



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE COMERCIO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL, TRABAJO E INTERNACIONAL
PRIVADO**
ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TESIS DOCTORAL:

TRANSFORMACIONES Y TRANSGRESIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Presentada por:
LAURENTINO JAVIER DUEÑAS HERRERO
para optar al grado de doctor por la
Universidad de Valladolid

Dirigida por:
Profesor Doctor ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ

Valladolid, junio de 2015

SÍNTESIS GENERAL de la tesis doctoral:
TRANSFORMACIONES Y TRANSGRESIONES EN EL DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para la colación de grado de Doctor

Presentada por el licenciado

D. LAURENTINO JAVIER DUEÑAS HERRERO

Realizada bajo la dirección del

Prof. Dr. D. ELÍAS ÁNGEL GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ,

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valladolid

Que se realiza en cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 de la *Resolución de 3 de diciembre de 2012, del Rector de la Universidad de Valladolid, por la que se acuerda la publicación de la normativa para la presentación y defensa de la tesis doctoral en la Universidad de Valladolid*, BOCYL, 19 de diciembre de 2012, donde se exige que las tesis presentadas por el procedimiento de compendio de publicaciones “deberán incluir una introducción, de al menos veinte páginas, que justifique la relación temática de las publicaciones y contenga los objetivos perseguidos, la metodología empleada, los resultados obtenidos y las conclusiones más relevantes”.

El doctorando para poder concluir esta tesis se ha acogido al “Programa de incentivación al profesorado de la Universidad de Valladolid para lograr el título de Doctor”, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la UVa, de 26 de julio de 2011, en la convocatoria correspondiente a 2014, con la finalidad de favorecer que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria puedan compaginar sus tareas docentes con la obtención del título de Doctor.

INTRODUCCIÓN

Previo al desarrollo de la síntesis general quiero dejar constancia de que la tesis que se presenta es una miscelánea que comprende un compendio de publicaciones, pero también varios estudios sobre las transformaciones y transgresiones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, unos aún no publicados y otros en fase de publicación.

Para la presentación y defensa de la tesis doctoral como compendio de publicaciones en la Universidad de Valladolid, se requieren al menos tres artículos en “revistas científicas con factor de impacto”. Para llevar a cabo esta tarea se aportan tres artículos publicados “con posterioridad al inicio de los cursos de doctorado” en la revista científica de reconocido prestigio en el ámbito de las Ciencias Jurídicas: *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. En el índice de impacto –último INRECJ/2010- del conjunto de revistas españolas especializadas, está situada en el Cuartil 1º, Posición 1.

No ha sido mi intención quedarme ahí, porque tres de los otros cinco ensayos que se traen acaban de ser aceptados para su publicación por los órganos de evaluación de distintas revistas especializadas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Derecho de las Relaciones Laborales (Grupo Francis Lefebvre), Revista de Información Laboral (Thomson Reuters) y Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel). Esta fue la primera exigencia que el Director de la tesis, Profesor Doctor Elías González-Posada Martínez, y el doctorando, pusimos encima de la mesa cuando decidimos acogernos al “Programa de incentivación al profesorado de la Universidad de Valladolid para lograr el título de Doctor”, aprobado por

Acuerdo del Consejo de Gobierno de la UVa, de 26 de julio de 2011, en la convocatoria correspondiente a 2014, con la finalidad de favorecer que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria puedan compaginar sus tareas docentes con la obtención del título de Doctor.

El programa de trabajo comprendía los tres cursos académicos de 2014-15, 2015-16 y 2016-17, porque se consideraba un tiempo suficiente para poder alcanzar el objetivo de defender la Tesis Doctoral, pero hemos considerado que no es necesario agotar el plazo concedido. Además, para justificar debidamente la unidad temática se aportan dos capítulos de libro en lengua inglesa, luego publicados como ensayos en castellano.

En consecuencia, además de incluir la relación de artículos publicados o aceptados para su publicación, la admisión a defensa de esta tesis doctoral precisa el desarrollo de los apartados que se detallan en su índice.

