correspondientes en su artículo 43; las medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos en su artículo 49; la protección social y los correspondientes servicios y prestaciones de los ciudadanos de la tercera edad en su artículo 50; la protección social y económica de la familia en su artículo 39; y así sucesivamente" (p. 48).

Insiste el Profesor Borrajo en que las mencionadas indefinición y ambigüedad que la Constitución presenta en su configuración de la Seguridad Social se ha ido acrecentando, experimentando una tendencia que ha ido cada vez más claramente hacia una pluralidad de Sistemas. El autor recuerda cómo, para empezar, ya existía en el régimen de seguros sociales una gran dispersión institucional[12] con la cual no había conseguido acabar la instauración del Sistema que puso en marcha la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social, ya que, además de la división entre un régimen público de Seguridad Social y otro que podría llamarse régimen de Seguridad Social privada (sometido al primero y gestionado por Mutuas Patronales, empresas colaboradoras, fundaciones laborales, etc.), existía una pluralidad de colectivos, regímenes y sistemas, dedicados a los trabajadores particulares, junto con otros dedicados a los funcionarios, además de una trama complementaria o externa de Mutualidades, Cajas y otras entidades más o menos autónomas. A esa situación de dispersión institucional se sumó, tras la Constitución, otra dosis de disgregación de la Seguridad Social, merced a la separación, cuando menos, de dos ámbitos que pasaron a convertirse en Sistemas autónomos: el de la Asistencia Sanitaria y el de los Servicios Sociales gestionados por las Comunidades Autónomas. Y, conforme han ido transcurriendo los años, con el desarrollo del régimen instaurado por la Constitución, se ha ido consolidando una tendencia a la separación entre diversos sistemas: por una parte, totalmente separado, el Sistema de Salud[13]; por otro lado, el Sistema de Seguridad Social; pero que a su vez está dividido, como mínimo, en un sistema para trabajadores de carácter privado y otro para funcionarios (se mantuvo así hasta complicarse por el hecho de la incorporación de una muy buena parte de los funcionarios al primero de los sistemas); un Sistema de Servicios Sociales; pudiéndose hablar también del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia, del Sistema de Empleo y Formación Profesional, etc. Llegando a la postre a afirmar el autor que "En resumen, si bien se mira, el oleaje de fondo conduce a una Protección Social en un doble nivel: uno básico, de prestaciones sanitarias y económicas, marcadamente uniforme y universal; y otro complementario, con servicios asistenciales de muy diversa índole, sujetos a la condición de falta o insuficiencia de recursos económicos propios. El apunte futurista del Profesor Vida recogió esta evolución y su resultado"[14].

---

[12] Borrajo Dacruz, E., "El contenido de la relación jurídica de seguro social", Revista de derecho mercantil, números 76 y 77, 1960, pp. 301-342 y 57-116, respectivamente.

[13] Borrajo Dacruz, E., "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social", Revista de Seguridad Social, nº. 8, 1980, pp. 7-56.

[14] Sigue diciendo (p. 53): "Por su parte el legislador de ahora mismo confirma esta proyección y así, para la citada y representativa Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ha buscado como base constitucional la del mínimo denominador común: el art. 149.1.1ª de la Constitución, con sus «*condiciones básicas* [para] *la igualdad de todos los españoles*»". Es justo decir, sin embargo, que la disposición final novena del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, además de invocar, como título competencial la misma regla 1ª del art. 149.1 de la Constitución, también menciona, entre otras, la 17ª: «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social» (aunque también es cierto que de momento dicha regulación queda fuera de la LGSS).

Acerca de la salubridad financiera del Sistema de la Seguridad Social (que no es tema menor) el Profesor Borrajo dedica un último apartado a lo que denomina "El envejecimiento demográfico y la precariedad laboral", mención en la que podemos entender que existe una alusión al aumento de gastos (envejecimiento) y a la disminución de ingresos (precariedad). Remitiéndose a la abundante bibliografía sobre el tema, entre lo que se incluyen sus propios trabajos al respecto[15], se limita en este caso a tratar algunos aspectos muy relevantes, como el aumento progresivo de españoles que superan los cien años, lo cual contrasta con la anticipación general de la edad de retiro y con la disminución porcentual del número de jóvenes, siendo al respecto la inmigración un consuelo sólo relativo, expresándolo así: "el extranjero integrado asume muy pronto las pautas culturales del país de destino; entre ellas la limitación de las obligaciones familiares; de ahí el control de la natalidad" (p. 60). También el último de los aspectos comentados en ese último apartado (que el autor denomina "Temporalidad y dedicación parcial en el trabajo") está conectado con la conciliación de la vida laboral y familiar, lo que preocupa igualmente mucho al autor, ya que, entre sus conclusiones afirma que es necesario "postular una generosísima –revolucionaria habría que decir– garantía de la familia para que vuelva a ser la raíz de los cuidados del niño, del discapacitado y del anciano" (p. 62)[16].

III. CONSIDERACIONES FINALES

Constituye ésta una obra de enorme valor simbólico –y de mucha sustancia y peso– de entre las que ha elaborado el Profesor Borrajo, por la variedad de razones que se han expuesto, entre las que destaca el hecho de haber dado su personal e inestimable aportación al debate sobre la evolución histórica y la visión de futuro sobre el Sistema de la Seguridad Social. Ya él había dedicado un muy significativo número de ensayos al tema, como gran experto donde los haya. Pero la ocasión de haber "entrado al envite" de la Lección inaugural del Profesor Vida (ofreciendo su visión, en tan gran medida coincidente, bajo un título igualmente evocativo), unido al hecho de que los coordinadores de la obra hayan querido resaltar este trabajo, a modo de cuadro escénico junto con los otros dos autores, también grandes expertos (De la Villa y Desdentado), ha contribuido a evidenciar que una aportación doctrinal de este calibre se expresa con una especial original, elegancia y brillantez, en palestra científica compartida con el Profesor Vida y con los otros dos autores mencionados. Como muestra última de un estilo (el del Profesor Borrajo) que, como en este trabajo se demuestra, combina magistralmente la profundidad y extensión de argumentos –cuando es necesario– con la indicación diáfana y brevísima de las ideas esenciales –cuando es preciso ser muy claro–, quedan aquí dichas las soluciones que propone como conclusión: reafirmar el principio de solidaridad general, mantener a los poderes autonómicos en el campo de los Servicios Sociales, generosísima y revolucionaria garantía de la familia –como se ha apuntado ya– y aumentar significativa y progresivamente la financiación de la Seguridad Social a través de los impuestos. Salta a la vista que todos estos problemas siguen siendo tan actuales como necesarias estas soluciones.

[15] Borrajo Dacruz, E., "La imprescriptibilidad del derecho a las pensiones: del Código Civil al nuevo Derecho de la Seguridad Social", Revista de Seguridad Social, nº. 2, 1979, pp. 7-27; del mismo autor: "Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible", Actualidad laboral, nº 2, 2003, pp. 387-416; "La jubilación laboral como institución jurídica: vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", Actualidad laboral, nº 2, 2005, pp. 1864-1890; "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)"en López Cumbre, L. (Coordinadora), Tratado de la jubilación, 2007, pp. 143-178; "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2007", Actualidad laboral, nº 13, 2007, pp. 1558-1563.

[16] Desdentado Bonete, A., autor de "Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Social española", que, como se ha dicho, se corresponde con uno de los tres trabajos que componen la particular escena en torno al sentido de la Seguridad Social y al discurso provocador al respecto de ella del Prof. Vida –en la obra colectiva Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinadores), La Seguridad Social a la luz de sus reformas…*op. cit.*–, dedica también un apartado clarificador y crítico a este asunto con el título "Auge y caída de la protección a la familia" (pp. 82-84).

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: *Política social*, Doncel, Madrid, 1975.

La formación política social recibida por la generación *Baby Boomers*[1] de Efrén Borrajo Dacruz

Social Political Education Received by Efrén Borrajo Dacruz's Baby Boomer Generation

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Universidad
Magistrado (supl.) TSJ de Murcia
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La formación política social recibida por la generación Baby Boomers de Efrén Borrajo Dacruz", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 243-250

Resumen	**Abstract**
En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus libros publicado por la Editorial Doncel en el año 1975 titulado "Política social".	In this work included in the monographic tribute to Professor Efrén Borrajo Dacruz, one of his books published by Editorial Doncel in 1975 entitled "Social Policy" is analyzed.
Palabras clave	**Keywords**
Formación política social; generación *Baby Boomers*	Political social formation; Baby Boomers generation

A D. Efrén Borrajo Dacruz no tuve la oportunidad de tratarlo personalmente, solo lo conocí a través de su obra científica. Recuerdo que mi primer encuentro con Borrajo (por su primer apellido se le suele llamar) fue durante mi etapa en el instituto, concretamente en el año académico 1975/1976, en sexto de bachiller, en la asignatura *"Formación del Espíritu Nacional"*[2]. Al inicio del curso, mes de octubre de 1975, el profesor encargado de la asignatura nos comentó, que dados los cambios que podían avecinarse (se refería a la situación de la agonía de aquellos momentos del jefe de estado) que no iba a recomendarnos que compráramos ningún libro y menos para una asignatura de una hora a la semana. Eso sí, nos dijo que si alguno de nosotros teníamos de nuestros hermanos el libro de Política Social de sexto de bachiller. Incauto de mí, dije que yo tenía los libros de mis hermanos (algo normal en aquellos tiempos), la respuesta fue que muy bien y que a partir de ese momento me encargaría de venir a clase con la lección leída y aprendida para "cantársela" a mis compañeros. Además, que de cada lección me haría alguna pregunta de las que al final de la misma encontraría en el libro.

[1] Expresión que se refiere a la explosión demográfica experimentada por la mayoría de los países occidentales tras la II Guerra Mundial se produjo durante el período 1946/1960. Si bien para España se habla de un retraso de unos 10 años.

[2] Así figura en mi "Libro de Calificación Escolar", aunque a tenor del Plan de Estudios de Bachiller vigente, aprobado por la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación su denominación correcta era "Formación Política, Social y Económica" (artículo veinticuatro, letra c).

Sinceramente, en aquel momento, no me hizo gracia, pero afronté la tarea a lo largo del curso. Y este fue mi primer encuentro con la obra de Borrajo.

Cuando tuve la noticia del fallecimiento de Borrajo recordé lo anterior, busqué entre los libros de bachiller que todavía guardo y allí estaba. Y este será el que me servirá para lo que quiero contarles del mismo. Lo haré sobre aquellos párrafos subrayados del libro en aquellas fechas para los resúmenes que tenía que hacer.

El libro *Política Social* de Efrén Borrajo Dacruz, fue editado por la editorial DONCEL, con una primera edición en 1959 y una segunda en 1961, siendo declarada de texto para enseñanzas de Educación Política para 6º curso, como volumen II[3], de Bachillerato. Es un libro breve, de apenas 100 páginas, en tapa dura y con una foto en color en la cubierta de la pintura "*El albañil herido*", de Goya.

Comienza con una cita de José Antonio Primo de Rivera y termina con una foto suya[4], algo bastante significativo como luego se verá en la obra de Borrajo.

Se estructura en ocho lecciones:

I) La cuestión social: El sentido social de la vida humana: necesidad del orden político, la política como pedagogía social; y necesidad de una política social (igualdad de oportunidades, clases sociales, proletariado y cuestión social, el deber del Estado de garantizar la igualdad de oportunidades y la política social)

II) El trabajo: concepto y sentido; el trabajo: factor social; la empresa, como comunidad de intereses; la libre iniciativa; y las realizaciones españolas.

III) El nivel cultural: nivel cultural y cualificación profesional de la población española; educación para todos; nivel mínimo cultural; selección en base a la capacidad, vocación y rendimiento; la cualificación profesional; y las realizaciones españolas en este sentido.

IV) El tiempo libre: el problema del ocio, el entretenimiento del ocio: hacia un aprovechamiento humano del tiempo; la multiplicación de posibilidades y la protección a la iniciativa; la vida corporal sana; y el cultivo del espíritu.

V) La Seguridad Social: el valor vital de la seguridad; la Seguridad Social; La protección a la salud; La seguridad en el empleo; la protección familiar; la previsión del futuro; los seguros sociales y la seguridad social total; y las realizaciones españolas.

VI) Los movimientos sociales: la solución de los problemas sociales, el esfuerzo individual y los esfuerzos colectivos; los movimientos sociales en España; y principales fundamentos económicos y políticos de los mismos.

[3] El volumen I era de "Política Económica" también de la Editorial DONCEL, tapa dura, con una foto en la cubierta de "El cambista y su mujer", de Marinus, siendo sus autores Enrique Fuentes Quintana y Juan Velarde Fuertes, con ediciones también en 1959 y 1961.

[4] En la página 7 se recoge la siguiente cita *"He aquí la tarea de nuestro tiempo: devolver a los hombres los sabores antiguos de la norma y del pan. Hacerles ver que la norma es mejor que el desenfreno; que hasta para desenfrenarse alguna vez hay que estar seguro de que es posible la vuelta a un asidero fijo. Y, por otra parte, en lo económico, volver a poner al hombre los pies sobre la Tierra, ligarle de una manera más profunda a sus cosas: al hogar en que vive y a la obra diaria de sus manos."*
En la página 96 se recoge la siguiente nota referida a la fotografía de José Antonio Primo de Rivera que luego se reproduce en la siguiente página: *"En José Antonio Primo de Rivera (1903-1936) se recapitulan las líneas maestras de la política social de nuestro tiempo. Su formación humanista le permitió conciliar la tradición católica (respeto y servicio a la persona humana en el contorno de su circunstancia) con la actualidad universal de formas enérgicas de corte sindical, traídas al acerbo doctrinal de la Falange por Ramiro Ledesma Ramos (1903-1936)".*

VII) El sindicalismo: la superación sindical; origen y evolución del sindicalismo; la organización sindical española: características y principios en los que se basa; esquema general de la organización sindical española; la relación con el estado; y el sindicato, como cauce de participación y de armonía social.

VIII) La política social: el primado de lo social; la política económica como parte de la política social; límites que la estructura económica impone a la política social; y la necesidad de la formación social.

Cada lección lleva al final de la misma un cuestionario para los alumnos. Son unas lecciones breves con apenas citas de autoridades[5].

Las Lecciones que forman parte de "*esta introducción a la Política Social"* –así lo denomina su autor– [6] eran conformes al programa oficial elaborado por la Delegación de Juventudes y aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, agrupándose en tres grandes temas[7]:

1) El problema social de nuestro tiempo o la cuestión social.

2) Las distintas exigencias de la persona humana en orden al trabajo, salario, organización interna de la empresa, educación general y profesional, del empleo, de la seguridad económica y social, y del ocio.

3) Las posibilidades de acción individual y colectiva para resolver estos problemas, con una especial referencia a la acción de las minorías y las masas en los movimientos sociales contemporáneos y dentro de los mismos los sindicales.

La exposición de cada tema es independiente de las demás, pero aspirando*" a formar en su conjunto un cuerpo de doctrina unitaria, que podría titularse las garantías de la igualdad de oportunidades en una sociedad libre"* según su autor[8].

La lección primera se ocupa de la cuestión social. Comienza por el análisis de la necesidad del orden político como una necesidad humana y de allí le lleva a la necesidad abordar la cuestión social, comenzado por su abordaje como una cierta perspectiva histórica (Aristóteles y su división de hombres libres y esclavos; la idea de igualdad esencial en el cristianismo, la sociedad medieval y los estamentos, la sociedad moderna y las clases sociales, …) para llegar a la conclusión del deber del Estado de garantizar la igualdad de oportunidades y para ello está la acción política, la política social entiendo como tal aquella parte de la política en general que tiene por objeto proporcional al hombre las posibilidades de vivir de acuerdo con su dignidad de persona humana. Considerando como destinatario al hombre económicamente débil. Y termina concluyendo (con una idea que se repite en algunas de las lecciones) que el sujeto de la política social es el Estado, pero teniendo en cuenta que

[5] Salvo las relativas a las Encíclicas Sociales de los Papas.

[6] Págs. 9 y 10.

[7] Véase el art. cuarto del Decreto de 12 de junio de 1953, por el que se aprueba el Plan de Estudios del Bachillerato, que señala:
"Artículo cuarto. Formación del espíritu nacional
En todos los Centros y cursos del Bachillerato Elemental y del Superior se dedicará una hora semanal de clase teórica a la Formación del espíritu nacional.
Los cuestionarios y enseñanzas de la Formación del espíritu nacional se orientarán principalmente a infundir en los alumnos desde los primeros cursos el conocimiento de las características de la misión de España en la Historia; su servicio a los altos valores de la concepción católica de la vida; la significación que sus hombres y hechos más representativos han tenido en la Historia universal; la acción dé España en América y el valor de la comunidad de los pueblos hispánicos, y las instituciones y principios fundamentales del Movimiento Nacional, especialmente la unidad religiosa, la doctrina social y el servicio al bien común de la Patria."

[8] Págs. 9 y 10.

en el participan los individuos y los grupos sociales y profesionales, "*es decir, participa el ciudadano desde sus comunidades naturales de vida: familia, municipio y sindicato*"[9].

Esta idea de la comunidad de vida natural se recoge a lo largo de varias de las lecciones. Así como la idea de proteger a la persona económicamente débil.

Del trabajo trata la lección segunda, su concepto y sentido como esfuerzo intelectual y manual que el hombre realiza para disponer, según las necesidades de su naturaleza y el desenvolvimiento de la vida[10], del fin social del trabajo[11]; de la empresa como comunidad de intereses (en cuyos beneficios todos los factores integrantes participan en proporción a sus aportaciones) en las que la participación del trabajador en la vida de la empresa representa un movimiento de democratización industrial, de las realizaciones españolas (destacando la creación en 1947 de los Jurados de Empresas) y concluye con una análisis del salario (las bases de su fijación, la responsabilidad, retribución y su humanización), destacando lo que denomina salario familiar o salario vital como aquel que de posibilidades de vida decorosa y digna al trabajador y a su familia[12].

La lección tercera la dedica al nivel cultural, comenzado por analizar las encuestas de alfabetización del anuario del INE de 1958 en las que destaca la proporción de analfabetos (tomando como referencia las personas mayores de diez años que no saben leer ni escribir) señalando que el 14,24% corresponde a hombres y el 18,30 a mujeres (valores absolutos referidos a población urbana y termina concluyendo que la educación del individuo, de todos y de cada uno de ellos, es un bien individual y social. En segundo lugar y relacionado con lo anterior está la educación vista como deber social y de aquí que el Estado declare obligatorio un mínimo de educación primaria para todos los españoles y un servicio oficial de educación primaria gratuito. En tercer lugar señala que el establecimiento de un sistema de selección profesional de acuerdo con el mérito y, como garantía del principio obliga a la organización de un sistema completo de protección social[13] que impida que se malogre ningún talento por falta de medios económicos, lo que se cubre con la política de protección escolar señalando a tal fin el Seguro Escolar creado en 1953 (seguro que pese al tiempo transcurrido –casi 70 años– todavía sigue en vigor).

Al tiempo libre le dedicará la lección cuarta y la inicia con una frase muy llamativa "*La actividad profesional es una actividad importante, pero no es la actividad esencial del hombre*"[14]. Entiende que lograda o no la satisfacción en el trabajo profesional el hombre tiene que resolver la cuestión de ocupar su tiempo libre y no simplemente "matar el tiempo libre" y que conviene la orientación y la ayuda a aquellos que por su falta de cultura inicial o de medios no saben o pueden elegir. Y termina abogando por una vida corporal sana (salud y deporte) y el cultivo del espíritu. Muy crítico es con "vivir ocioso", el ideal del sabio es ser pagano del ocio[15].

---

[9] Pág. 19.

[10] Citando al Código Social de Malinas de 1927 y al Fuero del Trabajo de 1938: *"I. 1. El trabajo es la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación, en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional"*.

[11] Señala a tal fin el Fuero del Trabajo de 1938: *"I. 3 ·El derecho de trabajar es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria"* y que este *"*...no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste" (Fuero del Trabajo I.2).

[12] Fuero del Trabajo III, 1 y 2: "1. La retribución del trabajo será, como mínimo, suficiente para proporcionar al trabajador y su familia una vida moral y digna. 2. Sea establecerá el subsidio familiar por medio de organismos adecuados

[13] Parece que se estaba refiriendo al artículo quinto del Fuero de los Españoles: "*Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección. El Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos"*.

[14] Pág. 47.

[15] Pág. 55.

La Seguridad Social es objeto de su atención en la lección quinta. Parte de una negativa frente aquellos que invocando la libertad se muestran contrarios la Seguridad por ser antitética o contraria a la libertad, pues entiende que la libertad descansa en la seguridad y forma con ella un todo unitario. Hace referencia aquellos que piensa que la seguridad del hombre y de la sociedad descansa en la creencia de que, dejando al hombre libre, vivirá sin cuidados, es decir, seguro, la seguridad es, así, la seguridad de ser libre. Frente a ello Borrajo entiende que las garantías contra la inseguridad económica ante le el fallo de la sociedad individualista, son las que afianzan la política de Seguridad Social, como parte de la política social.