ÍNDICE GENERAL

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| I. Unidad temática de los trabajos y objetivos perseguidos | 15 |
| II. Metodología empleada | 34 |
| III. Catálogo de publicaciones | 47 |
| IV. Resultados obtenidos | 51 |
| V. Conclusiones: transgresiones y transformaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social español..... | 73 |
| VI. Bibliografía..... | 102 |
| | |
| VII. <i>Bloque temático I: Transformaciones y transgresiones en el Derecho del Trabajo</i> | <i>113</i> |
| | |
| Anexo I: ¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo? | 115 |
| 1. Introducción: la impronta del contratante débil y la necesidad de un nuevo Derecho | 118 |
| 2. La doctrina en el proceso de construcción y consolidación del Derecho del Trabajo | 124 |
| 3. El ordenamiento laboral: de la pacificación a la crisis | 128 |
| 4. Transformaciones y equilibrios en el sistema de relaciones Laborales (la pérdida de fuerza subjetiva del Derecho del Trabajo) | 132 |
| 5. Líneas de tendencia: la adecuación a los nuevos modos de producción y el controvertido significado de los conceptos | 136 |
| 6. Conclusión: identificación y anagnórisis del Derecho del Trabajo | 143 |
| | |
| Anexo II: El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 | 187 |
| 1. Análisis previo de los grupos de empresas. Causas. Clasificación. Definición. La falta de regulación en nuestra normativa laboral | 190 |

| | |
|---|------------|
| 2. Dificultades para su identificación como empleador. La imputación de responsabilidad | 193 |
| 3. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993. Sucesión de empresa encuadrable en el art. 44.1 ET (venta de dos empresas pertenecientes al grupo). No hay lugar a la responsabilidad solidaria. Conclusiones personales en torno al fallo..... | 198 |
| 4. Reflexiones finales de la problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas en nuestro país. La necesidad de romper el hermetismo de la personalidad societaria. Perspectivas de futuro | 201 |
| Anexo III: El modelo dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario | 217 |
| 1. La dimensión comunitaria de la autonomía colectiva y de los interlocutores sociales..... | 220 |
| 2. La legitimación del poder de negociación | 224 |
| 3. Las referencias para medir la suficiente representatividad | 225 |
| 4. La suficiencia del reconocimiento mutuo..... | 233 |
| 5. El modelo procedimental dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario | 237 |
| Anexo IV: The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations | 245 |
| 1. Approach..... | 248 |
| 2. The role of social players at the European level in the area of social policy | 249 |
| 3. European Social Dialogue in bargained legislation | 252 |
| 4. The degrees of representativity of the signatories of the framework agreements | 257 |
| 5. Persistence of challenges to the European trade union movement..... | 258 |
| 6. Conclusion..... | 261 |
| 7. Bibliography consulted | 262 |
| Anexo V: La posición preferente de los interlocutores sociales en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario | 267 |

| | |
|--|------------|
| 1. Planteamiento | 270 |
| 2. La presencia de los actores sociales europeos en la política social comunitaria..... | 271 |
| 3. El diálogo social europeo en el proceso de legislación pactada | 274 |
| 4. Los grados de representatividad y legitimación sociales de los firmantes de los acuerdos marco | 276 |
| 5. La permanencia de los desafíos al movimiento sindical..... | 281 |
| 6. Conclusiones..... | 284 |
| Anexo VI: The inclusion of the European Collective Agreement as one of the sources of Community Social Law | 287 |
| 1. Normative power sharing | 290 |
| 2. The implementation of Directives by national collective bargaining (the spanish case)..... | 291 |
| 3. The duty to consult in favor of the social players before the adoption of community measures in social questions (<i>modus operandi</i> of negotiated legislation in Spain) | 293 |
| 4. Legal problems for recognition of collective bargaining at the community level..... | 295 |
| 5. Conclusions..... | 297 |
| 6. Bibliography..... | 297 |
| Anexo VII: La inserción del convenio colectivo europeo entre las fuentes del Derecho Social Comunitario | 300 |
| 1. Introducción: el reparto del poder normativo | 302 |
| 2. La transposición de directivas por la negociación colectiva interna (el caso español) | 303 |
| 3. El deber de consulta a favor de los actores sociales antes de la adopción de acciones comunitarias en materia social (el <i>modus operandi</i> de la ley negociada en España) | 304 |
| 4. Los problemas jurídicos del reconocimiento de la contratación colectiva a nivel comunitario | 306 |
| 5. Conclusión..... | 308 |
| 6. Bibliografía utilizada | 310 |
| Anexo VIII: La consideración conjunta de la negociación del | |