Para el presentan las siguientes notas:

— Tiene como finalidad la liberación del hombre de la miseria.

— La lucha contra las causas de la miseria económica, es decir, contra los riesgos de inseguridad económica o riesgos sociales.

— Considera como riesgos sociales: a) El accidente de trabajo; b) La enfermedad profesional; c) La enfermedad común; d) La invalidez; e) La vejez; f) La supervivencia; f) el paro forzoso.

Y del análisis de tales riesgos sociales llega a concluir que todos ellos llevan a un mismo resultado: la pérdida o la disminución de la capacidad de ganancia del trabajador, reduciendo los riesgos a dos: la pérdida de la salud y la falta de empleo. Estos son objeto de atención singular.

A continuación, se ocupa de la protección familiar, singularmente de la numerosa entendiendo que la política de salarios cubre en primer lugar este riesgo, pero cuando las obligaciones familiares son superiores a lo norma deben entrar en juego las medidas de protección familiar.

Concluyendo que la salud, el pleno empleo y la protección a la familia son los tres grandes presupuestos de Seguridad Social.

Finaliza dicha lección con una previsión del futuro, de los seguros sociales y de la seguridad social total. Aquí se mueve en un equilibrio entre los inconvenientes que se reconoce a las medias de asistencia social, el ahorro individual, las mutualidades, del seguro mercantil, de la necesidad de los seguros sociales y su carácter obligatorio y sus límites.

Los Movimientos Sociales son objeto de análisis en la lección sexta a nivel general y en España. Se trata de una breve reseña histórica que termina subrayando las primeras medidas de política social en España con la constitución en 1883 de la Comisión de Reformas Sociales, posteriormente las disposiciones de carácter social acordadas durante la dictadura de Primo de Rivera (Código de Trabajo de 1926; Regulación del trabajo a domicilio en 1926; protección de las familias obreras numerosas en 1926; el descanso nocturno de la mujer en 1927; y el seguro de maternidad en 1929); una crítica al período republicano y una opinión o mensaje "*La reforma social es, o puede ser, la obra de un Estado independiente de los intereses de clase o de la presión de los grupos, afianzando en su auténtico y vigoroso movimiento social de alcance nacional*"[16] ¿se refería al Movimiento Nacional?

El capítulo ocho se dedica al Sindicalismo. Comienza analizando el movimiento sindical para la defensa y mejora de los intereses profesionales que la división de los partidos políticos la hacía inviable, frente al necesidad de la unidad imprescindible. A continuación, se centra en el movimiento sindical español y la organización sindical española que surge tras la república, sus características y principios en los que se organiza y su relación con el Estado, que no es otra que ser" *un instrumento al servicio del Estado, a través del cual éste realiza principalmente su política económica y social*"[17].

[16] Pág. 76.
[17] Pág. 85.

Entendiendo que si bien se mira la organización sindical española es *"... un pequeño Estado dentro del Estado. Sus distintos servicios y entidades reflejan los servicios y entidades del propio Estado: la Obra Sindical de Previsión Social se corresponde con el Instituto Nacional de Previsión; la Colonización con el Instituto de este nombre; la del Hogar, con el Instituto Nacional de la Vivienda ...."*[18].

Concluye el libro con una última lección, la octava, dedicado a la Política social y sus posibilidades. La lección comienza por una serie de reflexiones personales sobre el primado de lo social (la idea de la persona, la libertad y la justicia), de la política económica como parte de la política social (si la política social es parte de la política económica o si política económica debe servir a la política social); de los límites que la estructura económica impone a la política social y el papel del Estado; y concluye con la necesidad de formación social (los problemas sociales no son exclusivos de un sector social, de una clase o de un grupo, sino que son el problema de la sociedad y por tanto, de todos y de cada uno de sus miembros).

En anteriores párrafos se ha venido haciendo un breve resumen del contenido de libro de bachillerato "Política Social" que fue declarado de texto para las enseñanzas de Educación Política en 6º curso en los Institutos de España.

El libro de "Política Social" de Borrajo, queda muy claro sus creencias religiosas, que se reflejan continuamente a lo largo del texto, con múltiples citas y en especial *"... ocupan un lugar impar, por su autoridad y por su alcance universal, las Encíclicas Sociales de los Sumos Pontífices*"[19]. O también en los cuestionarios de cada lección dirigidos a los alumnos, por ejemplo:

a) Lección I. Cuestión 7 *¿Cuál es la doctrina de la Iglesia sobre las clases sociales?*

b) Lección II. Cuestión 3 *¿Por qué el hombre coopera con Dios al trabajar, y en qué forma?*

c) Lección IV. Cuestión 6 *¿Qué sentido ve en el culto y en las fiestas religiosas?*

Pero también de su posicionamiento político en favor del régimen que se instauró con posterioridad a la República (lo cual no debe sorprendernos dado que en otro caso no hubiera sido declarado de texto para la enseñanza en 1959). Pero ello no significa que no se le pueda reconocer rigor de contenido y de un talante mesurado[20]. Si le lee detenidamente su libro, no se encontrarán contenidos altisonantes propios de la posguerra, ni groseramente propagandistas del régimen vigente en aquellas fechas, sin perjuciio de su su claro apoyo a las ideas *"joseantonianas"*. Recuérdese lo dicho al principio, comienza con una frase de José Antonio Primo de Rivera[21] y termina con una foto suya[22].

En alguna lección se le dedica un apartado expresamente a lo que se denomina "Realizaciones españolas":

[18] Pág. 86.
[19] Pág. 10.
[20] En aquellas fechas, los libros de bachillerato para la Formación del Espíritu Nacional (los publicados por la Editorial Doncel) son de autores tan relevantes como:
-1º. Bachiller: *Vela y Ancla* de Eugenio de Bustos Tovar;
-2º. Bachiller: *Aprendiz de hombre* de Gonzalo Torrente Ballester;
-3º. Bachiller*: Cartas a mi hijo* de Gaspar Gómez de la Serna;
-4º. Bachiller: *Convivencia humana* de Eugenio Frutos;
-5º. Bachiller: *El hombre y la sociedad* de Torcuato Fernández-Miranda; y
-6º. Bachiller: 1ª. parte Política Económica de Enrique Fuentes Quintana y Juan Velarde Fuertes; y la 2.ª parte Política Social de Efrén Borrajo Dacruz.
[21] Pág. 6.
[22] Pág. 97. Con una nota a la misma, reproducida en la nota 5.

a) Lección II. El trabajo.

Considera como realizaciones españolas la iniciativa pública empresarial vía Instituto Nacional de Industria; el fomento de las cooperativas de trabajadores asociados con la tutela de la Obra Sindical de Cooperación; la participación de los trabajadores en la "marcha" de la empresa junto con la participación en los beneficios, con el adecuado cauce vía Jurados de Empresa al que considera como *"una institución de armonía social, y está llamado a lograr la convivencia en el seno de la empresa, el aumento de la producción y el desarrollo de la economía nacional, sin menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al jefe de la explotación, responsable ante el estado de su funcionamiento adecuado y fecundo"*.[23].

b) Lección III. El nivel cultural.

Se invoca la Ley de 20 de julio de 1955 sobre Formación Profesional e Industrial; y la Ley 20 julio de 1957 sobre Enseñanzas Técnicas; considerando que "*el Instituto Laboral, la Institución Sindical de Formación Profesional, la Escuela Industrial de la empresa, la Facultad Universitaria, son, junto a la ambiciosa Universidad Laboral y la revolucionaria Academia de Formación Profesional Acelerada, los instrumentos de la política de educación que está cambiando el perfil cultural de la España rural y en parte analfabeta que hasta hace pocos lustros sólo daba peones y chapuceros a la industria nacional y a la emigración"*[24].

c) Lección V. La Seguridad Social.

Recuerda que el Fuero del Trabajo en su Declaración X establece que la previsión proporcionará al trabajador seguridad ante el infortunio; que la Ley de Principios del Movimiento, en su base IX, proclama el derecho de todos los españoles a la asistencia y a la Seguridad Social. Reseña a continuación los distintos seguros sociales implantados y precisa que además hay otras formas de previsión como son las Mutualidades Laborales organizadas por ramas profesionales. Termina anunciando que *"El régimen español de seguridad Social está en vías de una radical transformación, de modo que se organice sistemáticamente, de acuerdo a un Plan nacional, para que sus realizaciones prácticas estén de acuerdo con el alto espíritu de justicia social y hermandad entre todos los hombres y entre todas las tierras de España que anima ya, desde 1938, sus instituciones más típicas y características"*[25].

d) Lección VII. El sindicalismo.

Aunque no se anuncia expresamente como logro o realización española, en su apartado 6 se puede apreciar la relevancia que a la organización sindical española le concede el autor. Señala que *"La organización sindical, vista en sus instituciones, es, si bien se mira, un pequeño Estado dentro del Estado. Sus distintos servicios y entidades reflejan los servicios y entidades del propio Estado: La Obra Sindical de Previsión Social se corresponde con el Instituto Nacional de Previsión; la de Colonización, con el Instituto de ese nombre; la del Hogar, con el Instituto Nacional de la Vivienda …*"; y que "*El español en cuanto productor, encuentra en el sindicato el medio de participar tanto en la vida municipal, a través de la representación sindical en el Ayuntamiento, como en las mismas Cortes Españolas, en las que hay un tercio de procuradores sindicales ... El Consejo del Reino tiene, también, un representante sindical ..."*[26].

El libro de Borrajo es muy sugestivo y en algunos puntos son de gran actualidad. Así se podría resaltar su opinión acerca del salario (bases para su fijación, responsabilidad, retribución y

[23] Págs. 29 y 30.
[24] Pág. 44.
[25] Pág. 65.
[26] Pág. 86.

humanización, el salario familiar) y de su análisis podrían resaltarse dos párrafos de la lección II, apartado 5[27]:

> *"Hay, pues, un punto en el que el valor del trabajo y las necesidades del trabajador coinciden y dan lugar a la fijación del salario vital en su sentido más riguroso: el salario que permite satisfacer las necesidades de subsistencia, de pervivencia, del trabajo". Pero esta concepción repugna a la naturaleza humana del trabajo. El salario, retribución del trabajo, no puede someterse a una ley rígida, de bronce. La política social ha de humanizar el salario al determinar los criterios de su fijación*".
> ...
> "*El problema del salario vital se convierte así en el problema del salario familiar, es decir, en el salario que dé posibilidades de vida decorosa y digna al trabajador y a su familia*".

En este punto recuérdese el actual debate sobre la subida de salarios y el denominado ingreso mínimo vital.

O también de los riesgos sociales y la conclusión a la que llega en su análisis de la Seguridad Social, cuando en el apartado 2 de la Lección V llega a la siguiente conclusión[28]:

> "*En realidad, el examen de los distintos riesgos sociales expuestos anteriormente*[29] *permite concluir que todos ellos llevan a un mismo resultado: la pérdida o la disminución de la capacidad de ganancia del trabajador, por lo que pudiera decirse, con toda justeza, que los riesgos sociales indicados se reducen a estos dos:*
> *-la pérdida de la salud;*
> *-la falta de empleo."*

Afirmación no muy lejos de la realidad actual de nuestro sistema de Seguridad Social (en el nivel contributivo).

El libro "Política Social", pese a los más de 60 años transcurridos merece la pena releerlo.

Gracias D. Efrén.

[27] Págs. 30 y 32.
[28] Pág. 50.
[29] Se refería a: el accidente de trabajo, la enfermedad profesional, enfermedad común, invalidez, vejez, supervivencia y paro forzoso.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica. Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo". *Actualidad Laboral*, nº 2, 2005, pp. 1864-1890.

La jubilación forzosa: cambios normativos de 1980 a 2022 ¿por que no se puede uno morir con las botas puestas si trabaja bien y disfruta con su trabajo?

Forced Retirement: Normative Changes from 1980 to 2022 Why Can't You Die With Your Boots On If You Work Well and Enjoy Your Work?

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona
https://orcid.org/0000-0002-0600-3785

Cita Sugerida: GARCÍA NINET, J.I.: "La jubilación forzosa: cambios normativos de 1980 a 2022 ¿por que no se puede uno morir con las botas puestas si trabaja bien y disfruta con su trabajo?", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 251-265

Resumen

Partiendo de una breve introducción, nos adentramos en la serie de normas que se han ido aprobando desde 1980 a nuestros días para tratar del derecho a la jubilación voluntaria y de la obligación de someterse a la jubilación forzosa, pese al derecho constitucional al trabajo, siempre que se cumplan una serie de requisitos, pues el jubilado forzoso tiene derecho a disfrutar de una pensión digna cuando ha perdido su trabajo por imposición legal o por que así se pactó en el CC que le es de aplicación.

Palabras clave

jubilación; voluntariedad; forzosidad; pensiones; política de empleo

Abstract

On the basis of a brief introduction, we enter into the series of rules that have been adopted since 1980 to the present day to deal with the right to voluntary retirement and the obligation to undergo compulsory retirement, despite the constitutional right to work, provided that a number of conditions are met, since the forced retiree is entitled to enjoy a decent pension when he has lost his job due to legal imposition or because it was agreed in the CC app. icable to him.

Keywords

retirement; voluntariness; compulsoriness; pensions; employment policy

I. BREVE INTRODUCCIÓN

La obra del Profesor Borrajo Dacruz, que da pie a las siguientes consideraciones, no es otra que: "La jubilación laboral como institución jurídica. Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo", publicada en el año 2005, y que nos da cuenta de los primeros 25 años de la polémica provocada por la inclusión del tema de la jubilación forzosa en el ET/1980, que sigue hasta nuestros días con reformas y contrarreformas en función de quien está en cada momento en la Moncloa. Dos modos distintos de enfrentarse a un tema más crucial que el solo derivado de ese cruce de soluciones, y que no es otro que el de la edad de jubilación y si esta debería ser voluntaria o forzosa y qué se hace con los jubilados forzosos o voluntarios.

En todo caso, el discurso del citado Profesor da pie para plantearnos muchos temas, entre otros los siguientes: 1)la mayor vulnerabilidad de los mayores 2) sus menores posibilidades de recontratación; 3) sus mayores cargas sanitarias y sociales; 4) la necesidad de adoptar medidas de preparación para el envejecimiento; 5) la conveniencia de invertir en reciclaje profesional permanente en su favor; 6) el derecho al envejecimiento saludable con dignidad y protección; 7) el incremento continuo de la esperanza de vida en España; 8) el continuo aumento del gasto en pensiones; 9) los efectos de la crisis económica sobre las plantillas de las empresas; 10) la lucha por la sostenibilidad del sistema de pensiones; 11) los traumas de todo tipo derivados de la jubilación (sobre todo de la forzosa); 12) la relatividad de la edad según sectores y categorías profesionales; 13) los efectos de las reestructuraciones empresariales sobre los trabajadores de más edad; 14) la búsqueda del rejuvenecimiento de plantillas (abaratamiento) y el relevo generacional; 15) la jubilación activa y/o progresiva; 16) el sentido de la vida postlaboral; 17) el papel actual de los organismos internacionales, etc. etc.

II. LA JUBILACION FORZOSA EN LA CE/1978 Y EN EL ET DESDE 1980 A 2022. NORMAS DE IDA Y VUELTA. A MODO DE REPASO

1. En la CE 1978 cabe reparar brevemente en los siguientes preceptos, para después poder plantearnos si la normativa laboral que trata del fenómeno de la conocida como jubilación forzosa, se ajusta o no a la CE, o si solamente lo hace parcialmente.

a) El art. 14, que al tratar de la igualdad no permite, entre otras, las discriminaciones por edad, como es el caso (topar por razones de edad la vida laboral).

b) El art. 35, que dispone que: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo". Derecho a trabajar (pero parece que limitable), no solo deber.

c) El art. 40 1, según el cual los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo ¿a costa de los jubilados forzosos?.

d) El art. 50, que apunta: "Los poderes públicos garantizarán la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". ¿ qué es la tercera edad? ¿es movible?.

2. ¿Pues bien, qué ha ido diciendo y desdiciendo el Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET o TRLET) desde 1980 hasta nuestros días?.Vayamos por orden.

a) La inicial Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores[1], aprobada siendo Presidente del Gobierno centrista (UCD) Adolfo Suárez González, en su Disposición Adicional 5ª dispuso que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijara el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo; de cualquier modo, la edad máxima sería la de 69 años, sin perjuicio de que se pudieran completar los periodos de carencia exigidos para la jubilación. En la negociación colectiva podrían pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo previsto en materia de Seguridad Social a estos efectos. Y preguntamos: ¿Qué papel juegan los convenios colectivos [en lo sucesivo CC para el singular y plural] en esta materia?

[1] BOE del 14 de marzo de 1980.

b) Mediante R. D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, gobernando el PSOE (Felipe González Márquez) se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[2] (TRLET), y en su Disposición Adicional 10ª, que amplió el texto anterior, se aludió al límite máximo de edad para trabajar señalando que:" Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podría ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijase el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que pudieran completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos" O sea, jubilación forzosa en aras a la redistribución del trabajo como política de empleo.

c) Por el contrario, mediante el R. Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad[3], gobernando ahora el Partido Popular (Presidente José María Aznar López), se derogó totalmente la Disposición Adicional 10ª del ET, por entender que tales políticas estaban inspiradas en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas[4]¿?.Marcha atrás.

d) Posteriormente, a través de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los CC referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación[5], gobernando de nuevo el PSOE (Presidente José Luís Rodríguez Zapatero), se vino a reincorporar al TRLET/1995 , una disposición para que en los CC se pudiera de nuevo establecer cláusulas favorecedoras de la jubilación forzosa[6] que posibilitaran la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpliera la edad ordinaria de jubilación, pero tales cláusulas ya no serían de carácter genérico e incondicionado, como en la anterior redacción de la Disposición adicional 10ª, sino que deberían expresarse en el CC, mencionando objetivos legítimos tales como: la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo[7]. Además, se establece como requisito para estas cláusulas que el trabajador cuyo contrato puede extinguirse por razón del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación tuviera en ese momento asegurado el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva por tener cubierto el período mínimo de cotización (pensión mínima) y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social[8].

---

[2] BOE 29-3-1995.

[3] BOE 3-3-2001.

[4] Esto se ratificaría en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. (BOE 10-7-2001), fruto de la tramitación parlamentaria del citado R.D. Ley.

[5] BOE 2-7-2005.

[6] La norma que se aprueba tiene en cuenta, tanto la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (en particular las sentencias 22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril), como las prescripciones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. especialmente, lo establecido en su artículo 6.1.

[7] Se concilian los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionados con el empleo.

[8] Se incluyó una disposición transitoria para determinar el régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

e) La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[9], aún durante el Gobierno del PSOE (Presidente José Luís Rodríguez Zapatero), en su Disposición adicional 36ª trató sobre las Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y modificó de nuevo la Disp. adicional 10ª del TRLET, de 1995, e introdujo el siguiente texto de especial interés "b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para alcanzar la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. La pensión, pues, debía llegar al 80% de la base reguladora.

f) Mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[10], gobernando de nuevo el Partido Popular (Presidente Mariano Rajoy Brey), su Disp. Final 4ª, apartado 2, dispuso, como antes hiciera el PP, que la Disposición adicional 10ª del TRLET de 1995, quedaba redactada en los siguientes términos: «Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibilitaran la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que fuera la extensión y alcance de dichas cláusulas.»

g) Seis años después, el R. D.-ley 28/2018, de 28 de diciembre, aprobado para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo[11], gobernando nuevamente el PSOE (Presidente Pedro Sánchez Pérez-Castejón), en su Disp. Final 1ª, modificó de nuevo la Disp. Adicional 10ª del TRLET de 1995, quedando ahora redactada del siguiente modo: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1º) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. 2º) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.»

h) Posteriormente, y gobernando ahora el PSOE en coalición (Presidente Pedro Sánchez Pérez-Castejón), se aprobó la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[12], introduciendo nuevas exigencias y mejorando así la anterior redacción de 2018, y a tal efecto la Disp. Final 1ª de esta Ley dispuso: «Se modifica el TRLET de 1995, en los términos siguientes, quedando la Disposición adicional 10ª redactada del siguiente modo: 1º) En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los CC podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años,

[9] BOE 2-8-2011.
[10] BOE 7-7-2012.
[11] BOE 29-12-2018.
[12] BOE 29-12-2021.

siempre que cumplan los siguientes requisitos: 1)La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. 2) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. 3) Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del CC sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas[13].La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20% sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. d) La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.»

III. BREVE NOTA ACERCA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2022

En el año 2022 he podido recoger hasta 91 CC de los cuales solamente 26 (un porcentaje que no llega a ser el 29%) han tratado, de un modo u otro, de la jubilación forzosa y lo han hecho siguiendo la estela del TRLET de última generación, con algunas precisiones. Otra cosa es llegar a saber estadísticamente cuantas jubilaciones forzosas se han llevado a cabo en el sector privado por razones estrictas de edad, pues no siempre el empresario actúa esta posibilidad. Cabe hacer mención, a título de ejemplo, de algunas de las siguientes fórmulas:

1ª) Si la persona trabajadora cumple o hubiese cumplido la edad legal exigida para la jubilación, a requerimiento de la empresa, efectuado con una antelación mínima de dos meses, estará obligado a facilitar a la empresa certificado de vida laboral expedido por el organismo competente, a fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva…(esta) medida se vincula a objetivos coherentes de política de empleo en el sector del metal[14].

2ª) Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva, se comunicará al trabajador la extinción del contrato de trabajo con 30 días naturales de antelación[15].

[13] Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

[14] IV CC estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, de 29 de diciembre de 2021(BOE 12-1-2022), art. 26

[15] II CC de Canal de Isabel II, SA, de 9 de marzo de 2022(BOE 12-3-2022), art. 85

3ª) De conformidad con lo establecido en el R. D. ley 28/2018, se pacta expresamente que será causa de extinción del contrato de trabajo por jubilación obligatoria cuando el trabajador cumpla la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social en cada momento, siempre que por parte de la empresa se lleve a cabo cualquiera de las políticas de empleo (previstas en el TRLET)[16].

4ª) Atendiendo al contenido de la Disp. adicional 10ª del ET, en su redacción dada por el R. D.-ley 28/2018, de 28 de diciembre, el presente artículo establece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo de una persona trabajadora a instancia de la empresa por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad legal ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social para cada supuesto[17].

5ª) Con el fin de promover una adecuada política de empleo en el sector cementero, a partir de la fecha en que el empleado cumpla la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento, será obligatoria para éste la extinción del contrato de trabajo, siempre que la citada resolución contractual se produzca a requerimiento de la empresa, y condicionada en todo caso a la concurrencia en el afectado de todos los requisitos exigidos por la legislación de seguridad Social, para tener derecho al 100% de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva[18].

6ª) Conforme a la Disp. adicional 10ª del ET, y con el objetivo coherente de establecer una política de empleo vinculada a la consecución del relevo generacional y la estabilidad en el empleo, se acuerda la jubilación obligatoria por el cumplimiento del trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que el trabajador afectado reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva[19].

7ª).Todo el personal del Banco cesará en sus funciones, extinguiéndose, por tanto, su relación laboral con carácter forzoso, al cumplir los setenta años de edad, siempre que reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Dicha extinción vendrá vinculada a un plan de empleo en el que el Banco de España, con el objeto de fomentar la renovación generacional y diversidad de sus equipos, generará un puesto de trabajo fijo y a tiempo completo por cada una de las extinciones por jubilación forzosa que se produzcan. En casos muy excepcionales, se podrá continuar en activo al cumplir los setenta años, cuando dicha prórroga venga motivada por fundadas necesidades del servicio, y siempre que la Comisión Ejecutiva acordase previamente dicha continuación por las dos terceras partes de sus integrantes[20].

8ª) El Área de Recursos Humanos remitirá un Requerimiento de Información a la persona trabajadora, con un mínimo de dos meses de antelación al cumplimiento de la edad legalmente establecida para la jubilación, y que no haya comunicado su intención de jubilarse, solicitando al mismo:1) Informe de vida laboral; 2) Certificado de cotizaciones y, en su caso, 3) certificado expedido por la entidad gestora que acredite que la persona trabajadora puede jubilarse, al objeto de verificar la situación respecto de las condiciones que dan derecho a la percepción del 100% de la pensión de jubilación[21].

[16] XI CC nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado, de 28 de marzo de 2022 (BOE 12-4-2022), art. 56.

[17] CC de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA de 22 de abril de 2022(BOE 6-5-2022), art. 34. bis

[18] *VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cementero, de 17 de mayo de 2022 (BOE 30-5-2022), art. 26.*

[19] CC de Radio Popular, SA de 12 de julio de 2022(BOE 25-7-2022).

[20] CC del Banco de España para los años 2021 y 2022 ,de 23 de julio de 2022(BOE 5-8-2022), art. 20

[21] CC de bolsas y mercados españoles, de 12 de septiembre de 2022 (BOE 23-9-2022), art. 60 bis.

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ESTUDIO DEL PROFESOR BORRAJO DACRUZ

IV.1. Consideraciones previas

Como señala la nota de la Editorial, este ensayo del Dr. Borrajo Dacruz vino a repasar, siguiendo reconocida línea didáctica , la regulación de la jubilación como causa de extinción de la relación de trabajo y, obviamente repasó el alcance de las normas que se fueron dictando en los años:1980, 1995, 2001 y 2005. Hay que significar que este artículo se escribió en 2005 y hasta 2022 se han aprobado sobre la materia diversas normas de ida y vuelta, como acabamos de en el epígrafe anterior. El núcleo central de su disertación es la jubilación voluntaria frente a la jubilación forzosa. Sobre todo el por qué y el para qué de esta última y como se ha venido articulando en España la jubilación forzosa en los últimos años y los problemas que ello ha comportado.

Lo habitual y normal es la jubilación voluntaria cuando, en cada caso, se reúnen los requisitos legales en cada momento exigidos por la normativa laboral y de seguridad social, o sea cuando se alcanza la edad exigida y ello con independencia del estado de salud del trabajador o de su nivel de envejecimiento. Como dice nuestro autor, el trabajador toma su propia decisión, no incumple su contrato, ya que la norma o las circunstancias lo justifican y no ha de pagar indemnización de ningún tipo, pues no está incumpliendo su contrato de trabajo, sino simplemente ejerciendo un derecho. Cuestión distinta es el cese por invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez, o simplemente por dimisión o despido.

Cosa muy distinta es la jubilación forzosa, bien por imperio de la ley (caso de los funcionarios) o bien por así venir pactado en el CC aplicable en la empresa en que presta sus servicios el trabajador. En estos casos el trabajador puede ser jubilado, quiera o no quiera, cuando se dan una serie de circunstancias y concurran una serie de requisitos que, como vimos anteriormente, se han ido estrechando paulatinamente, a favor de los derechos del trabajador al tener que jubilarse forzosamente.

La cuestión es ¿ cómo se justifica la existencia de la jubilación forzosa?: ¿es la presunta vejez del trabajador al alcanzar una concreta edad (que suele ser distinta según ámbitos funcionales y puestos de trabajo)? ¿quien, cómo y por qué se fija una determinada edad?, ¿es la hipotética invalidez para seguir operando en el mercado de trabajo? ¿es la necesidad de rejuvenecer la plantillas, tirando por la borda las experiencias? ¿quien dice quien es viejo para seguir trabajando y con qué justificaciones?

Como señala nuestro autor, y así opino yo por propia experiencia, la propia genética, el puesto de trabajo que se viene desempeñando y el sector de la actividad de cada uno es lo que habría que tomarse más en consideración. Todo es relativo. Otra cosa muy distinta es que se pruebe efectiva e imparcialmente la ineptitud sobrevenida o invalidez en sus grados mayores para poder resolver el contrato para el que se ha dejado de ser apto. Todos sabemos, en términos generales, que la vejez es el último tramo o período de la vida de una persona, que sigue a la madurez, y en el cual se tiene edad avanzada; pero ya hace tiempo que se viene hablando, frente a la jubilación mazazo, de la necesaria preparación progresiva para la vejez, de la jubilación escalonada o parcial progresiva que nos permite sacar el máximo jugo o rendimiento de las experiencias de los trabajadores mayores o del funcionario en función de su larga experiencia y preparación. Se va uno jubilando parcialmente y va enseñando a las nuevas generaciones, pasándoles el testigo. En la actualidad se incentiva la jubilación activa cada vez más.

Le llama la atención al autor, y a todos nosotros, que desde inicios del siglo XX se viniera considerando que la vejez comenzaba a los 65 años y según la OMS a partir de los 60 años. Y estamos ya en 2022.¿? ¿Recordamos cual era la esperanza de vida en aquellos tiempos? ¿Cuántos llegaron a cobrar pensión de retiro y por cuanto tiempo?

Como antes se dijo: todo es relativo. Hay quien es o se siente viejo a los 45 o 50 años y hay quien es activo a los 80 años y más. Efectivamente, casi todo depende de los genes, del tipo de trabajo, de la satisfacción que produce el trabajo que se desempeña, de los lugares de residencia, del clima, etc. de múltiples factores.

Ya no sabemos cuando empieza y termina la tercera edad a la que alude la CE/1978, pues hoy se habla de nuevos tramos: 55-65; 65-75; 75-80; 80, hasta llegar al momento de la plena ancianidad, cuando se deja de ser autónomo y se precisa de la asistencia permanente de un tercero para los acto más esenciales de la vida como vestirse, comer, desplazarse (dependencia vital definitiva). Como apuntara el Prof. Borrajo, se vuelva a la primera edad dada su dependencia total de terceros.

IV.2. La jubilación del trabajador como causa extintiva de la relación de trabajo

Todo el problema procede del hecho de que la jubilación, tanto la voluntaria como la forzosa, suponen para el trabajador, quiera o no quiera, que al perder su puesto de trabajo deja de ingresar su salario y si ello no está compensado con una pensión o retiro vitalicio dignos ¿Qué habrá que hacer? ¿de qué vivirá?

2.1. La jubilación voluntaria es un derecho ejercitable por el trabajador cuando reúne ciertas condiciones para ello, pues de todos es sabido que las obligaciones de hacer son incoercibles, incluso cabe plenamente la dimisión con o sin causa, sin derecho a la jubilación, al margen de tener que pagar o no indemnizaciones al empleador.

En este sentido el ET acepta como causa extintiva, sin más, la dimisión del trabajador [art. 49.1 d)]. Es decir, el trabajador –a diferencia del empresario– puede ir contra sus propios actos. Acaso tenga que cumplir un plazo de preaviso. Acaso tenga que respetar un pacto de permanencia en la empresa Pero estos deberes no le obligan a seguir prestando sus servicios. El trabajador no es un esclavo, puede liberarse de su trabajo.

Como advierte nuestro autor, en la jubilación voluntaria el trabajador hace efectiva la misma libertad que ejerce en la dimisión. Simplemente, la ley le exime de cualquier responsabilidad económica si al causar baja definitiva en su empleo se acoge a las reglas de la pensión que para la jubilación por edad tenga establecidas la Seguridad Social. Lo cual no quiere decir que el trabajador no preavise a su empresario de que va a emprender el procedimiento ante el INSS.

2.2. Por el contrario, la jubilación forzosa es una suerte de obligación impuesta por un tercero cuando concurran una serie de requisitos .La jubilación forzosa por edad procede del mundo funcionarial; se trata de plazas del Estado y demás organismos públicos. En la jubilación forzosa en el ámbito privado nos encontramos ante una imposición, pues es el empresario el que te exige o puede exigir tu jubilación si en tu CC se prevé la jubilación forzosa, por supuesto con una serie de requisitos o condicionantes, lo que se explicaba en los términos de la vetusta y superada Disp. adic. 5.ª del ET/1980, pero tenemos claro que no es admisible la jubilación forzosa si no existe derecho a pensión vitalicia, pues lo otro sería un salto en el vacío.

Como se ha reiterado hasta la saciedad la Disp. adic. 5.ª del ET/ 1980, se introdujo la jubilación forzosa por edad en el empleo privado, a imagen y semejanza de la jubilación en el empleo público de los funcionarios. En la jubilación voluntaria lo que prima es el interés individual del sujeto que se jubila, mientras que en la forzosa debe ser el interés colectivo, la finalidad social del reparto del empleo. En la jubilación forzosa se plantea: ¿se trata de apartarse, o de que a uno lo aparten del mundo del trabajo para que otros entren en el mundo del trabajo, porque los puestos de trabajo son limitados siempre y todo ello en base a la presunción de vejez/ineptitud sobrevenida para el trabajo que venía desempeñando a causa de la edad?

Dado que los puestos de trabajo son del Estado en sentido amplio (entidades públicas en general) o de la empresa privada, en ambos casos se frustra la libertad del funcionario o del trabajador

de morir con las botas puestas, pues el puesto de trabajo no le pertenece, él no es un trabajador autónomo.

2.3 Cuando se habla de la jubilación en términos generales se suscitan, entre otras, las siguientes cuestiones: 1ª) ¿existe el deber de trabajar y el derecho al trabajo?; 2ª) ¿existe el derecho al descanso pensionado pleno tras largos años de trabajo?; 3ª) ¿cuanto dura el derecho/ deber de trabajar? 4ª)¿cuántas horas de trabajo debería hacer para lograr una pensión vitalicia suficiente y digna?; 5ª) ¿quién y como se marca la preferencia entre los intereses individuales y colectivo en la jubilación forzosa?; 6ª) ¿realmente existe un número limitado de empleo de modo permanente?; 7ª) ¿me jubilan o me he de jubilar aunque física y psíquicamente me encuentre en plenitud de condiciones?;8ª) ¿jubilación mazazo a una determinada edad o jubilación progresiva a partir de una determinada edad y de una serie de condicionamientos?, etc.

Como señala el Prof. Borrajo Dacruz "La jubilación del trabajador como causa extintiva de la relación de trabajo está sometida a esta doble regla: por un lado, respeta la voluntad individual de una de las partes ; pero, por otro lado, dicha voluntad puede ser sacrificada a favor de un interés colectivo, como es, por ejemplo, un mayor o un mejor empleo para otros trabajadores, que hasta entonces no lo disfrutan".

Como nos recuerda oportunamente el citado autor, la CE/ 1978 reconoce y declara el derecho al trabajo (art. 35.1) y, a la vez, prohíbe las discriminaciones por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social (art. 14). En todo caso la Disp. adic. 5.ª del ET 1980 fue una norma compleja al autorizar que los CC de trabajo pudiesen fijar libremente edades de jubilación, y esto fue siempre lo más cuestionado.

IV.3. Fundamentos de la jubilación forzosa por edad

Se trata de buscar justificaciones a las restricciones del derecho al trabajo por parte del trabajador o del funcionario, pues el propio Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) exige que exista: razonabilidad y proporcionalidad en este tipo de medidas restrictivas.

¿Por qué se piensa que a los 65, 68, 69, 70, etc. años de edad ya se debe uno jubilar o lo pueden jubilar, incluso sin o contra su deseo y voluntad? ¿Existe una presunción iuris tantum o iuris et de iure de incapacidad para seguir desempeñando el trabajo? ¿Se trata, sin más, de una fecha fijada estadísticamente en la que nace el derecho al premio(o castigo) por los años de trabajo en forma de pensión vitalicia, cual si se tratara de una carrera de fondo?

El TC español acepta que haya desigualdad en las normas –en nuestro caso leyes o CC– si las diferencias cuentan a su favor: 1) con causas objetivas; 2) con causas razonables y 3) con efectos útiles y proporcionales que compensen el sacrificio impuesto.

Desde el punto de vista de la objetividad/estadística los Tribunales estiman que a partir de cierta edad se genera una incapacidad para el trabajo. Se refieren a la vejez, que se estima alcanzada a la edad prevista por el legislador en cada momento. La jubilación por edad presupone ineptitud sobrevenida (por lo que debería caber la prueba en contrario). Se genera así una contraposición entre el derecho al trabajo y la imposición ex lege o vía CC de un descanso vitalicio u ocio. Es como si se aceptara el trabajo como castigo y la jubilación forzosa como liberación tras tantos años de trabajo, pero ¿liberación para qué y bajo qué condiciones de subsistencia? Se considera que el trabajador o el funcionario ya no son productivos, ya no hacen falta, casi son una carga y se les expulsa del mercado de trabajo. Dejan de contar para la sociedad, pues han devenido inservibles, están ya caducos y desgastados.

Como se pregunta el Prof. Borrajo Dacruz ¿la jubilación por edad es la garantía indeclinable de esa dichosa liberación de la carga de trabajo? ¿protege a los miembros de la «tercera edad» contra su posible propensión a seguir sufriendo en el trabajo? En el ámbito funcionarial los poderes públicos

deciden e imponen, en el ámbito privado es el empresario el que, si tiene la cobertura del CC aplicable a su empresa, resuelve lo que estima oportuno ateniéndose al derecho pactado aplicable.

Ahora bien, el trabajo, o mejor el empleo, ¿sigue siendo en España un bien escaso o un bien oculto o sumergido? Por tanto, el Estado y, en su caso, los grupos socio-profesionales autorreguladores, pueden y deben redistribuir las oportunidades de empleo entre los empleados y los desempleados, pero deberían de hacer mucho más por localizar el mucho empleo sumergido, el trabajo precario descontrolado e indecente.

A lo mejor se daba la sorpresa de que no sobraba tanta gente, sino de que aún necesitamos más emigrantes.

Estamos plenamente de acuerdo con que la jubilación forzosa por edad es o debería ser una auténtica medida de política de empleo; podría facilitar la redistribución del trabajo disponible en cada momento, pero no puede ser la única solución, pues antes habría que blanquear el mundo del trabajo. El interés individual se sacrifica al colectivo, pero no ha de ser a cualquier precio; primero hay que clarificar la cantidad real de empleo existente, pues existe el derecho constitucional al trabajo y a mantener el empleo que debería ceder ante el derecho a facilitar empleo a otros trabajadores, a los que sin esa jubilación forzosa estarían en desempleo crónico, pero antes de ello habría que depurar el mercado de trabajo y ahí si que están todos implicados.

IV.4. Compensación por la jubilación forzosa

Tanto el legislador, como los jueces y la doctrina han aceptado que la jubilación forzosa a cualquier edad, ya sea impuesta por ley, ya sea impuesta por el Gobierno (en principio, por Decreto), ya sea impuesta por CC, ha de estar justificada en una política activa de empleo ; pero, a la vez, ha de facilitar como compensación suficiente al cesado en el trabajo el acceso a la pensión de jubilación de la Seguridad Social y ese ha de ser su colchón vitalicio suficiente y digno.

Si se le extingue el contrato y el trabajador ya no puede seguir cotizando ¿quien le paga ese sacrificio?, ¿qué nivel de pensión podrá alcanzar? ¿Se fijará un porcentaje topado o no?. Digo esto porque sea el 80 o el 100% sobre la base reguladora que le corresponda al trabajador, nos olvidamos del art. 210 del TRLGSS, que permite incluso llegar hasta los confines del art. 57 de la citada Ley y todo ello en función de los años cotizados por encima del máximo nivel general exigido. ¿Se le va a privar de esa posibilidad legal?

IV.5. El TRLET de 1995 y su Disposición adicional 10ª

El Gobierno del momento tuvo la oportunidad de revisar la Disp. adic. 5.ª del ET/1980 al refundir los textos del ET, y en la versión de 1995 dio nueva redacción a la compleja norma de 1980 en una Disposición adicional. 10.ª

Los cambios fueron los siguientes: a) supresión de la referencia a la edad de 69 años; y, con ella, a la limitación por ley; b) mantenimiento de la autorización a favor del Gobierno y de los CC ; c) en ambos casos habría que atender a las posibilidades del mercado de trabajo y de la Seguridad Social, así como a que se permitiera que se completaran los períodos de carencia del trabajador a jubilar para que pudiera alcanzar, al menos, la pensión mínima y d) se recordó que la jubilación forzosa era un instrumento «... para realizar una política de empleo» .¿ Pero a cambio de qué?

IV.6. ¿El CC fundamenta, por sí mismo, la forzosidad de la jubilación?

¿Es suficiente el CC para imponer la jubilación forzosa? Los Tribunales de Justicia y el mismo TC habían concluido que el Gobierno estaba obligado a explicar las razones de política en empleo de

sus posibles imposiciones de jubilación a cierta edad, pero inicialmente, como hemos visto, los CC quedaban exentos de este deber de explicación.

Señalaba nuestro autor que "Conforme a la mejor y más profunda concepción institucional del Derecho, se afirma –o se sobreentiende– que los CC sirven per se el interés general del grupo profesional. Son una autorregulación; implican una ponderación de los intereses individuales y colectivos en juego, y cuando los sujetos legitimados acuerdan el pacto acordado es una transacción; y si hay sacrificio o posposición de un interés individual es en tanto se ha buscado la satisfacción del interés general. Resultado: la jubilación forzosa por edad podía imponerse en CC sin que se dejase constancia: a) de si se mantenía o se amortizaba el puesto de trabajo del jubilado; b) de si se creaban o no otros puestos de trabajo; c) de si se convertían contratos de trabajo temporal o a tiempo parcial en contratos de trabajo fijos o a tiempo completo; d) y así sucesivamente". Pero todo esto está ya superado por el texto legal vigente.