| | |
|--|-----|
| conflicto de trabajo..... | 313 |
| 1. La regulación de la negociación del conflicto: de la anomia al desorden normativo | 315 |
| a. La situación de mendicidad jurídica | 317 |
| b. El nuevo marco normativo de la Ley 11/1994 | 318 |
| c. El último trienio reformador | 321 |
| 2. La mediación y el arbitraje en los sucesivos acuerdos interprofesionales estatales | 327 |
| a. El entorno institucional..... | 328 |
| b. La preferencia por la mediación..... | 332 |
| 3. La necesaria imbricación entre los consensos sociales y las reformas legislativas | 340 |
| 4. Bibliografía citada..... | 347 |
| Anexo IX: Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el <i>paritarismo convencional autocomponedor</i>..... | 355 |
| 1. Planteamiento | 356 |
| 2. El modelo de gestión del SIMA | 358 |
| a. Tipos de conflictos afectados..... | 359 |
| b. Tipos de procedimientos tramitados | 366 |
| 3. El <i>paritarismo convencional autocomponedor</i> | 373 |
| 4. La confianza de los interlocutores sociales en la negociación del conflicto laboral | 378 |
| 5. Bibliografía citada..... | 381 |
| VIII. Bloque temático II: Transformaciones y transgresiones en el Derecho de la Seguridad Social | 386 |
| Anexo X: Las insuficientes razones para mantener un Régimen Especial de Seguridad Social para el medio rural | 387 |
| 1. La regulación en España de la Seguridad Social agraria | 389 |
| 2. El declive de la población activa agraria y la permanente crisis de la protección social del campo español..... | 391 |
| 3. La situación económico-financiera del Régimen Especial Agrario y la solidaridad con el medio rural | 393 |

| | |
|--|------------|
| 4. La desaparición de un régimen especial de protección social para los trabajadores por cuenta ajena de la agricultura..... | 395 |
| 5. Bibliografía | 398 |
| Anexo XI: La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el Régimen General de la Seguridad Social | 399 |
| 1. Delimitación del objeto de estudio..... | 402 |
| 2. Breve evolución normativa de la incapacidad temporal | 404 |
| 3. Configuración legal del concepto | 404 |
| 4. Elementos conceptuales | 406 |
| a. Alteración de la salud..... | 407 |
| b. Incapacidad laboral | 408 |
| c. Duración limitada en el tiempo | 409 |
| d. Asistencia sanitaria por la Seguridad Social | 412 |
| 5. Relación jurídica de Seguridad Social y relación laboral..... | 413 |
| 6. La interrelación entre la transformada incapacidad laboral transitoria y la desaparecida invalidez provisional..... | 416 |
| 7. El nuevo artículo 131 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social..... | 418 |
| 8. Integración en la contingencia de incapacidad temporal de los períodos de observación por enfermedad profesional como situación asimilada | 421 |
| 9. Conclusión..... | 424 |
| Anexo XII: Principios <i>versus</i> factores: algunas reflexiones sobre las pensiones en España..... | 460 |
| 1. Un concepto de Seguridad Social y un modelo de Estado para su desarrollo | 463 |
| 2. Evolución de la Seguridad Social española hasta la Constitución de 1978: de los seguros sociales al sistema de Seguridad Social | 469 |
| 3. La configuración constitucional de la Seguridad Social..... | 472 |
| 4. Desarrollo normativo postconstitucional en materia de Seguridad Social: El Pacto de Toledo y la concertación social ... | 478 |
| 5. Conclusiones al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones | 485 |