IV.7. El marco socio-económico y cultural de la jubilación forzosa en la actualidad

¿Es aceptable hoy día que se imponga la jubilación forzosa por edad aunque sea por razón de distribución del empleo?

Como dijera el profesor BORRAJO DACRUZ "Más que a la edad cronológica habría que estar a la edad biológica o, aún mejor, habría que estar a una categoría multidimensional, en la que entrasen, en conexión e interdependencia: – factores somáticos; – factores psíquicos; – factores económicos; – factores sociales; – factores culturales, entre otros posibles. Estoy plenamente de acuerdo con el autor.

En un plano estrictamente laboral, hay un factor decisivo: el factor profesional; o, mejor, el factor de la satisfacción en el trabajo. Un trabajo físico penoso, sin horizontes de ascenso, con rentas bajas, puede animar –y anima– hacia el retiro. Un trabajo marcadamente intelectual, con expectativas de promoción, y con rentas altas –o muy altas– mantiene la vinculación con el trabajo, tiende a prolongar la vida laboral.

Y repetía: "para seguir en el trabajo, es importante la rentabilidad económica pero también es decisiva la satisfacción moral ; la auto-estima del sujeto (el sentirse realizado; a gusto consigo mismo, digo yo). No pleitea contra la jubilación forzosa por edad el bracero o el peón. Pleitea el director del Departamento de Análisis o de Investigación, que no desea ser jubilado a la fuerza.

IV.8. Las edades del hombre en cuanto trabajador

El profesor BORRAJO DACRUZ comentaría in extenso la problemática de la llamada «tercera edad», según las épocas y, por tanto, según los niveles sanitarios, económicos, laborales, etc. propios de cada una de ellas, pues en determinados tiempos se entendió que eran socialmente viejos: los de 50 años de edad ; después los de 60 años de edad ; posteriormente los de 65 años de edad ; y, ahora, los de 70 años de edad.

En la Europa Occidental (también obviamente en España) el umbral de la vejez en los 65 años data de los primeros años del siglo XX.

El resultado-dice nuestro autor-es que la vieja división en tres estadios o etapas del ciclo vital se ha diversificado mucho y, una de dos, o bien se distinguen las seis siguientes etapas: – infancia; – adolescencia; – juventud; – madurez; – vejez; – senilidad; o bien, sin más, se sustituye por otra clasificación más funcional y se habla de: – primera edad; – segunda edad; – tercera edad; – y cuarta edad. Todo cambia, nada permanece.

IV.9. El anacronismo de la edad legal de retiro a los 65 años

A juicio del Profesor Borrajo Dacruz la vejez es una condición personal, que como tal ha de ser vivida por el sujeto, y respetada por los demás conforme a esa singularidad. La vejez es también una condición social, que ha de ser tratada colectivamente, según parámetros resultantes de un análisis estadístico sobre los datos que concurren en los miembros de ciertos grupos de edad en razón de las dos variables siguientes: por un lado, la variable individual de la capacidad de trabajo, y de la incidencia en ella de la enfermedad ; y, por otro lado, la variable del desempleo, o si se quiere, de la abundancia o de la escasez de las oportunidades de empleo.

Un dato parece claro y concluyente: si en 1919 la edad de jubilación se fijaba en 65 años , no parece posible que ese límite se mantenga en el año 2005 .El régimen jubilatorio del sector público marca la pauta, con una dilatada experiencia en la materia.

En 1919 el costo económico para el Retiro Obrero era mínimo, pues la esperanza de vida no llegaba a los 40 años. A más años trabajados menos años, posiblemente, de pensiones vitalicias, menos gasto de la seguridad social, por ello se incentiva cada día más el retraso en la jubilación y la misma jubilación activa.

Dicho objetivo político-social responde, por un lado, a una exigencia personal ineludible, al contar el profesional con capacidad suficiente para mantenerse activo según su vocación personal, y, por otro lado, a una exigencia económica insoslayable, o sea evitar el pago de rentas a «pasivos» durante períodos que alcanzarán, como promedio, 20 años (de los 65 a los 85 años, o más años).

V. REFLEXIONES FINALES PROPIAS Y/0 COMPARTIDAS CON EL PROFESOR BORRAJO DACRUZ

Como se desprende del iter normativo de los año 1980 a 2022, el tema de la jubilación forzosa ha sufrido diversos vaivenes en función del partido político gobernante y de sus apreciaciones sobre la situación social y económica en el contexto, además, de la UE.

Es innegable:1º) que el grupo de edad de 65 y más años ha aumentado extraordinariamente en la 2.ª mitad del siglo XX y sigue aumentando en los primeros años del siglo XXI, pues se da una alta vitalidad; 2º) que ha aumentado la preparación profesional permanente de los trabajadores; 3º) que ha mejorado y mucho el nivel de salud y la esperanza de vida de los españoles; 4º) que procedería respetar la libertad de seguir trabajando mientras la salud aguantara y se fuera eficaz en el puesto de trabajo; 4º) que la longevidad de los mayores de 65 años provocará larguísimos períodos de «pasividad consuntiva» si se obliga a la jubilación a los 65 años a cargo de fondos públicos (clases pasivas, Seguridad Social, asistencia social).

Ante este panorama de personas que quieren y pueden mantenerse en activo por encima de los 65 años y que invocan su derecho al trabajo y rechazan la jubilación forzosa como una medida discriminatoria; y ante la amenazante crisis económica de la Seguridad Social contributiva, se preguntaba nuestro comentado autor: ¿es solución la recreación de una nueva Disp. adic. 10.ª que lleve al ET a establecer la jubilación forzosa a una determinada edad, en principio –¡otra vez!– a los 65 años?

La Ley 14/2005, de 1 de julio volvió a autorizar a los CC para que establecieran jubilaciones forzosas por razón de edad, introduciendo en el ET una nueva Disp. adic. 10.ª El nuevo texto legal presentaba las siguientes características:

1ª) Omitía cualquier referencia a una edad máxima para el trabajo, al igual que la norma de 1995.

2ª).Omitía, también, cualquier referencia a las competencias del Gobierno para fijar edades máximas de jubilación forzosa.

3ª) Y en fin, regulaba, exclusivamente, la imposición por CC y para esto establece ciertas y expresas limitaciones ; a saber:

a) la edad había de ser la ordinaria para la jubilación en la Seguridad Social ;

b) el trabajador habría de reunir las demás condiciones requeridas para obtener una pensión de jubilación por edad de la Seguridad Social ;

c) en fin, el CC habría de exponer los factores de mejora que incorporaba en el empleo, ya fueran cuantitativos(por ejemplo, el número de puestos de trabajo a cubrir) ya fueran cualitativos(por ejemplo, la conversión de temporales a fijos; o de trabajo a tiempo parcial en a tiempo completo). Las mejoras sobre la regulación anterior son evidentes.

Los puntos negativos le suscitaban ciertas dudas; por ejemplo:

a) ¿qué quería decir «mejora de la estabilidad en el empleo» cuando, precisamente, se daba de baja forzosa por jubilación a uno, o a varios, o a muchos empleados?;

b) y lo mismo ¿qué quería decir «sostenimiento del empleo»?

Por todo ello el Prof. BORRAJO DACRUZ era partidario de la homogeneización con la jubilación en el sector público, o sea una regulación similar en el empleo privado, en el empleo público y en el empleo estatutario.

VI. BIBLIOGRAFIA

Albiol Montesinos, I.: "Jubilación forzosa y convenio colectivo (La disposición adicional 10ª ET)", en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 1353-1372.

Álvarez Cortes, J.C., "El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10ª ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº53, 2019.

Alzaga Ruiz, I., "Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, comentario a la STSJ Madrid de 27 de diciembre de 2002 (Ar.2003, 1924) y 5 de febrero de 2003 (Ar.1925)", *AS*, num. 11, 2003, pp. 21-27.

Arrieta Idiakez, F. J., "Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.183/2016, Editorial Aranzadi, pp. 173-200.

Arrieta Idiakez, F. J., "Medidas laborales tendentes a garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad, en AA.VV., *El envejecimiento de la población trabajadora:Balance crítico de la situación y propuestas de mejora, Coordinado por el Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación*, 2018 , pp. 221-267.

Barcelo Fernandez, J: "La modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación", *Temas Laborales*, num.121/2013, pp. 107-139

Barcelo Fernandez, J: "La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria", *RGDTSS/IUSTEL*, nº39 de 2014.

Borrajo Dacruz, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L. López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 143-178.

De La Villa De La Serna, L. E.: "Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimento de la edad ordinaria de jubilación", en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (L. E. de la Villa Gil, Director), Madrid (Ed. IUSTEL), 2011, pp. 1381-1384.

Dolz Lago, M. J.; "Peculiaridades de la pensión de jubilación en el Régimen Especiel de Funcionarios Públicos", en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 2003-2025.

Esteve Segarra, M. A.: La Jubilación Forzosa, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 1999.

Esteve Segarra, M. A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos*, 2022, vol.3, num. Extraordinario, pp. 156-166.

Gallego Morales, A. J.: "Disposición Adicional Décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación", en AA.VV., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico del R.D. Legislativo1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el TRLET* (Dirección J.L. Monereo Pérez), Granada (Ed. Comares), 2012, pp. 1185-1188.

Garcia Murcia, J.: "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador", *REDT*, num. 19, 1984, pp. 431-446.

Garcia Ninet; J.I. y Barcelo Fernández, J.: "El aumento de la edad ordinaria de jubilación como medida para la sostenibilidad de los sistemas públicos de Seguridad Social. Un futuro problema también en Brasil", *Revista de Directo Brasileira (RDB)*, vol. 12, 2025, pp. 277-305.

Garcia Viña, J.: "Regulación en Convenio Colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la D. Adicional Décima del ET). Reformas introducidas por el R.D. Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Tribuna Social*, 2001. num. 124, pp. 31-37.

García Viña, J. Salido Banus, J.L.: "¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa? Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión", *Actualidad Laboral*, 2003, num. 2,pp. 457-471

Herraiz Martín, M.: "La jubilación forzosa. Crónica de una muerte anunciada", en VV.AA. *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona (Ed. Atelier), 2017, pp. 677-693.

Maldonado Molina, J. A., "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", *Temas Laborales*, núm. 161, 2022

Martín Retortillo, L.: "Catorce estaciones normativas sobre la jubilación de los funcionarios", en AA. VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 255-271.

Martínez Barroso, M. R.: "La extinción de contratos de trabajo por aplicación de la cláusula jubilatoria forzosa tras la derogación de la disposición adicional 10ª ET: una cuestión no resuelta", *Tribuna Social*, 2003, num.156, pp. 9-35.

Martínez Giron J.: "La jubilación por edad y los convenios colectivos: efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del ET", *AL*, num. 1, 2002, pp. 143-158.

Miñarro Yanini, M y Ruano Albertos, S.: "La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos reciente de los Tribunales Superiores de Justicia", *Tribuna Social*, 1999, num. 106, pp. 33-43.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº18 (1er Trimestre), 2019.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", en *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* (27/6/2022), de la Universidad de Almería, pp. 45-71 y amplia bibliografía.

Montalvo Correa, J.: "La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo", en AA.VV. *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 1023-1037

Morón Prieto, R.: "Los estímulos al empleo de los trabajadores de edad avanzada", en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 1531-1553.

Ojeda Avilés, A.: "La dimensión comunitaria de la jubilación", en AA.VV., *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Coordinadora L.López Cumbre), Madrid (Iustel), 2007, pp. 615-643.

Pérez De Los Cobos, F.: "Sobre la jubilación forzosa de los funcionarios, Nota a la STC 108/1986, de 29 de julio", *RL*, tomo I, 1987.

Sempere Navarro, V.: "La derogación de la Disposición Adicional 10ª ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias", en VV. AA., *La reforma laboral de 2011. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*, Navarra, Aranzadi, 2001

Tortuero Plaza, J.L., "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2001, num. 33, pp. 251-262; La jubilación forzosa, Madrid (Ed. Civitas), 2002

Vicente Palacio, A., "Jubilación forzosa", en Sempere Navarro y Fernández Orrico (Dirs), Re*forma y modernización de las Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de a 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012

Villa Gil, L.E. y Montalvo Correa, J.: *La jubilación forzosa en los convenios colectivos*, RGLJ; num. 2, 1967, pp. 378-395.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Socios-Trabajadores y Administradores de Sociedades de Capital en el Sistema de Seguridad Social". *Actualidad Laboral*, nº 39. 27 de octubre-2 de noviembre 1997, pp. 957-975.

Socios-trabajadores y Administradores de Sociedades de Capital en el sistema de Seguridad Social

Shareholders-workers and managers of capital companies in the social security system

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
Letrado de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

Cita Sugerida: TRILLO GARCÍA, A.R.: "Socios-trabajadores y Administradores de Sociedades de Capital en el sistema de Seguridad Social", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 267-274

Resumen

El profesor Efrén Borrajo Dacruz era un gran especialista *iuslaboral*, hasta el punto de que su obra no sólo servía de base para el estudio de una materia, sino también como parte crítica para la reforma y mejora del sistema social. En su estudio acerca de los "Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social" publicado en la Revista Actualidad Laboral, nº39 de 1997, se trata con sumo cuidado la reforma operada por la disposición adicional segunda de la Ley 24/1997, de 15 de julio. Se trata de un estudio lleno de matices que merece su atención en el presente trabajo.

Palabras clave

Seguridad Social; encuadramiento; socios-trabajadores y administradores de sociedades

Abstract

Professor Efrén Borrajo Dacruz was a great iuslaboral specialist, to the point that his work not only served as a basis for the study of a subject, but also as a critical part for the reform and improvement of the social system. In its study on the "Shareholders-workers and managers of capital companies in the social security system" published in the Labour Affairs Journal, No 39 of 1997, the reform operated by the second additional provision of Law 24/1997 is treated with great care, of 15 July. It is a study full of nuances that deserves your attention in the present work.

Keywords

Social security; framework; partners and managers of companies

I. INTRODUCCIÓN

El profesor Borrrajo Dacruz realiza un profundo análisis de la problemática que suscita el encuadramiento de los socios-trabajadores y administradores de sociedades en la Seguridad Social al hilo de la aprobación de la disposición adicional segunda de la Ley 24/1997, de 15 de julio. La citada disposición establecía que "*a lo largo del ejercicio de 1997, el Gobierno procederá a regular el encuadramiento de los socios-trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del sistema de Seguridad Social*".

La disposición se aprueba una vez que el Tribunal Supremo, tanto por su Sala de lo Social (STS 4ª 29 de enero de 1997), como Contencioso-Administrativa (STS 3ª 21 de marzo de 1997), habían determinado que los administradores ejecutivos de sociedades son trabajadores por cuenta

ajena, aunque no sean subordinados o dependientes a efectos de su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que fueran a la vez socios mayoritarios por ostentar más del 50% del capital social.

Estas sentencias removían en criterio administrativo establecido en las Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Jurídica y de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 22 de junio de 1992 y de 14 de diciembre de 1993.

Las referidas resoluciones recogiendo una doctrina anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo concluía:

1. Los socios que desarrollen únicamente las referidas actividades, como miembros de los órganos de administración, realizando bajo esa condición, las funciones ejecutivas de gerencia y dirección de la sociedad, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo, quedarán incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2. No se incluirán en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los socios que actúen en su mera condición de consejeros, que no desarrollen funciones ejecutivas y de dirección, sino que se limiten a las puramente consultivas que per se, no constituyen actividad profesional de relevancia que pueda dar lugar a encuadramiento en dicho Régimen Especial o en cualquier otro del Sistema.

3. En el caso de los delegados de los órganos de administración de la sociedad –Consejeros Delegados, Directores Generales, Gerentes ...–, que normalmente desempeñan funciones de dirección y gerencia, pero subordinados al Consejo de Administración y respecto de los que, a efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social, habrán de tenerse en cuenta estas consideraciones:

a) Si las funciones que llevan a cabo las realizan confundiéndose en el marco de una relación orgánica, por integración en el órgano de la administración social, no podrá considerarse la existencia de una auténtica relación laboral y, por ende, deberán incluirse en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

b) Por el contrario, si las referidas funciones las realizan sin integrarse y confundirse en los órganos de administración social, subordinados a éstos y bajo una auténtica relación laboral especial de alta dirección, habrá que tener en consideración:

- Siempre que tales actividades constituyan en puridad una relación laboral especial de alta dirección, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena y se incluirán en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda en razón a la actividad,

- No obstante, y habida cuenta que este tipo de actividad lleva implícita en numerosas ocasiones, la integración en los órganos de administración de la sociedad, ejerciéndose las funciones ejecutivas y de dirección como propias de ellos y no como manifestación de aquella relación laboral especial, deberán efectuarse las comprobaciones pertinentes y, de darse este último supuesto mencionado, no considerarlos como trabajadores por cuenta ajena e incluirlos en el Régimen Especial de Autónomos.

II. EL POSICIONAMIENTO DEL PROFESOR BORRAJO EN EL TRABAJO COMENTADO ANTE EL EVENTUAL CAMBIO NORMATIVO

El profesor Borrajo realiza una consideración previa al señalar que es posible entender que la inclusión de los administradores societarios activos en el RETA, no podría hacerse con un simple Real Decreto, sin generar especial inseguridad jurídica.

Por otra parte, consideraba que la delegación en el Gobierno tenía un ámbito muy limitado pues únicamente ordenaba realizar la nueva regulación del encuadramiento a los socios-trabajadores y administradores de sociedades capitalistas olvidando la regulación del encuadramiento de los socios

y administradores de sociedades mercantiles personales así como de otros tipos de sociedades como las cooperativas o las sociedades laborales, aunque el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, disponía que: "Todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a algunos de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas".

Consideraba el profesor Borrajo que el legislador con la DA 2ª de la ley 24/1997, ha habilitado al Gobierno para resolver en el tema con gran libertad de opción, de manera que, a los administradores societarios, sean o no socios, puede el Gobierno incluirlos ahora tanto en el Régimen General como en el RETA.

A este respecto, se propone una revisión crítica del concepto legal de asimilado a trabajador. Señala el autor que al fijar el ámbito personal del Régimen General no hay por qué ceñirse, sin más, el ámbito el contrato de trabajo. De este modo, hay que operar con el criterio más amplio de asimilado legal, Y esa asimilación legal tiene la amplitud que la propia ley concede, baste a este respecto, por ejemplo, que en el Régimen general se encuentren determinados funcionarios públicos. En conclusión, sería posible sostener con la doctrina de la Sala de lo Social que los administradores societarios, tanto los activos como los pasivos, no tienen ni relación laboral común ni la relación laboral especial de alta dirección. Es más, aún podría sostenerse que los administradores societarios ni siquiera son trabajadores por cuenta ajena propiamente dichos. Pero de ahí no puede derivarse que quedan fuera del campo de aplicación del Régimen General, si en éste encuentran su asimilación expresa.

Así, el concepto de "asimilados" es el concepto básico para acordar o no sobre su inclusión como "asegurado" en el Régimen General. Y la asimilación expresa fue hecha desde 1966; y alcanzó a los Administradores societarios activos o ejecutivos, y solo dejó fuera a los administradores societarios pasivos (meros y simples).

Así se vislumbraban las siguientes opciones posibles:

a) Inclusión de los socios-trabajadores y administradores-societarios, sin más, en el Régimen General.

b) Inclusión en el Régimen General con selección de contingencias (exclusión, por ejemplo, del desempleo; de la asistencia sanitaria obligatoria; etc.) y con la correspondiente adecuación de las cuantías de las cuotas.

c) Inclusión, sin más, en el RETA.

d) Inclusión en el RETA con selección de contingencias y con adecuación de cuotas.

Ahora bien, sobre esta valoración inicial el profesor Borrajo, una vez estudiada la doctrina jurisprudencial y las resoluciones administrativas, aventura las líneas por las que probablemente se produciría la reforma:

a) En el RETA los Administradores societarios no tendrán protección por desempleo.

b) Se respetará la intensa –implacable– acción administrativa efectuada en estos cuatro años últimos a favor del RETA.

c) Se mantendrá el tenor literal restrictivo de LGSS.1994; que es la misma común para sostener que ni siquiera a los Administradores ejecutivos están incluidos en su artículo 97.2.a), de modo que se evite la tacha de inconstitucionalidad de tal precepto.

d) En fin, con el RETA se adecuarán las bases de cotización a la realidad socioeconómica de cada asegurado. Hay una propensión a identificar al Administrador societario con un magnate de la economía. Puede serlo. No tiene porque serlo. Con mucha frecuencia no lo es. No sería de recibo que se concluyese que queda encuadrada. Sin más, en el grupo I de tarifas de cotización del Régimen General.

e) En cualquiera de las opciones: régimen general o RETA parece que se debe hacer caso omiso de la posible posición del Administrador ejecutivo como socio-capitalista, mayoritario, paritario o minoritario. La asimilación legal es la que puede evitar este juego interpretativo en el que la lógica formal desplaza a la lógica-vital.

f) En fin, podría generar graves incertidumbres jurídicas, que se otorgase a cada interesado un derecho de opción entre el Régimen General y el RETA.

III. LA REGULACIÓN SOBREVENIDA DEL ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES

Sea a consecuencia de la advertencia del profesor BORRAJO o por otra circunstancia, lo cierto es que se utilizó una noma con rango de ley para reordenar el encuadramiento de socios-trabajadores y administradores de sociedades.

De esta forma, la disposición adicional cuadragésima tercera en el apartado segundo, de la Ley 66/997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administradores y del Orden Social, que estableció una nueva redacción de la letra a) del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, determinado que expresamente se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social al personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que no forme parte del órgano de administración social desempeñado en el mismo funciones de dirección de la sociedad.

Asimismo, se daba una nueva redacción a la letra k) del artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social estableciendo la inclusión en el Régimen General de los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas que no formen parte del órgano de administración de las mismas con funciones de dirección y gerencia, cuando ni por su participación, directa o indirecta en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad.

Por otra parte, la disposición adicional cuadragésima tercera apartado tercero, de la Ley 66/1997, añade una disposición adicional vigésima séptima a la Ley General de la Seguridad Social de 1994, al objeto de regular el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de los socios trabajadores y socios-administradores de sociedades de capital.

Así, estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

a) Quienes presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración, siempre que su actividad en el mismo no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia.

b) Los administradores sociales que presten servicios mercantiles capitalistas, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social.

c) Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

A efectos de concretar que se entiende por control efectivo de la sociedad, se establece que, salvo prueba en contrario, el trabajador posee un control efectivo de la sociedad, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Que al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuida entre socios, a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2º. Que, cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, se trate de empresas en las que únicamente presten servicios quienes tengan la condición de socios, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad, título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

3º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

4º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuido el ejercicio de funciones de gerencia y dirección de la sociedad, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

Se añade, además, que en los supuestos en que no concurran las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

En cambio, no estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

No obstante, no parece que al legislador le pareciera satisfactoria la regulación del encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas en el Régimen General de la Seguridad Social y en el régimen de trabajadores autónomos toda vez, que el artículo 34 la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social vuelve a dar una nueva redacción al artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en sus letras a) y k), así como la disposición adicional vigésimo séptima de la citada norma, y la modificación del artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

Así, estarán incluidos obligatoriamente en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos establecidos en la regulación del encuadramiento de los socios de sociedades mercantiles capitalistas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Igualmente, se incluirán en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no

posean el control de éstas en los términos indicados anteriormente, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuido por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Por otra parte, se modifica la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, al objeto de establecer el ámbito de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Así, la norma establece que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee efectivo de la sociedad cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias:

1º.- Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con la que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2º.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3º.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Asimismo, se mantiene que en los supuestos en que no concurran las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad, así como que no estarán comprendidos en el sistema de las Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

Por su parte, la modificación del artículo 21 de la Ley de Sociedades Laborales distinguiendo el encuadramiento de socios en el Régimen General y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la Ley de Sociedades Laborales, y aun cuando formen parte del órgano de administración social, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, cuando estas contingencias estuvieran previstas en dicho régimen.

Por el contrario, los socios trabajadores se asimilarán a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, con exclusión de la protección por desempleo y de la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén vinculados, simultáneamente, a la misma mediante relación laboral común o especial.

b) Cuando, por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, y simultáneamente, estén vinculadas a la misma mediante relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

En cambio, los socios trabajadores estarán incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por cien, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.

IV. EL MARCO LEGAL ACTUAL DEL ENCUADRAMIENTO DE LOS SOCIOS DE SOCIEDADES

Los artículos 136 y 305 LGSS recogen una regulación más completa del encuadramiento de los socios trabajadores y administradores societarios, y así:

El artículo 136.2 LGSS establece que se declaran expresamente comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social:

a) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de los órganos de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, no posean el control en los términos previstos para la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (artículo 136.2.b LGSS).

b) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos para la inclusión en el RETA, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma, si bien estos consejeros y administradores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial (artículo 136.2.c LGSS).

c) Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos para la inclusión en el RETA (artículo 136.2.d LGSS).

d) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los socios trabajadores de las sociedades laborales que, por su condición de administradores de las mismas, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, y no posean su control en los términos previstos para la inclusión en el RETA (artículo 136.2.e LGSS).

Por su parte el artículo 305.2 LGSS establece que están incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos:

a) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto,

de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en los que no concurran las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad (artículo 305.2.b LGSS).

b) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias a los que se refiere el artículo 1.2.a) de la ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo (artículo 305.2.c LGSS).

c) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2.b) de la ley 2072007, de 11 de julio (artículo 305.2.d LGSS).

d) Los socios de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivía alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares (artículo 305.2.e LGSS).

e) Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores (artículo 305.2.n LGSS).

V. VALORACIÓN

El certero análisis efectuado por el profesor BORRAJO sobre la insuficiencia de la regulación que en los años noventa del siglo pasado, regía el encuadramiento de los socios-trabajadores y socios-administradores de sociedades, así como la insuficiencia del Real Decreto como instrumento normativo para llevar a cabo la reordenación jurídica del encuadramiento.

La regulación actual se ha realizado como acertadamente postulaba el autor del trabajo, desvinculando la naturaleza del vínculo laboral del encuadramiento en uno u otro régimen utilizando la "asimilación al trabajador por cuenta ajena" como elemento determinante del encuadramiento.

En cambio, el legislador no ha seguido el consejo del profesor BORRAJO al utilizar el criterio de la magnitud de la titularidad del accionariado como criterio delimitador de la inclusión en uno u otro régimen.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Criterios judiciales sobre la revisión de los complementos, a cargo de la empresa, del subsidio por ILT". *Actualidad Laboral* nº 2/1986, pp. 2050-2067.

Mejoras voluntarias de Seguridad Social e Incapacidad Temporal

Voluntary improvements of Social Security and Temporary Incapacity

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0001-9780-7860

Cita Sugerida: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Mejoras voluntarias de Seguridad Social e Incapacidad Temporal", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 275-281

Resumen

En este trabajo insertado en el monográfico en homenaje al Profesor Efrén Borrajo Dacruz se analiza uno de sus artículos publicado en el número 2 de la Revista Actualidad laboral del año 1986 titulado "Criterios judiciales sobre la revisión de los complementos, a cargo de la empresa, del subsidio por ILT".

Abstract

This work included in the monographic tribute to Professor Efrén Borrajo Dacruz analyzes one of his articles published in issue 2 of the Labor Current magazine in 1986 entitled "Judicial Criteria for the Review of Company-Charged ILT Supplement."

Palabras clave

Mejoras voluntarias; Seguridad Social; Incapacidad Temporal

Keywords

Voluntary Improvements; Social Security; Temporary Disability

I. INTRODUCCIÓN

La relevancia del artículo objeto de comentario viene dada no solo por su gran calidad técnica, rigor en las fuentes y claridad expositiva del autor, uno de los grandes Maestros de la disciplina, sino porque aborda un tema, las mejoras voluntarias de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria (actualmente incapacidad temporal) que sigue siendo una cuestión de plena actualidad y sobre la que no exista una bibliografía extensa.

El artículo se centra en la respuesta judicial a la reforma legislativa llevada a cabo por el Real Decreto 53/1980, que fijó una nueva cuantía para el cálculo del subsidio por ILT en caso de enfermedad común o accidente no laboral y que tuvo como efecto práctico una reducción del importe a cargo del Seguridad Social. Con la normativa anterior (Decreto 3158/66) en caso de ILT el subsidio consistía en una cantidad equivalente "al setenta y cinco por ciento de la base de cotización en la fecha en que se declare iniciada legalmente la incapacidad". Mientras que con el Real Decreto 53/1980 –y a fin, entre otros objetivos, de lucha contra el absentismo laboral– el importe del subsidio por ILT derivado de contingencias comunes durante el período comprendido entre el cuarto día a partir del de la baja hasta el vigésimo día inclusive, quedó fijado en el sesenta por ciento de la base reguladora correspondiente".

Con la nueva normativa se les plantea a las empresas el dilema de si la obligación asumida de mejorar el subsidio de ILT hasta el cien por cien del salario del trabajador/a en caso de ILT debe a partir de ahora incrementarse hasta el 40 por ciento (para así alcanzar el cien por cien del salario). O si, por el contrario, el coste económico de la reducción del importe de la prestación de Seguridad Social han de soportarlo los trabajadores y las empresas solo han de continuar abonando el mismo porcentaje en concepto de mejor voluntaria (el 25 por ciento).

Al hilo de la reforma legislativa mencionada, el profesor Borrajo Dacruz analiza la doctrina judicial del Tribunal Central de Trabajo en orden cronológico y los diferentes argumentos esgrimidos por la parte empresarial para oponerse a incrementar el porcentaje a su cargo en concepto de mejora voluntaria:

En la STCT de 21 de agosto 1980 la Sala rechazó que imponer a la empresa el abono del cuarenta por ciento hasta completar el cien por cien del salario en caso de ILT derivada enfermedad común o accidente no laboral infringiera los artículos 3.1 y 2 del Código Civil (deber de interpretar las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, así como el principio de equidad), ni el artículo 6.3 del mismo cuerpo legal. Tampoco vulnera el principio *rebus sic standibus*. Respecto a esta última afirmación señalar que el Tribunal considera que en este caso dicho principio no despliega eficacia porque se está ante pactos que, por su propia naturaleza, tienen una duración limitada y son susceptibles de denuncia a corto plazo.

Sobre el carácter extra salarial de la mejora por ILT se pronuncia la STCT de 18 de diciembre de 1980 afirmando que la mejora tiene los caracteres atribuidos a las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social. Y, puesto que el trabajador en ILT no cobra salario sino una prestación de Seguridad Social, lo que no se modifica de existir una mejora voluntaria, ésta última también se integra dentro de la acción protectora.

El Profesor Borrajo Dacruz atribuye un alto valor doctrinal a la STCT de 6 de febrero de 1981 pues en ella se afirma que la obligación de la empresa de completar lo que resulte necesario para alcanzar el salario hasta el cien por cien "será una consecuencia natural u ordinaria de las fórmulas convenidas, salvo que terminantemente se haya cifrado una cuantía cierta para el complemento a cargo de la empresa. Igualmente se destaca que el bien tutelado por la mejora es el mantenimiento de la capacidad adquisitiva del trabajador. No cabría argumentar de contrario el posible enriquecimiento injusto para el trabajador porque si la cuantía del subsidio abonado por la Seguridad Social aumentara en un futuro, automáticamente se reduciría el porcentaje de la mejora voluntaria al subsidio por ILT a cargo de la empresa.

La STCT de 22 de junio de 1981 llega a la discutible conclusión de que la mejora de la ILT pactada por convenio colectivo y que fue abonada durante muchos años constituye una condición más beneficiosa para los trabajadores y, por tanto, de supresión no lícita en principio.

El argumento de que el incremento o disminución del porcentaje a abonar por ILT a cargo de la Seguridad Social tanto puede beneficiar como perjudicar a la empresa es desarrollado por la STCT de 5 de octubre de 1981.

La STCT de 16 de octubre de 1981 falló a favor de la empresa porque la norma pactada que regulaba el porcentaje de la mejora del subsidio por ILT había perdido vigencia, siendo sustituida por un convenio de 1980, el cual no consiente la interpretación que sostienen los recurrentes. Es ésta una de las escasas sentencias favorables a la petición empresarial y recoge la doctrina de que las mejoras establecidas en un convenio colectivo pueden desaparecer en los convenios colectivos siguientes.

La STCT de 26 de enero 1982 rechaza la teoría del riesgo sobrevenido como imprevisible o al menos extraordinario, y subraya su decisión en que las partes del convenio podrían haber fijado una cuantía cierta al complemento, pero no lo hicieron.

El Tribunal Central de Trabajo con fecha 6 de diciembre de 1983 desestimó el recuro interpuesto por la empresa al entender que ésta se obligó en términos claros a completar el subsidio por ILT cuando podría haber estabilizar su posible aportación en términos ciertos.

Interés extraordinario atribuye el profesor Borrajo Dacruz a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/83 de 24 de enero de1983, en la que se alegó vulneración del Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. El conflicto se originó en una empresa con dos centros de trabajo, uno en Valladolid y otro en León. Al entrar en vigor el Real Decreto 53/80 se cuestiona el porcentaje que estaría obligada a pagar el empresario para completar la indemnización por ILT existiendo un acuerdo de empresa que establecía una mejora de ILT a cargo de la empresa. El comité de empresa de cada centro de trabajo, de manera separada interpone demanda de conflicto colectivo. Ambas demandas fueron desestimadas en la primera instancia y recurridas ante la sala quinta del Tribunal Central de Trabajo.

El Tribunal Central de Trabajo, por sentencia de 29 de diciembre de 1981 desestima el recurso interpuesto por el comité de empresa de Valladolid y confirma la tesis de la empresa. Pero la misma Sala del TCT por sentencia de 19 de enero de 1982 estima el recurso del comité de empresa de León condenando a la empresa a completar el importe del subsidio por ILT.

El comité de Valladolid recurre en amparo al Tribunal Constitucional al entender que son sentencias contradictorias dictadas por el mismo Tribunal y recaídas en casos iguales, por lo que se habría cometido una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso y declaró la nulidad de la STCT de 29 de diciembre de 1981 pues "el artículo 14 de la Constitución que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas abarca a la igualdad en la aplicación de la ley, de manera que un mismo órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada". El TCT dio cumplimiento a la STC 2/83 mediante su sentencia de 29 de marzo de 1983.

El 5 de diciembre de 1984 el TCT dictó sentencia en la que, una vez más, se acogen las tesis de los trabajadores en cuanto al complemento al subsidio por ILT. Pero también se aborda la cuestión de si puede ser objeto de conflicto colectivo de interpretación y aplicación una diferencia sobre el régimen del subsidio de ILT, puesto que se trata de materia de Seguridad Social. El TCT se pronuncia afirmativamente argumentando que lo que se debate es una obligación de la empresa derivada de un convenio colectivo, cuya eficacia normativa se limita a la relación laboral (artículos 27 de la Constitución y 82.3 Estatuto de los Trabajadores) y no a la Seguridad Social.

El magnífico artículo que firma el profesor Borrajo Dacruz concluye con el estudio de la STCT de 29 de julio de 1986, en la que se hace un recorrido por las sentencias del mismo órgano judicial sobre las mejoras voluntarias de ILT, concluyéndose que "si la empresa aspira a que los complementos a su cargo por ILT acusen equitativamente las variaciones impuestas por las normas de Seguridad Social a los subsidios correspondientes, tendrá que fijar su compromiso en términos inequívocos al respecto".

II. COMENTARIO[1]

Las mejoras voluntarias gozan de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico: no sólo son anteriores en el tiempo a la Constitución, sino incluso a la Ley General de Seguridad Social.

[1] Marín Alonso, I., y Sánchez-Rodas Navarro, C: "Las Mejoras Voluntarias de los Empleados Públicos en la Negociación Colectiva" en: VV.AA., *La Negociación Colectiva en el Sector Público,* 2019, Ministerio de Trabajo, Madrid, pp. 307-372.

La Base Decimotercera de la Ley 193/1963 le dedicó su apartado 59 y en la misma se inserta un principio capital:"fuera de los supuestos legalmente previstos, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva ni de mejoras voluntarias de las empresas".

Pero ni en la legislación laboral ni administrativa podemos encontrar definición alguna de las mejoras voluntarias a la acción protectora de la Seguridad Social.

Frente al modelo constitucional de Seguridad Social basado en los principios de publificación institucional, universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional"[2], las mejoras voluntarias a la Seguridad Social se ubicarían extramuros de la Seguridad Social y se caracterizarían jurídicamente *a contrario sensu* por su naturaleza jurídica privada, gestión privada[3], financiación privada y ámbito de aplicación personal limitado.

En España, tanto la doctrina científica como judicial, han admitido sin fisuras la legitimidad de las mejoras voluntarias a la Seguridad Social en base al artículo 41 de la Constitución, es decir, como una modalidad de previsión social complementaria

En este sentido, la STS de 10 de junio de 2009 (rec. 3133/2008) rotundamente afirma que:"las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pactadas en convenio colectivo integran la Seguridad Social complementaria a la que hace referencia el artículo 41 de nuestra Constitución". Pero sin que ello implique, obviamente, que el precepto constitucional se agote o restrinja su ámbito de aplicación material a las mejoras voluntarias.

Doctrinalmente se las ha calificado como "conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activos"[4].

Rasgo constitutivo de las mejoras voluntarias presente desde sus orígenes es su carácter complementario y, a la vez, externo al sistema Seguridad el Social.

Se las califica de "mejoras" precisamente porque van a suponer un incremento en la cuantía de la prestación económica a percibir por los beneficiarios.

Apropiado es el uso del adjetivo "voluntarias" para calificarlas porque el establecimiento, o no, de las mismas es, en última instancia, decisión voluntaria del empleador, quien ha de asumir en tal caso su financiación.

Y, sobre todo, gráfica y capital es la utilización de la preposición "a" y no "de" pues no estamos ante mejoras del ámbito o responsabilidad de la Seguridad Social sino mejoras a la Seguridad Social, resaltándose así su carácter complementario.

Pero qué duda cabe que "a mayor Seguridad Social básica, menos mejoras voluntarias porque cuando la Seguridad Social generalizada es suficiente, poco necesita de Seguridad Social complementaria"[5].

---

[2] Alarcón Caracuel, M: *La Seguridad Social en España,* Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 61.

[3] Roqueta Buj, R: *Las Mejoras Voluntarias de Seguridad Social*, Actualidad Laboral nº 12/2010, p. 1394: "las mejoras voluntarias son objeto de gestión privada, bien directamente por el propio empresario, o bien a través de entidades mercantiles, sin perjuicio de las facultades de autorización, inspección y tutela que en algunos supuestos (señaladamente, planes y fondos de pensiones) corresponden a la Administración pública".

[4] García Becedas; G: "La Seguridad Social complementaria en España" en: VV.AA. *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Asociación Española del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Madrid, 1993, p.20.

[5] Eugenio Blanco, J: *Las Mejoras Voluntarias y su Contratación Colectiva en la Ley de Bases de Seguridad Social*, Revista Iberoamericana de Segundad Social, nº 3/1963, pp. 342 y 343.

Actualmente, la regulación de las mejoras voluntarias se encuentra en el artículo 43 del vigente TRLGS, –cuya redacción es sustancialmente idéntica al artículo 39 del TRLGSS 1/1994– que lleva precisamente por rúbrica "Mejoras Voluntarias y dice:

1. *La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales*.

2. *Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva*.

Doctrinalmente se distingue entre mejoras complementarias ("las que se refieren a las mismas contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social y utilizan la misma técnica prestaciones) y mejoras autónomas ("las que protegiendo las mismas contingencias recurren a una protección distinta de la prevista por la Seguridad Social")[6].

Como señalan MERCADER UGUINA y ARAGÓN GÓMEZ "las mejoras voluntarias son la única forma de protección social complementaria que regula la Ley General de la Seguridad Social"[7].

A lo que se puede añadir que si bien con las mejoras voluntarias no se agotan las posibilidades que derivan del Derecho constitucional a la protección social complementaria, las mejoras voluntarias a la Seguridad Social sí son la única "excepción a la intervención de la negociación colectiva en materia de Seguridad Social"[8].

Esta última afirmación sin duda alguna es de gran trascendencia puesto que implica que del artículo 43.2 TRLGSS deriva un límite infranqueable para la autonomía colectiva.

La autonomía individual (del empleador) o la colectiva son las vías a través de las cuales el legislador ha previsto que se puedan establecerse mejoras voluntarias a la Seguridad Social, y así se refleja en numerosas sentencias[9].

La naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias resulta esencial a la hora de abordar su regulación por la negociación colectiva ya que la misma permitirá el establecimiento y el alcance de las mismas. Una importante polémica se originó en su tiempo entorno a dilucidar si las mejoras voluntarias tienen la consideración de salario, o no.

Mayoritariamente se considera que las mejoras voluntarias no son Seguridad Social ni tienen, tampoco, naturaleza salarial[10]. El principal apoyo para descartar su concepción como Seguridad Social se basa, precisamente, en que los complementos provienen de la iniciativa privada y, además, no disfrutan de las características de las prestaciones de Seguridad Social. En concreto, los argumentos en que se basan, y que compartimos, son los siguientes:

---

[6] Gala Durán, C.: *Las Mejoras Voluntarias en la Negociación Colectiva Actual*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p.30.

[7] Mercader Uguina, J. y Aragón Gómez, C.:"La Protección Social Complementaria: Identificación y Modalidades" en: VV.AA., Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2017, p. 789.

[8] Toscani Giménez, D. y Valenciano Sal, A.: "Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social" en: VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, p.797.

[9] SSTS de 31 de enero de 2007 (RJ.1495) y de 20 de noviembre de 2003 (RJ.9098).

[10] Véase la STS 11 de mayo de 2004 (RJ.4580). La STS de 27 de mayo de 2013 (RJ.5157) señala que "las mejoras de la Seguridad Social no forman parte del sistema de prestaciones integrado en la legislación básica de la Seguridad Social". Véase, también, la STS de 18 de octubre de 2016 (RJ.5602) donde señala que la mejora voluntaria de jubilación prevista en el convenio colectivo del personal de Administración y Servicios de las Universidades catalanas no se incluyen en la suspensión prevista en la D.A. sexta de la ley 5/2012, de 20 de marzo, de Medidas fiscales y financieras del Parlamento de Cataluña.

Que el origen de las mejoras voluntarias (y otras prestaciones sociales complementarias) está en la voluntad de las partes (individual o colectiva) o, más técnicamente, la libertad de su otorgamiento, ya que las mismas devienen obligatorias para el empleador una vez establecidas.

En cambio, la protección social pública es preceptiva y obligatoria y su establecimiento, gestión y financiación es también pública.

A mayor abundamiento, respecto de las prestaciones complementarias otorgadas libremente por el empleador (ya sea mediante decisión unilateral, por contrato individual o por negociación colectiva), puede afirmarse que las mismas carecen de naturaleza salarial pues su finalidad no está relacionada con la prestación profesional de los servicios laborales. Así se deduce, salvo mejor opinión, del art. 26 del TRET.

Hay que tener presente que la complementariedad de la protección social pública no se limita al sector privado, sino que también abarca al sector público en sentido amplio. Afecta, pues, al personal incluido en el ámbito subjetivo marcado en el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, comprendiendo a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración Local y al sector público institucional.

En relación con las mejoras por incapacidad temporal se puede traer a colación lo sucedido a raíz de la crisis económica del 2008: la supresión temporal del complemento a la incapacidad temporal establecido en el TRLGSS por el artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012 el cual estableció dicha restricción tanto para el personal laboral como el funcionario, ya esté éste incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el sistema de Clases pasivas y el Mutualismo Administrativo. Suspensión levantada por la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

No obstante, también se ha de tener presente que existen colectivos excluidos de mejoras voluntarias por incapacidad temporal: es el caso del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que no contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de mejorar las prestaciones económicas de los riegos que regula. Lo cual resulta del todo coherente si los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal no tienen derecho a la negociación colectiva. Puesto que la única vía para instaurar las mejoras voluntarias de IT prevista por la Ley 6/2018 es la negociación colectiva, los empleados públicos que no tienen reconocido tal derecho son objeto de una diferencia de trato que repercute negativamente en sus haberes económicos.

En materia de mejoras voluntarias a la Seguridad Social la tesis que se defiende es que no existe una única jurisdicción competente.

Y ello a pesar de lo que –erróneamente– induciría a pensar la redacción dada al artículo 2, letra q) de la vigente Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social que atribuye a orden social la competencia de los litigios que versen sobre "*la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo*".

Resulta claro que el ámbito de aplicación material del artículo 2.q) incluye el concepto de mejoras voluntarias en sentido estricto, tal y como es configurado por el artículo 43.1 TRLGSS, pues se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las controversias sobre mejoras voluntarias que cumplan, acumulativamente, los siguientes requisitos: mejoren la acción protectora de la Seguridad Social y tengan su origen en una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo

Con la nueva regulación qué duda cabe que se evitan situaciones como las resueltas en el pasado en que el orden social se tenía que declarar incompetente para conocer de la impugnación de mejoras voluntarias contenidas en pactos o acuerdos de funcionarios que, como los del régimen local, están incluidos en el Régimen General.

Pero cuando el empleado público esté protegido a efectos de pensiones por Clases Pasivas y/o respecto a subsidios temporales por el mutualismo administrativo, de los litigios sobre las mejoras voluntarias contenidas en pactos o acuerdos colectivos habrá de conocer el orden contencioso-administrativo.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De la jurisprudencia analizada en el artículo firmado por el profesor Borrajo Dacruz se infiere que, en caso de que como consecuencia de una reforma legislativa el importe de la prestación por Incapacidad Temporal a cargo de la Seguridad Social disminuyese, la diferencia hasta completar el porcentaje fijado como mejora voluntaria para los trabajadores de baja ha de ser asumido por las empresas que hubieran pactado mejorar voluntariamente la citada prestación de Seguridad Social.

En supuestos como los descritos, una negativa empresarial a cumplir lo previsto en materia de mejoras voluntarias no está amparado por los artículos 3.1 y 2 del Código Civil, ni tampoco existirá vulneración del principio de equidad y no será aplicable la cláusula *rebus sic standibus*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias se afirma su carácter extra salarial, porque el complemento a cargo de la empresa es una mejora de una prestación de la Seguridad Social que también se integra dentro de la acción protectora.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2007", *Actualidad laboral*, nº 13, 2007, pp. 1558-1563

Trabajo de la mujer a tiempo parcial, pensión de jubilación y discriminación indirecta: comentario del profesor Efrén Borrajo Dacruz al auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de enero de 2007

Women's part-time work, retirement pension and indirect discrimination: comment by Professor Efrén Borrajo Dacruz to the judicial decision of the Superior Court of Justice of Murcia of January 8, 2007

Mª CARMEN SALCEDO BELTRÁN
Profesora TU Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia[1]
https://orcid.org/0000-0002-6529-2396

Cita Sugerida: SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, pensión de jubilación y discriminación indirecta: comentario del profesor Efrén Borrajo Dacruz al auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de enero de 2007", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 283-289

Resumen

En la dilatada y magistral trayectoria académica del profesor Borrajo Dacruz una de las materias analizadas fue la discriminación por razón de sexo en el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Con ocasión de un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 8 de enero de 2007, dejó constancia oportunamente de una regulación que seguía siendo inconstitucional por la doble aplicación del principio *pro rata temporis,* como así se confirmó posteriormente, a pesar de la adopción de una modificación legislativa que había incorporado unos coeficientes correctores.

Palabras clave

Pensión de jubilación; mujer; trabajador a tiempo parcial; discriminación; principio *pro rata temporis;* coeficientes

Abstract

In the long and masterful academic career of Professor Borrajo Dacruz, one of the subjects analyzed was discrimination based on sex in the calculation of the retirement pension for part-time workers. On the occasion of a pronouncement of the Superior Court of Justice of Murcia, on January 8, 2007, it duly recorded a regulation that continued to be unconstitutional due to the double app. ication of the *pro rata temporis* principle, as confirmed later, despite the adoption of a legislative amendment that had incorporated some correction coefficients.

Keywords

Retirement pension; woman; part-time worker; discrimination; *pro rata temporis* principle; coefficients

[1] Consultora experta internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea).

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La pensión de jubilación y su sistema de cálculo en los contratos a tiempo parcial fue objeto de estudio por el profesor Borrajo Dacruz. Con ello, contribuyó a dejar constancia de la discriminación que se producía en el cómputo de los períodos de cotización, a pesar de la adopción de medidas correctoras a nivel legislativo. Esta situación, además, afectaba especialmente a las mujeres. Una de las evidencias se localiza en el comentario que publicó en la revista *Actualidad laboral*, 2007, nº 13, al interesante auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sala de lo social, de 8 de enero de 2007, rec 1073/2006[2]. Estás páginas examinarán su magistral análisis, reflexiones y oportunas afirmaciones sobre la materia, desde la dimensión teórica y la práctica. El interés se confirma, por un lado, en que las instancias superiores ya habían reprobado la regulación previa. Por otro lado, en que los pronunciamientos posteriores siguieron haciéndolo puesto que las reformas que pretendieron corregir la desigualdad mantenían la doble aplicación del principio de proporcionalidad.

II. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL *DE IURE* Y *DE FACTO*

II.1. La inconstitucionalidad de la regulación precedente: la STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004

Con la finalidad de contextualizar la situación es importante señalar algunas notas sobre el precedente normativo pues ponen de manifiesto que la problemática que se denunciaba en el auto no era nueva. La anterior redacción de la normativa aplicable (art. 12.4 del ET) disponía que, para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de seguridad social del trabajo a tiempo parcial, se computarían "exclusivamente las horas trabajadas". Por tanto, se observaban dos principios en los parámetros aludidos: el contributivo y el de proporcionalidad. Las dudas sobre su constitucionalidad respecto del art. 14 de la Constitución Española (CE) fueron aclaradas en la sentencia 253/2004, de 22 de diciembre de 2004.

En cuanto al cálculo de la base reguladora, el TC consideró que no era contrario a la Carta Magna, puesto que el esfuerzo contributivo en estos contratos es menor (como consecuencia del inferior salario percibido). Así pues, era razonable que las prestaciones de seguridad social se obtuvieran en función de las cotizaciones efectivamente realizadas. La prestación de seguridad social resultante será más reducida que si se hubiera trabajado y cotizado todo el tiempo, es decir, la contribución al sistema había sido más baja, se cobraría proporcionalmente atendiendo a ella.

Por el contrario, en lo que atañe al cómputo de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, sí que estimó que había vulneración del precepto constitucional. Los dos principales argumentos que sustentaron la resolución fueron los siguientes:

a) La aplicación estricta a los contratos a tiempo parcial del principio de proporcionalidad en este punto derivaba en que a estos trabajadores se les exigía períodos de actividad más extensos. Con ello, se dificultaba injustamente su acceso a la protección social y se conducía a un resultado contrario desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente) "pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial".

[2] Véase también el artículo "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social" que publicó en la *Revista de Política Social*, 1978, nº 120, pp. 47 a 70, en el que ya avanzaba de las dificultades que tenía el Derecho vigente español en cuanto a la cotización cuando se trabajen tan solo un número reducido de horas al día.

b) Igualmente, la regulación cuestionada generaba una discriminación. No parecía justificado que se estableciera una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial respecto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas. Esta diferenciación era arbitraria y conducía a un resultado desproporcionado, dificultando su disfrute. Esta situación, por añadidura, conforme a los datos estadísticos, perjudicaba predominantemente a las mujeres trabajadoras.

En el momento en que, por las razones indicadas, se declaró la inconstitucionalidad del apartado del precepto, su redacción había sido sustituida por una nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, *de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad*. Con esta, y con fines de corrección sistemática, se limitó el art. 12 del ET a los aspectos laborales del contrato a tiempo parcial. Los relativos a la protección social se ubicaron en la disposición adicional séptima de la LGSS, con el título "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial". Literalmente establecía lo siguiente (se transcriben los apartados que interesan para el supuesto de hecho que se enjuicia en el auto al ser los que estaban vigentes):

> *1. La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas:*
> *Primera. Cotización.*
> *a) La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. (...)*
> *Segunda. Períodos de cotización.*
> *a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales.*
> *b) Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.*
> *Tercera. Bases reguladoras.*
> *a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. (...)*
> *b) El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a lo dispuesto en el apartado b) de la regla segunda se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo.*

II.2. Reflexiones sobre una problemática que persiste

El profesor Borrajo inicia el examen de la materia con unas premisas esenciales sobre el trabajo a tiempo parcial. La finalidad es hacer ostensible que, a pesar de la reforma aprobada, la problemática que acompaña a esta modalidad de desarrollo de la relación laboral continua. En ese sentido, señala

que obviamente, por su naturaleza, la retribución que se devenga, en comparación al tiempo completo, es objetivamente inferior. Con la regulación de esos momentos, la pensión contributiva de jubilación de este colectivo se ve afectada en los siguientes tres aspectos: una menor base de cotización; una inferior base reguladora de las prestaciones; y la exigencia de un mayor tiempo físico o cronológico para el acceso al derecho y obtener iguales coeficientes aplicables a la base reguladora.

Por tanto, si se desea que las prestaciones sean equiparables o próximas en cuantía, y, como oportunamente precisa, "no sólo proporcionales", a las de los trabajadores a tiempo completo, son dos las opciones que propone: prolongar en gran medida los períodos de cotización o recurrir a criterios de ficción para sortear las limitaciones temporales y económicas. En virtud de esto, el legislador, como se deduce de la lectura normativa, ha acudido a la técnica de las asimilaciones, atribuyendo períodos ficticios de cotización, coeficientes multiplicadores, cuantías mínimas, etc, para que alcancen los umbrales de carencia que dan acceso al derecho a las prestaciones o para mejorar las bases reguladoras.

Así pues, hay una diferencia real entre la pensión de jubilación entre los trabajadores a tiempo parcial y los de tiempo completo. Esta presenta la particularidad de que afecta predominantemente a las mujeres. El pronunciamiento transcribe los datos incorporados en la STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004[3], que son contundentes: del total de la población ocupada en España en 1997 a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100. Consultada la misma publicación en el año en curso (2004), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representaron el 81,94 por 100.

A continuación, estas afirmaciones generales las traslada al supuesto de hecho. La situación a valorar es la de una limpiadora con contrato a tiempo parcial indefinido de unas 2,15 horas diarias que prestó servicios a lo largo de unos 19 años. Solicitó la pensión de jubilación. A su petición se le aplicaron las reglas de la disposición adicional séptima de la LGSS. En la resolución de 9 de diciembre de 2005 de la dirección provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Murcia se le denegó la solicitud por no reunir el período mínimo de cotización legalmente exigido para el reconocimiento del derecho. La motivación indicaba que sólo se acreditaban tres mil ciento trece días de cotización más otros trescientos cuarenta y cuatro días-cuota por pagas extraordinarias. Resalta el profesor Borrajo que la longitud del tiempo de tiempo de cotización se valora como "un tiempo físico o cronológico sin más (…) al ser salario y cotización *proporcionales* a un horario marginal".

La posterior reclamación previa fue igualmente desestimada por resolución de 27 de febrero de 2006. También la demanda por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena de 10 de julio de 2006. Contra esta se interpuso recurso de suplicación.

III. PROTECCIÓN SOCIAL, ASIMILACIONES Y COEFICIENTES CORRECTORES DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: LA CONSTATACIÓN DE UNA DESIGUALDAD EN EL PRONUNCIAMIENTO

Con esta realidad teórica y práctica, el órgano jurisdiccional procedió a resolver el caso. Siguiendo la normativa reguladora, debe analizarse, interpretarse o proyectarse teniendo en cuenta los principios de igualdad, proporcionalidad y contribución. Las diferencias "de facto" (trabajo menos horas y coherentemente cobrar según ellas) son las que deben dar consistencia a las "de iure". En el examen, en virtud de la valoración que efectúa, se presentó una cuestión de inconstitucionalidad.

El auto es considerado de "alto valor" por el profesor Borrajo por la ponderación que hace de las opciones que tenía el legislador al regular la compleja materia: una situación desigual y la

[3] La fuente es la publicación del Instituto de la Mujer, "Las mujeres en cifras, 1997" a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística).

necesidad de postular que los trabajadores a tiempo parcial disfruten de "una igualdad material" para beneficiarse de una pensión de jubilación. Para lograr este equilibro se estableció la asimilación en lo que respecta al período de cotización. No se realiza totalmente sino que se recurre a un patrón de cotización "día". Es decir, estando ya la diferencia en la base de cotización, de valor inferior, se crea una simbología que distingue *también* la "cotización por día" frente a la "cotización por hora".

El pronunciamiento determina que este mecanismo no alcanza el resultado que persigue, sino que ocasiona una desasimilación. En suma, esta construcción jurídica, diferenciadora sin fundamento del cómputo del período cotizado es arbitraria y desigualadora sin razón, y, por tanto, contraria a los arts. 9.3 y 14 de la CE. Como se destaca, no cumple con la finalidad de hacer razonablemente factible el acceso a la pensión de que se trata (jubilación), pues opera en sentido contrario, obstaculizando la obtención de una consecuencia positiva en relación con los contratos de trabajo a tiempo completo. En tal tendencia, además, iría contra la justicia (art. 1 CE) y no aseguraría razonable y proporcionadamente el amparo frente a situaciones de necesidad (art. 41 CE).

Se ahonda más en la materia para aseverar que se puede dar la circunstancia, según sectores, que un contrato sea a tiempo parcial y otro a tiempo completo con las mismas horas trabajadas, *luciendo* una consecuencia inexplicable y absurda, pues en un caso se cotizaría por horas y en otro por días, lo que nos sitúa de nuevo ante lo relevante a efectos de fundar la diferencia, que no se encuentra. No se trata de una quimera sino que es perfectamente posible.

Ante tal regulación, la Sala entiende que se parte de un valor o cómputo horario anual incluso superior a lo que establecen muchos convenios colectivos de trabajo a tiempo completo (aporta, como ejemplo, el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Región de Murcia fija la jornada laboral semanal en treinta y nueve horas). Por tanto, la ordenación de un valor medio de cinco horas por día, es partir de una base penalizadora del trabajo a tiempo parcial, carente de sentido. No la modifica el factor corrector de 1,5 siendo, más bien, muestra de que se está reconociendo que se produce una desproporción.

En resumen, no se trata de reconvertir el contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo, al establecer un cómputo anual de 1826 horas como jornada anual, como hace la disposición adicional séptima de la LGSS, creando una versión ficticia de contrato a tiempo parcial. Esa construcción resulta ajena a la realidad. Se ha de pretender, por el contrario, llegar a la asimilación o igualdad, respetando lo que realmente ocurre en cada caso, ponderando criterios finalistas (como hacer efectiva la protección) y de proporcionalidad (evitando exigir requisitos inviables o desmesurados). La igualdad con la regulación actual es ilusoria pues los medios o requisitos son incompatibles al efecto de obtener la misma consecuencia. Ocasiona el efecto inverso. La asimilación no se consigue y, por tanto, ese sistema es injustificable desde la consideración del principio de igualdad ante la ley, pues aplica en dos ocasiones el principio de proporcionalidad.

IV. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 77/2013, DE 9 DE ABRIL DE 2013[4]

Como se ha apuntado, el auto presentó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional séptima, regla segunda, de la LGSS. Esta se extinguió por desaparición sobrevenida de su objeto, al haber sido declarada inconstitucional por la sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Se resolvió que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no superan los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no evitan los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Precisa en este sentido que:

[4] Rec. 763/2007.

a) Respecto los días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, más que tratarse, propiamente, de una corrección del principio de proporcionalidad estricta, es un procedimiento de cálculo más preciso técnicamente para la aplicación de dicho principio. En todo caso, el resultado de su aplicación es el de que los trabajadores a tiempo completo acreditarán como cotizados el total de días naturales del período trabajado, mientras que los trabajadores a tiempo parcial lo harán de un número de días inferior, determinado por las horas trabajadas. Por tanto, la norma sigue manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores estos trabajadores, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad, referido no sólo a la cuantía de las bases reguladoras, sino también al cálculo de los períodos de carencia, criterio que ya había el TC resuelto que no era justificado por las exigencias de contributividad del sistema (STC 253/2004, de 22 de diciembre)

A su vez, esta decisión de tomar como referencia la jornada máxima legal origina una desigualdad en el cómputo de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial que va más allá de la estricta proporcionalidad, toda vez que existen muchos trabajadores a tiempo completo que realizan una jornada inferior. En virtud de ello, pues, de esta primera regla, la comparación entre un trabajador a tiempo completo cuya jornada convencional o contractual sea inferior a la máxima legal y un trabajador a tiempo parcial de su misma empresa o sector de actividad permitirá apreciar una diferencia de trato, que actúa en perjuicio de este último, y que ni siquiera es consecuencia estricta de la aplicación de un criterio de proporcionalidad en la comparación entre ambos trabajadores en razón a las horas efectivamente trabajadas.

b) La regla propiamente correctora supone, en definitiva, reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado conforme al criterio de proporcionalidad ya analizado, previéndose su aplicación con carácter uniforme para todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia de la duración mayor o menor de la jornada de trabajo realizada o del período más o menos amplio de tiempo acreditado a tiempo parcial dentro de la vida laboral de cada trabajador. Sin duda, atenúa los efectos derivados de una estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan alcanzar los períodos de cotización exigidos para causar la prestación de jubilación. No obstante, su virtualidad es limitada, y ni siquiera en el ámbito de esta prestación se consiguen evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social. Únicamente serán menos los trabajadores perjudicados por su aplicación, pero, respecto de ellos, la regulación cuestionada habrá de merecer similares reproches a la anterior, al resultar insuficiente su eficacia correctora.

En efecto, reconocer un plus de medio día adicional cotizado por cada día teórico de cotización obtenido mediante la aplicación de la regla legal, en función exclusivamente de las horas trabajadas, facilitará, sin duda, el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornadas de trabajo de duración más elevada, así como el de aquellos en cuya vida laboral los períodos de trabajo a tiempo parcial representen una pequeña proporción respecto del conjunto. Sin embargo, cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación.

No parece justificada una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Es arbitraria y conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial (FJ 8).

Por coherencia, si en la regulación previa no se aceptaron las anteriores alegaciones como criterio justificativo, tampoco ahora pueden servir para admitir que la diferencia de trato se mantenga

en relación con aquellos trabajadores a tiempo parcial con una jornada laboral reducida o con mayores períodos de ocupación a tiempo parcial en el conjunto de su vida laboral.

En definitiva, a la vista de estas consideraciones, se concluyó que el diverso tratamiento jurídico en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa está desprovisto de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En las últimas líneas de su análisis, el profesor Borrajo examina las dificultades de que la regulación normativa responda al mismo tiempo al principio de contributividad y al de proporcionalidad. Plantea que la solución podría estar en reorientar "la postulación política y social" del trabajo a tiempo parcial que pase por "aceptar" que este es sólo voluntario en parte y que, con frecuencia, es la única vía factible para conciliar la vida familiar y laboral o es la que pone a disposición un mercado laboral con carencias.

Respecto del primer supuesto, indica que "exige un cambio radical con el reconocimiento operativo, y no sólo de palabra, de que el ser humano, para realizarse como tal, hasta la cima de su potencial de dignidad, ha de contar en sus años de dependencia vital, con personas que atiendan la nobilísima función de cuidados para la familia, que bien puede ser el hombre o la mujer, si bien aún es esta la llamada a tal servicio en primer lugar, por obra y gracia de la biología y según el peso de la Historia"

Asumir esa realidad, considera que ayudará a obtener soluciones progresistas en las que el gasto público estatal adquiere protagonismo para afrontar ayudas específicas a la protección social de la familia o al desempleo parcial. En todo caso, será un gasto "congruente". Propone que se adopten auxilios económicos, "de cuantía digna y ajenos a los fondos contributivos que se asimilen a salarios y, como tales, también coticen, evitando cortes o vacíos en la relación de Seguridad Social". Lamentablemente, finaliza observando que no parece ser esa la línea que se adopta ya que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aumenta los supuestos en los que, sin haber salario ni, por tanto, cotización, se reconocen períodos de carencia y/o se toman como referencia cuantías, de nuevo, del tiempo completo.

Para concluir, en un estudio posterior, el profesor Borrajo afirmó que "la experiencia histórica enseña que una y otra vez el político tropezará con la misma piedra"[5]. La regulación de los aspectos de seguridad social del contrato a tiempo parcial de esos momentos es reflejo de la misma pues el cambio normativo volvió a incurrir en un injusto tratamiento de los períodos de cotización que derivó en más declaraciones de inconstitucionalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Borrajo Dacruz, E. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social" *Revista de Política Social*, 1978, nº 120.

Borrajo Dacruz, E., "Trabajo de la mujer a tiempo parcial, principio de igualdad y pensión de jubilación: reflexiones sobre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2007", *Actualidad laboral*, 2007, nº 13.

Borrajo Dacruz, E., "El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI", *Actualidad laboral*, 2007, nº 13.

[5] "El derecho al trabajo en la sociedad española del siglo XXI", *Actualidad laboral*, 2007, nº 19, p. 2289.

Número Especial 2023
Homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz
ISSN: 2386-7191 y 2792-7962– ISSNe: 2387-0370 y 2792-7970

Publicación Comentada: BORRAJO DACRUZ, E.: "Primer aniversario del Acta Única Europea y política social", *Actualidad laboral*, nº 2, 1988, pp. 1585-1587.

El Acta Unica Europea. El triunfo de la dualidad. *Delors versus Thachter*

The Single European Act. The triumph of duality. *Delors versus Thachter*

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA
Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0001-8985-3891

Cita Sugerida: GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C.: "El Acta Unica Europea. El triunfo de la dualidad. Delors versus Thachter", Revista de *Derecho de la Seguridad Social, Laborum* y *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 291-315

Resumen

El autor analiza en este artículo el Acta Única europea, primer gran avance de las Comunidades hacia una mayor integración política, económica y social. En efecto, lo que al principio fue concebido únicamente como un mercado común de libre cambio de mercancías, servicios y capitales, se fue trasformando progresivamente en una Europa más cohesionada en la que ya emergía lo que posteriormente se conocería como la dimensión social europea.

En el debate del Acta única, se gestaron con claridad dos posiciones contrapuestas que todavía subsisten. Por una parte la que defendía, con Margaret Thachter a la cabeza, una zona exclusivamente de libre comercio y, desde la otra orilla, la que propugnaba, con Jacques Delors como punta de lanza, una Europa plenamente única con una necesidad comercial y una ética social.

No es baladí recordar y repasar el Acta única europea, 35 años más tarde de su aprobación. De hecho, las dos concepciones de Europa siguen vigentes. Por ello, no debe olvidarse que todo comenzó con el Acta única europea. También el Brexit.

Palabras clave

mercado interior; integración política; dimensión social; seguridad y salud en el trabajo; Brexit

Abstract

In this article, the author analyses the Single European Act, the Communities' first major step towards greater political, economic and social integration. Indeed, what was initially conceived solely as a common market for the free exchange of goods, services and capital was gradually transformed into a more cohesive Europe in which what would later become known as the European social dimension was already initiated.

In the debate on the Single European Act, two opp. sing positions clearly emerged that still persist today. On the one side, with Margaret Thachter at the forefront, advocated an exclusively free trade area, while the other side, with Jacques Delors at the vanguard, promoted a Union with commercial necessity and social ethics.

It is not trivial to recall and review the Single European Act, 35 years after its adoption. In fact, the two conceptions of Europe are still valid. It should therefore not be forgotten that it all began with the Single European Act. Brexit, too.

Keywords

internal market; political integration; social dimension; health and safety at work; Brexit

Eu levo unha pena
Eu levo unha pena
gardada no peito;
eu lévoa, e non sabe
ninguén por qué a levo1
Rosalía De Castro

I. INTRODUCCIÓN

En una reunión celebrada en Galicia en la que iuslaboralistas de todos los colores, condiciones y pelajes rendían homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz, el maestro de maestros contó una historia que voy a intentar reproducir sin la sorna gallega. Pido disculpas de antemano. *Delante de la tumba de un recién fallecido, autoridades públicas y amigos desgranaban una serie de virtudes del finado. De repente se escuchó la voz clara fuerte de la viuda que dirigiéndose a sus hijos gritó ¡Vámonos, nos hemos confundido de muerto o de cementerio¡*

Pues bien, cuando Margaret Thachter tuvo que ceder a las exigencias de Jacques Delors[2] y aceptar el resultado final del Acta única Europea[3], especialmente en lo referente a una futura Unión Europea y a una posible Unión monetaria, cuyos contornos ya se divisaban en el firmamento, seguramente se mostraría de acuerdo con la portada del tabloide británico "THE SUN"[4] "*Up yours Delors*" que podríamos traducir, sin ningún eufemismo como *"¡Que te den Delors!*" .

Ahora bien, la proverbial impasibilidad y flema británica de la primera ministra debió transmutarse en ira cuando otra vez el Señor Delors, como continuación lógica del Acta única Europea, presentó, algunos meses más tarde, a la firma de los mandatarios europeos, la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores[5] . En ese momento la Señora Thachter debió pensar lo mismo que la viuda de la historia del cementerio "*Me han confundido*". Su comentario fue tajante "Esto *no es una carta social sino una carta socialista*". *"Delors es socialista pero de la línea extrema, marxista"*. Acto seguido, recogió sus papeles y decidió con estrépito no firmar la tan denostada Carta Social. De este modo, la Carta, al no aprobarse por unanimidad en el Consejo Europeo no fue un texto vinculante. Años después, el Reino Unido (Tony Blair) la adoptó en 1998, con motivo de la integración de los principios de la carta en el Tratado de Ámsterdam. Tregua, pero no paz.

II. GESTACION DEL ACTA UNICA EUROPEA

No adelantemos acontecimientos y centrémonos en el Acta Única Europea que constituye, sin lugar a dudas, la primera modificación sustancial del Tratado de Roma y el inicio de lo que será más adelante la Unión Europea, tal como la conocemos hoy. El proceso del Acta Única Europea no fue fácil como tampoco lo fue su aprobación.

El Acta surgió del descontento de los miembros de la Comunidad Europea en la década de 1980 por la ausencia "*de facto*" de libre comercio entre ellos.

[1] Recitado por el Profesor Borrajo en la celebración de los 50 años de su promoción de la Facultad de Derecho De Santiago.

[2] Jacques Delors (fue presidente de la Comisión Europea entre 1985 y 1995).

[3] Acta Única Europea OJ L 169, 29.6.1987, p. 1–28 http://data.europa.eu/eli/treaty/sea/sign

[4] The Sun , 1 de Noviembre de 1990.

[5] La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores fue adoptada en 1989. Establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral. La carta se adoptó de conformidad con el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que reconoce la necesidad de trabajar para la mejora constante de las condiciones de vida y empleo de los ciudadanos europeos. Texto en castellano Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. https://op.europa.eu/es/publication-detail//publication/51be16f6-e91d...

El Consejo Europeo de Milán de junio de 1985 decidió por mayoría (por siete votos a favor y tres en contra[6]), mediante un procedimiento excepcional en este órgano, convocar una conferencia intergubernamental que se ocupara fundamentalmente de estudiar el establecimiento de un mercado único dentro de la Comunidad Europea en la creencia que al eliminar las barreras no arancelarias se proporcionaría a los Estados miembros el amplio estímulo económico que necesitaban para luchar contra el desempleo.

En efecto, en esa época, la CE parecía "*una isla de desempleo excepcionalmente alto*". Más del 9% de la fuerza laboral estaba desempleada. De hecho, se consideró el aumento del empleo como el *"beneficio más importante*" de un mercado único desarrollado. Por ello, el Acta única Europea, con una perspectiva en principio muy economicista, fue apoyada también por los socialdemócratas con la promesa de que la liberalización del comercio implicaría un crecimiento del empleo[7].

Para Thatcher, el Acta representaba la materialización de un *"libre comercio*" que obligaría a desmantelar las barreras "*insidiosas"* y eliminaría restricciones a la prestación de servicios.

Sin embargo, mientras Margaret Thachter se anclaba en un presente prometedor, muy del gusto de los neoliberales de Milton Friedman, Jacques Delors apuntaba hacia el futuro. En efecto, el Acta única comprometía a los Estados miembros a promover *"la convergencia de las políticas económicas y monetarias"* necesaria para la Unión Monetaria Europea (ECU), lo que significaba la adopción de una moneda común. Asimismo, en el texto del Acta aparecían ya las primeras referencias a una futura Unión Europea. La atribución de nuevas competencias al Parlamento implicaba asimismo un fortalecimiento de las Instituciones Comunitarias.

Al impulsar el Mercado Único, Thatcher, también asumía unos compromisos que muchos miembros de su propio Partido consideraron fatales para el Reino Unido. La frase de Delors dirigida a la Dama de hierro "*para hacer un striptease hay que comenzar quitándose algo*" parecía premonitoria. Se había cedido un poco en pro del compromiso. ¿Y luego? El euroescepticismo y el "*antitacherismo"* habían anidado en el Partido Conservador.

Mercado Interior e Integración Europea, dos caras de la misma moneda. En este sentido, la ventaja de Delors es que aceptaba por igual los dos elementos esenciales del Acta única a los que consideraba complementarios, mientras que Thachter, en una especie de esquizofrenia negacionista ,concebía una Europa de libre comercio intergubernamental, sin cesión alguna de soberanía política.

El preámbulo del Acta única Europea ya podía considerarse como peligroso para los intereses británicos "*movidos por la voluntad de continuar el trabajo emprendido sobre la base de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar las relaciones en su conjunto entre sus Estados en una Unión Europea".*

Nueve países, Bélgica, la República Federal de Alemania (RFA), Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, España y el Reino Unido, firmaron el Acta Única Europea en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. "*El futuro dirá si hoy se ha hecho historia o hemos participado en una opereta*", señaló, en dicho acto, Siegbert Alber, vicepresidente del Parlamento Europeo.

Posteriormente firmaron en la Haya, Italia, Dinamarca y Grecia.

[6] Todavía España y Portugal no formaban parte de las Comunidades Europeas

[7] El informe Cecchini (1988) sobre «Los costes de la no-Europa» cifraba en 4.500.000 los posibles empleos que se podían crear con el establecimiento del mercado único.

III. RETORNO AL PASADO

Retrocedamos unos años. Nos encontramos en Berlín en 1956. Bertil Ohlin, estadista sueco[8] dirigía el informe denominado Informe Ohlin que, elaborado por un grupo de expertos de la Organización Internacional del Trabajo, sentó las bases para el Tratado de Roma[9] constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

El Mercado Común no presuponía un nivel armonizado de normas laborales. Los tipos de cambio entre países reflejarían la productividad económica y, por lo tanto, compensarían las ventajas de salarios más bajos en otros Estados. Como consecuencia, los países con niveles más elevados de protección social y salarios más altos no debían temer la competencia de los países con bajo costes laborales. La lucha contra la competencia desleal entre Estados y entre empresas debía ser una prioridad.

No debe olvidarse que el fin supremo de la creación de las Comunidades europeas fue la promoción de la paz y el bienestar de los pueblos. En realidad, los Tratados comunitarios constituyen un alegato contra la guerra. En este sentido, la fórmula mágica descubierta en una especie de darwinismo social, rezaba "*el progreso económico irremediablemente conllevará el progreso social"*.

Pues bien, el Acta única Europea supone un cambio cualitativo que inicia un período económicamente más flexible, políticamente más integrador y socialmente más protector.

Como señala Laurent Warlouzet[10] "*Según la teoría económica neoclásica, se supone que la eliminación de las barreras comerciales impulsa la productividad y, por lo tanto, conduce a un mayor crecimiento, reduciendo así el desempleo y bajando los precios. Al establecer estándares europeos, el mercado interior también incorporó una dimensión neomercantilista, como un medio de promover Normas europeas de una manera que beneficie a las empresas europeas. El mercado también tiene una dimensión social. Desde este punto de vista el mercado interior fue un instrumento para apoyar el desarrollo del Estado de bienestar en los Estados miembros, añadiendo una dimensión europea.*

IV. REALIZACIONES DEL ACTA UNICA EUROPEA

Es difícil valorar con los ojos del presente las acciones del pasado. Por ello, nos limitaremos a señalar los puntos esenciales de este Instrumento europeo:

— Se incrementa el número de casos en los que el Consejo puede decidir por mayoría cualificada en vez de por unanimidad.

— Se instituye el Consejo Europeo, que oficializó las conferencias o cumbres de jefes de Estado y de Gobierno.

— Se adopta el procedimiento de cooperación, que reforzó la situación del Parlamento Europeo en el diálogo interinstitucional, abriéndose el papel futuro del Parlamento como colegislador junto con el Consejo.

---

[8] Bertil Gotthard Ohlin (23 de abril de 1899 - 3 de agosto de 1979) fue un economista y político sueco,líder del Partido Popular(social-libera). Fue galardonado con el Premio Nobel de Ciencias Económicas en 1977 "*por su contribución pionera a la teoría del comercio internacional y los movimientos internacionales de capital*".

[9] Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma, el 25 de marzo de 1957. (Versión consolidada publicada en DO C nº 325 de 24 de diciembre de 2002). Texto original en francés http://data.europa.eu/eli/treaty/teec/sign

[10] Pour l'achèvement du marché unique.Le Parlement européen et l'intégration économique 1979-1989. EPRS | Service de recherche du Parlement européen. Laurent Warlouzet PE 646.120 – avril 2020. PE 646.120ISBN: 978-92-846-6711-6DOI:10.2861/303864CAT: QA-04-20-125-FR-N. eprs@ep.europa.eu http://www.europarl.europa.eu/thinktank (internet)

— Se introduce el principio de subsidiariedad (es decir, la adopción de medidas únicamente a escala europea cuando estas sean más eficaces que a escala de un país concreto) en el ámbito del medio ambiente.

— Se establece la política exterior común, con la responsabilidad por parte de la presidencia del Consejo de iniciar la acción y coordinar las posiciones de los países miembros.

— Se adopta una política de cohesión económica y social con el fin de compensar los efectos de la realización del mercado interior en las regiones menos desarrolladas.

V. THACHTER VERSUS DELORS

Comprendo que, a día de hoy, el lector pueda considerar y valorar este artículo como mera historiografía, con un interés muy relativo para interpretar el presente. Sin embargo, esta apreciación resulta equivocada. De hecho, casi todos los temas y problemas actuales de la Unión Europea se encuentran ya pergeñados en el ACTA UNICA EUROPEA y en el debate Delors/Thachter que sigue conformando,todavía, las dos visiones de Europa. A tal efecto, se han recogido manifestaciones de los dos grandes actores en diversos foros políticos[11]. Me he limitado a teatralizar un diálogo recogiendo frases textuales de uno y otro.

La pregunta que se formularía en este debate improvisado sería *"¿Debe ser Europa una mera zona de libre comercio o una Unión plenamente, unida tanto por una necesidad comercial como por una ética social?"*

Para comenzar, me gustaría recordar el título de un artículo aparecido en el periódico los Angeles Times de 22 de Octubre de 1989: *La extraña pareja de Europa: Margaret Thatcher y Jacques Delors dos personajes perfectamente incompatibles. Su tormentosa relación política puede marcar el futuro del continente*.[12]

— Concepción global de las Comunidades

Margaret Thatcher: "*Mi primer principio es éste: la cooperación voluntaria y activa entre Estados independientes y soberanos es la mejor manera de construir una Comunidad Europea exitosa. Intentar suprimir las nacionalidades y concentrar el poder en el centro de un conglomerado europeo sería muy perjudicial y pondría en peligro los objetivos que pretendemos alcanzar. Trabajar más estrechamente no requiere que el poder se centralice en Bruselas o que las decisiones sean tomadas por una burocracia central. El Tratado de Roma es, en realidad, una Carta de la Libertad Económica. Y eso significa actuar a favor de los mercados libres, actuar para aumentar la libertad de elección, actuar para reducir la intervención del gobierno.*

Jacques Delors: "*Así, vemos los dos extremos del espectro conceptual, por un lado, a ciertos Estados que favorecen los proyectos institucionales y políticos. Por otro lado, hay quienes, por realismo y concepción, sólo ven a Europa como una versión utilitaria, lo que se ha llamado "integración económica". Tendremos que elegir entre un falso gran mercado, en el que se mantendrán las especificidades y necesidades nacionales y del que no se beneficiarían nuestras*

[11] Discurso de Brujas, pronunciado por la primera ministra británica Margaret Thatcher en el Colegio de Europa de Brujas , Bélgica, el 20 de septiembre de 1988 .Consejo Europeo de Roma de 29 de Octubre de 1990. Discurso de Margaret Thatcher en la Cámara de los Comunes es 30 de Octubre de 1990.Discurso de Jacques Delors el 21de Noviembre de 1986, con ocasión del décimo aniversario del Instituto Universitario Europeo (IUE) de Florence. Discurso de Delors en el Congreso de los Sindicatos británicos. (8 Septiembre 1988). Interviú de Jacques Delors al periódico alemán Handelsblat 28/12/2012

[12] Ver, Los Angeles Times COLUMN ONE : The Odd Couple of Europe : Margaret Thatcher and Jacques Delors are almost perfectly incompatible. Their stormy political relationship may shape the continent's future .BY TYLER MARSHALLOCT. 22, 1989 12 AM PT.

economías integradas en una zona de libre comercio, sin ningún esfuerzo regulador, sujeta a políticas económicas divergentes, sin conciencia, sin alma, sin voluntad política. O, por último, un verdadero espacio económico consciente y solidario, capaz de desencadenar la sinergia necesaria para la convergencia de nuestras políticas económicas, que desemboque en la Unión Europea".

— Moneda única

Jacques Delors: "*La moneda europea no es para mañana, ni para pasado mañana, pero forma parte del sueño europeo, es el tema más popular caso de creer en el número de artículos de prensa. El espacio monetario, que es una condición para esta moneda europea, el espacio financiero, está a nuestro alcance, pero sólo producirá todos sus efectos favorables si los países miembros refuerzan su cooperación monetaria. Esta es nuestra cita del próximo año. Y si se refuerza esta cooperación europea, el ECU experimentará una nueva evolución y podrá convertirse en una moneda de reserva. Europa va a responder por fin a la demanda que le llega de todas partes, de desempeñar su papel en los asuntos internacionales, pero asumiendo su parte de responsabilidad, y vuelvo a las ideas que vengo defendiendo, y no soy el único, desde hace mucho tiempo, a favor de un sistema monetario mundial más estable y más eficaz, porque se basa en varias monedas de reserva, entre ellas el ECU europeo. Esta es la espiral del éxito, y no debe detenerse ni un momento"*.

Margaret Thatcher: "*En cuanto a las cuestiones monetarias, permítanme decir esto. Lo importante no es tener un Banco Central Europeo. La urgencia práctica es que la Comunidad emprenda la liberalización de capitales. La Unión Económica y monetaria es una idea vacía y absurda*".

— Libre circulación

Margaret Thatcher: "*Lo mismo ocurre con las fronteras entre nuestros países. Por supuesto, queremos facilitar la circulación de las mercancías. Por supuesto, debemos facilitar los desplazamientos dentro de la Comunidad. Pero sería contrario al sentido común suprimir los controles fronterizos si queremos proteger a nuestros ciudadanos de la delincuencia y detener el flujo de drogas, terroristas e inmigrantes ilegales*".

Jacques Delors: "*Pero, ¿no debería ser el objetivo final de este espacio sin fronteras alcanzar la libre circulación de los europeos? Para que puedan juntarse. Eso es lo que queremos hacer, la Europa de los ciudadanos"*.

— Austeridad presupuestaria

Margaret Thatcher: "*También ha sido un acierto introducir una mayor disciplina presupuestaria para reforzar estas decisiones y hacer que la Comunidad gaste con más control"*.

Jacques Delors: "*Si cada Estado miembro está dispuesto a utilizar su margen de maniobra, por ejemplo, en materia de tipos de interés o política presupuestaria, el desempleo puede reducirse en un 30% en cinco años. Esto no es un sueño, está demostrado; proponemos acompañar esta estrategia con medidas de política de empleo, dirigidas especialmente al desempleo de larga duración.*

— Normas laborales

Jacques Delors: "*Europa salvará a los trabajadores del thatcherismo. Sería inaceptable que Europa se convirtiera en una fuente de regresión social. Las medidas adoptadas para completar el gran mercado no deben disminuir el nivel de protección social ya alcanzado en los Estados miembros. El mercado interior debe estar concebido para beneficiar a todos y cada uno de los ciudadanos de la Comunidad. Por lo tanto, es necesario mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, así como ofrecer una mayor protección de su salud y seguridad en el trabajo. Propongo*

la creación de un Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, que incluiría la participación de los trabajadores o de sus representantes. Asimismo, reclamo la extensión a todos los trabajadores del derecho a la educación permanente. Subrayo que el diálogo social y la negociación colectiva son pilares esenciales de nuestra sociedad democrática y del progreso social".

Margaret Thatcher: "*Debo decir que ciertamente no necesitamos nuevas regulaciones que aumenten los costes laborales y hagan que el mercado laboral europeo sea menos flexible y menos competitivo con los proveedores externos. Si vamos a tener un Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, debería contener el mínimo de regulaciones. Y, desde luego, en Gran Bretaña lucharemos contra los intentos de introducir el colectivismo y el corporativismo a nivel europeo, entendiendo que lo que hace cada pueblo en su propio país es asunto suyo. La lección de la historia económica de Europa en los años 70 y 80 es que la planificación central y el control detallado no funcionan y que el esfuerzo personal y la iniciativa sí. Una economía controlada por el Estado es una receta para el bajo crecimiento y que la libre empresa dentro de un marco de derecho da mejores resultados. Y eso significa actuar para liberar los mercados, actuar para ampliar las posibilidades de elección, actuar para reducir la intervención de los gobiernos. Nuestro objetivo no debería ser una regulación cada vez más detallada desde el centro: debería ser desregular y eliminar las restricciones al comercio*".

— Defensa

Margaret Thatcher: "*Mi último principio rector se refiere a la cuestión más fundamental: el papel de los países europeos en materia de defensa. Europa debe seguir manteniendo una fuerte defensa dentro de la OTAN. No es cuestión de aflojar nuestros esfuerzos, aunque esto signifique tomar decisiones difíciles e incurrir en costes elevados. A la OTAN le debemos la paz que se ha mantenido durante cuarenta años. Debemos esforzarnos por mantener el compromiso de Estados Unidos con la defensa de Europa. Y eso significa reconocer la carga de sus recursos, el papel global que están asumiendo y su deseo de que sus aliados asuman su parte en la defensa de la libertad a medida que Europa se hace más próspera*.

Jacques Delors: "*Creo que la defensa debe ser objeto de reflexión. Sé que estoy claramente fuera de la competencia de mi instrucción; el tema sigue siendo tabú. Se ha planteado. Se ha discutido. Sin embargo, la cuestión de la defensa europea vuelve a estar en el punto de mira. Aunque no seamos competentes en cuestiones estratégicas, todo europeo se pregunta por el lugar y el papel de Europa en este debate entre las potencias, un debate que nos concierne, que implica el futuro de nuestros hijos y el futuro de la Unión Europea. No se puede dejar de responder: ¿tenemos los europeos la voluntad de defender nuestra independencia y nuestras libertades en cualquier circunstancia? Simplemente invito a todos a reflexionar sobre este tema. Si tenemos un sentido de la solidaridad, no podemos ignorar este asunto*".

— Gobierno europeo

Jacques Delors: "*Quiero que el Parlamento Europeo sea el órgano democrático de la Comunidad. Quiero que la Comisión sea el Ejecutivo y que el Consejo de Ministros sea el Senado".*

Margaret Thatcher: ¡NO, NO, NO.¡

— Europa

Margaret Thatcher: "*La Comunidad Europea es una manifestación de esta identidad europea, pero no es la única. Gran Bretaña no sueña con una pequeña y cómoda existencia al margen de la Comunidad Europea. Nuestro destino está en Europa, como parte de la Comunidad*".

Jacques Delors: *"Los británicos sólo están interesados en sus propios intereses económicos, y nada más. Si los británicos no siguen la tendencia hacia una mayor integración en la Unión Europea,*

podemos seguir siendo amigos, pero de otra manera. Gran Bretaña podría firmar un acuerdo "como el del espacio económico europeo" o un "acuerdo de libre comercio". Si Gran Bretaña abandona la UE, el país seguirá siendo un "socio", porque es "estratégica y económicamente importante".

VI. 35 AÑOS ATRÁS

Como señaló en su día el senador francés M. Guy CABANEL, rapp. rteur del proyecto de Ley de la Asamblea Nacional para la ratificación del Acta única Europea "*El Acta Única no debe ser vista como un fin en sí mismo, sino como un primer paso al que deben seguir otros esfuerzos. Hay que tomar nuevas iniciativas sin demora para crear una Unión Europea. Si el Acta Única resulta ser el inicio de este proceso marcaría un importante hito en la historia de la Comunidad. En caso de que sea un fracaso, probablemente sólo será visto como un trampantojo".*[13]

Me alegro que en España, en 1986, se coincidiera con ese planteamiento. A este respecto, señalaba en su día Francisco Aldecoa Luzarraga "*Es muy difícil hacer un balance sobre los resultados de la iniciativa intergubernamental para la reforma de la Comunidad y los efectos que puede tener su vigencia, cuando no sabemos siquiera si llegará a entrar en vigor. Sin embargo, desde nuestra perspectiva entendemos que, si bien ha llegado a unos resultados modestos, éstos pueden ser útiles y es posiblemente el tope a que se puede llegar en una reforma que patrocinan los Estados por medio de sus Gobiernos. Se trata de una reforma positiva, aunque insuficiente, alejada de la iniciativa del Parlamento, lo que lleva necesariamente a plantear-se la cuestión capital: la reforma sigue pendiente, pero no se verán progresos en esta dirección a través de métodos intergubernamentales, dada la propia naturaleza de las cosas*[14].

VII. LOS ASPECTOS SOCIALES DEL ACTA UNICA

Supongo que los amables lectores que han llegado hasta este punto se preguntarán si en este homenaje al profesor Borrajo Dacruz no vamos a hacer mención concreta a los aspectos sociales del Acta única Europea. Tienen toda la razón y me apresto a ello.

Permítanme volver al pasado. El Tratado de Roma contenía muy pocos preceptos vinculantes que pudieran servir de base para el desarrollo de una Europa social. De hecho, si repasamos su articulado originario, topamos con el artículo 48, libre circulación de trabajadores, artículo 51, coordinación de regímenes de Seguridad Social, artículo 119 igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, artículo 120 equiparación de vacaciones y Artículos 123 a 128, Fondo Social Europeo.

Al lector que se adentra en la jungla del derecho europeo, quizás le parezca excesivo y demasiado riguroso, considerar al Tratado de Roma, teniendo en cuenta los artículos mencionados en el párrafo precedente, como un Instrumento Jurídico fundamentalmente economicista. Es posible. De todas formas, déjenme que desgrane algunos argumentos.

La redacción de los artículos 119 (igualdad de trato hombre y mujer) y 120 (equiparación de días de vacación laboral) del Tratado de Roma que parecen, en principio, los más sociales, responden fundamentalmente a una motivación económica. En efecto, para evitar la distorsión de la competencia, las Comunidades Europeas no podían permitir que un Estado Miembro pudiera utilizar masivamente la mano de obra femenina (con salarios más bajos que los de los hombres) para abaratar costes y producir de una manera más competitiva. Por ello, si se establecía a nivel comunitario la igualdad de remuneraciones hombre y mujer, quedaba descartada ese riesgo a nivel nacional. De igual manera podríamos argüir con respecto a la relativa armonización de los períodos obligatorios vacacionales.

[13] N 88 SENAT FRANÇAIS PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1986-1987 Annexe au procès-verbal de la séance du 3 décembre 1986.

[14] ALDECOA LUZARRAGA, F.: "El acta Única Europea. Primer paso inciertoen la profundizacion comunitaria hacia la Union Europea" *Revista de Estudios Internacionales* Volumen 7 número 2 Abril /Junio 1986.

Quizás, para entender mejor este razonamiento, podríamos referirnos al derecho derivado social aprobado por el legislador comunitario hasta la adopción del Acta única Europea. Tomemos por ejemplo la Directiva de Despidos colectivos [15] o la Directiva de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario[16] . Pues bien, sin poner en duda que estas normas reconocen derechos laborales de gran importancia, conviene examinar su base jurídica. En efecto, ambas se fundamentan en el Artículo 100 del Tratado de Roma que en su primer apartado establece: "*El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común".*

Podríamos pensar que elección del artículo 100 es excepcional y hasta anómala, pero me temo que no. Repasemos otras disposiciones del derecho derivado. Vamos a centrarnos en tres de ellas. Directiva de igualdad de trato hombre /mujer en los ámbitos del empleo, formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo[17], Directiva de igualdad de trato en materia de Seguridad Social[18] y , la más sorprendente , Directiva sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos[19].

En los dos primeros casos, la base jurídica es el artículo 235 del Tratado que señala: "*Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión ... podrá adoptar disposiciones apropiadas"*.

Nuevamente volvemos a mencionar el mercado interior. No obstante, resulta todavía más curioso la base Jurídica utilizada sobre la igualdad salarial hombre/mujer para la Directiva 75/117/CEE. Lo lógico hubiera sido basarse directamente del artículo 119 del Tratado ("*Cada Estado miembro garantizará durante la primera fase, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras para para el mismo trabajo"*). Sin embargo, lo paradójico es que este precepto aparece en un segundo lugar de manera accesoria, siendo su fundamento principal, el artículo 100 del Tratado de Roma que como se ha señalado se refiere al establecimiento del mercado interior. No obstante, lo que más llama la atención es el tratamiento del referido artículo 119 en la Directiva cuando se señala: *"considerando que la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado,* forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común".

En fin, todos los preceptos examinados son muy positivos para la protección de los trabajadores y deben recibir el mérito que se merecen.´No importa cuál sea la razón directa o indirecta de la adopción de estas disposiciones. No obstante, debe reconocerse claramente que estos Instrumentos sociales y, sobre todo, su motivación, aun teniendo un valor e importancia "*per se*", deben ser considerados como

[15] DIRECTIVA DEL CONSEJO de 17 de febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 48/29 de 22 de Febrero de 1975.

[16] Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario Diario Oficial n° L 283 de 28/10/1980.

[17] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo Diario Oficial n° L 039 de 14/021976.

[18] Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Publicado en: "DOCE" núm. 6, de 10 de enero de 1979.

[19] Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Diario Oficial n° L 045 de 19/02/1975.

subordinados a los principios económicos del mercado común. Existen en función de este mercado, precisamente para evitar distorsiones en él. Ahora bien, podríamos hacer una segunda lectura. El mercado interior no puede establecerse ni desarrollarse sin una cierta dimensión social. Ergo, no es posible considerar economía y protección social como departamentos estancos ni entender que los aspectos económicos son antagónicos e irreconciliables. De ninguna manera, la buena noticia es que la complementariedad es ineludible.

Pues bien, el Acta única Europea inicia, aunque sea tímidamente, lo que denominaríamos dimensión social de las Comunidades Europeas. En efecto, como señala Helen Hoffman[20] "*Se fue forjando un consenso sobre la necesidad de prestar más atención a los factores sociales relacionados con la realización del mercado interior. Posteriormente, en diciembre de 1989, tras largos debates, los jefes de Estado o de Gobierno de once Estados miembros (todos excepto el Reino Unido) aprobaron en la Cumbre de Estrasburgo la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (Carta Social)*".

Si pudiera destacar los aspectos esenciales del Acta única en el desarrollo de la Europa social y en la configuración del modelo social Europeo no me sería difícil elegir los tres elementos de dicho Tratado que supusieron en su día una revolución y que todavía mantienen su vitalidad y su vigor. Así, la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo, el diálogo entre las Partes sociales a nivel europeo y el reforzamiento de la cohesión económica y social constituyen la punta de lanza de los defensores de una Europa más integrada material y formalmente.

Vayamos al articulado. En una aproximación rápida al Acta única Europea, nos topamos con el artículo 118 A[21] que ha provocado una catarata de disposiciones normativas, iniciada con la Directiva Marco [22] que, a su vez, ha dado lugar a un sin fin de nuevas disposiciones en este ámbito[23] (Lugares de trabajo, señalización, equipos de protección individual, agentes químicos, agentes biológicos, riesgos relacionados con la carga de trabajo, ergonómicos y psicosociales etc.).

Desde otra perspectiva, el Artículo 118A ha servido como base jurídica de varias disposiciones cuando el legislador comunitario no podía actuar por mayoría cualificada o tenía vetado el acceso normativo ante la exclusividad competencial de los Estados Miembros en determinadas materias. Un ejemplo claro al respecto lo constituye la Directiva de maternidad[24] que establece, un permiso de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto. Con esta disposición, que supone un paso a la armonización de la Seguridad Social, se irrumpía en el sancta sanctorum de las competencias exclusivas de los Estados Miembros que siempre han calificado cualquier acción en este campo proveniente de las Instituciones europeas, como una injerencia inaceptable en su política interna.

---

[20] Helen Hoffman. Fichas temáticas sobre la Unión Europea Parlamento Europeo. Las políticas sociales y de empleo: principios generales. Parlamento Europeo.
www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/52/las-politicas-sociales-y-de-empleoPrincipio del formulario

[21] "*Los Estados Miembros procurarán promover la mejora en particular del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito. Para contribuir la consecución del objetivo previsto en el apartado 1 el Consejo por mayoría cualificada propuesta de la Comisión en cooperación con el Parlamento Europeo previa consulta al Comité Económico Social adoptará mediante directivas las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente teniendo en cuenta las condiciones regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo financiero jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresa".*

[22] 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 (89/391/CEE) . DOUE-L-1989-80648.

[23] Véase :https://osha.europa.eu/es/safety-and-health-legislation/european-directives.

[24] Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia «DOCE» núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

El segundo gran logro social del Acta única Europea ha sido, sin lugar a dudas, su artículo Artículo 118 B que señala: " *La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo que podrá dar lugar, si éstas lo consideraren deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes*".

En 1991, la UNICE (hoy BusinessEurope), la CES y el CEEP (hoy SGI Europe) celebraron un acuerdo conjunto en el que pedían la consulta obligatoria de los interlocutores sociales sobre legislación en materia social, así como que estos pudieran negociar acuerdos marco a escala de la Unión. Esta solicitud fue reconocida en el Acuerdo sobre la política social adjunto al Protocolo sobre la política social de Maastricht, que les reconoció un papel importante en el proceso legislativo de la Unión. Asimismo, a escala nacional, se dio a los interlocutores sociales la posibilidad de aplicar algunas directivas por medio de convenios colectivos.

El tercer gran pilar social del Acta única Europea lo constituyó la cohesión económica y social que permitió en 1988 una reforma en profundidad de los fondos estructurales orientada a conseguir una Europa con una mayor integración económica solidaria del conjunto de las regiones y de los Estados miembros. A este respecto, debe recordarse la redacción del Artículo 130A que señala "*A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social .La Comunidad se propondrá en particular reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas"*.

El Acta única fue el comienzo. Acto seguido se adoptó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que no fue firmada por el Reino Unido. Luego el Tratado de Maastricht con su Protocolo Social del que también se autoexcluyó el Reino Unido, luego el Tratado de Ámsterdam, luego, luego….. Luego el Brexit

VIII. EPÍLOGO

Cuando los Parlamentarios Europeos entonaron el 29 de Enero del 2020, la canción escocesa "*Auld Lang Syne*"[25](por los viejos tiempos), eran conscientes de que estaban viviendo un hecho histórico de consecuencias imprevisibles. En efecto, con la ratificación por el pleno del Parlamento del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se daba cumplimiento ya al paso decisivo formal para asegurar una salida ordenada de los británicos de la Unión Europea. Quizás, por esa razón, y abrumado por la magnitud del acontecimiento, el parlamentario belga Gay Verhofstadt, coordinador del Brexit en el Parlamento expresó el sentimiento mayoritario de sus colegas: "*Este voto no es un 'adieu', en mi opinión es solo un 'au revoir'.*

Este es también mi ferviente deseo, aunque tengo que confesar que realmente yo soy un britishescéptico tolerante.

La frase "*Up yours Delors*" se ha trasformado en un "*Up yours Europa*". Recuerden: Todo comenzó con el Acta única Europea…

IX. BIBLIOGRAFÍA

BBC NEWS . Archive: PM Margaret Thatcher's 1988 Bruges speech.

CVCE.EU « *L'Acte unique européen: un moment de vérité. Jacques Delors* »

[25] "*Los dos hemos remado en la corriente/ Desde el sol de la mañana hasta la noche/ Pero los mares entre nosotros han rugido ampliamente/ Desde los viejos tiempos/ Deberíamos olvidar a nuestros conocidos Los dos hemos corrido por las laderas/ ¿Deberíamos olvidar a nuestros conocidos /y los viejos tiempos*?

FRANCISCO ALDECOA LUZARRAGA EL ACTA ÚNICA EUROPEA. PRIMER PASO INCIERTOEN LA PROFUNDIZACION COMUNITARIA HACIA LAUNION EUROPEA. Revista de Estudios internacionales Volumen 7 número 2 Abril /Junio 1986.

HELEN HOFFMAN. Fichas temáticas sobre la Unión Europea Parlamento Europeo. Las políticas sociales y de empleo: principios generales. Parlamento Europeo.2022

LAURENT WARLOUZET «Pour l'achèvement du marché unique. Le Parlement européen et l'intégration économique 1979-1989». EPRS | Service de recherche du Parlement européen PE 646.120 – avril 2020. PE 646.120ISBN: 978-92-846-6711-6DOI:10.2861/303864CAT: QA-04-20-125-FR-N.

SENAT FRANÇAIS. PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1986-1987. N 88 Annexe au procès-verbal de la séance du 3 décembre 1986.

THE SUN. Portada "Up yours Delors". 1 de Noviembre de 1990.

TYLER MARSHALLOCT Los Angeles Times: The Odd Couple of Europe: Margaret Thatcher and Jacques Delors are almost perfectly incompatible. Their stormy political relationship may shape the continent's future. 22, 1989 12 AM PT.

REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista:*Revista de Derecho de la Seguridad Social (REVSEGSOC)*
Editor:Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2386-7191
ISSNe: 2387-0370
Inicio de Publicación:2014
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 revsegsoc@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);
  EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);
  ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);
  REC (Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:
  - Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); 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 responsable de la correspondencia sobre el artículo.
  - Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo 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 o autores.

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 Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social 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. 145-173.

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 revsegsoc@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.* https://revista.laborum.es/equipoeditorial 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.

- **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.

- 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.

  La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

  En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (LABORUM)

La revista «Derecho de la Seguridad Social (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 de «Derecho de la Seguridad Social (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 de «Derecho de la Seguridad Social (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 de «Derecho de la Seguridad Social (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.

REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista:*Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
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 https://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 dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:
  - Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); 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 responsable de la correspondencia sobre el artículo.
  - Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).
- Segundo 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 o autores.

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*. https://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.

- **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.

- **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.

  La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

  En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

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.

Revista Crítica de Relaciones Laborales

Laborum

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.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- *Editorial*
- *Estudios Doctrinales*
- *Estudios de Doctrina Judicial*
- *Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social*
- *Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*
- *Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social*
- *Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- *Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- *Clásicos de la Seguridad Social*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum
EDICIONES