I. UNIDAD TEMÁTICA DE LOS TRABAJOS Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS

Situados en el escenario de la crisis, y sin entrar en su calibre, la realidad de la economía es mucho más que el atrezo, pero los protagonistas que participan en la función sobre las causas, los estudios y las posibles soluciones no son sólo de los economistas, sino que los laboralistas y los constitucionalistas también tenemos un papel que interpretar. De hecho, a nosotros nos importan los vaivenes que están soportando los derechos sociales, analizados desde la referencia del texto constitucional y siempre de la mano de la jurisprudencia de su máximo intérprete. Una reforma legislativa puede ser poco acertada políticamente, o regresiva desde el punto de vista social, lo que no significa que sea a la vez necesariamente inconstitucional¹. La centralidad del debate es el encuadre constitucional de las sucesivas medidas normativas que va tomando el legislador y que comportan continuos cambios, transmutaciones o transformaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (DTSS, en adelante), que muchas veces han sido auténticos quebrantos o transgresiones de la ley o de alguno de sus preceptos. Un hecho característico de los gobiernos españoles de la democracia ha consistido en la excesiva y desproporcionada utilización del Decreto-ley como medio para modificar las cuatro grandes leyes sociales vigentes (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral, Ley General de la Seguridad Social y Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social)². El legislador –o

¹ DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 121.

² Algunos ejemplos de los últimos cinco años –donde se puede comprobar el número considerable de ocasiones donde aparece la voz “Real Decreto-ley”- se enumeran a continuación:

El *Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, posterior Ley 35/2010, de 18 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Esta reforma de 2010 estuvo precedida por el *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012* (AENC), de 9-2-2010 y se suscribió dentro del amplio contexto de reformas estructurales impulsadas por el Gobierno en la *Estrategia de Economía Sostenible* y presentadas en el Congreso el 2-12-2009. Los dos motivos más importantes de la reforma fueron: por un lado, cambiar la estructura de la negociación colectiva; por otro, la necesidad de introducir mecanismos de flexibilidad interna para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y favorecer la estabilidad en el empleo.

El *Real Decreto-ley 7/2011, 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*, se aprobó sin el consenso de los agentes sociales, sin embargo, no se hizo abstracción del proceso de negociación previo desarrollado por las organizaciones sindicales y

empresariales más representativas, concretamente, se tuvieron en cuenta los compromisos asumidos en el *Acuerdo Social y Económico* de 2 de febrero de 2011 (ASE), de carácter tripartito; en particular, se consideró lo establecido en el acuerdo bipartito (organizaciones sindicales y empresariales) sobre criterios básicos que deben informar la reforma de la negociación colectiva, incluido en el *Acuerdo Social y Económico*, en el que se contemplaba la suscripción de un *Acuerdo Interconfederal* donde se incorporarían los acuerdos que pudieran alcanzarse en la materia. El objeto fue la modificación del Título III ET: *De la negociación colectiva y de los convenios colectivos*. El Real Decreto-ley 7/2011, también incidió en materias ya reformadas en la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, tales como la modificación de condiciones de trabajo pactadas colectivamente y la inaplicación del régimen salarial pactado en el convenio sectorial.

El *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 11)*, en vigor desde el día 12. Posteriormente se trató y aprobó como *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. A modo de resumen, a continuación se enumeran los cambios más significativos: las empresas de trabajo temporal podrán actuar como agencias de colocación. Se reconoce la formación profesional como un derecho individual del trabajador a cargo de la empresa y se considera el tiempo de formación como efectivo de trabajo. El contrato para la formación y el aprendizaje podrá realizarse con menores de 30 años hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%. La nueva modalidad contractual indefinida de "apoyo a los emprendedores", podrá concertarla las empresas de menos de 50 trabajadores en el momento de la contratación. Su duración será indefinida y a jornada completa. El período de prueba se establece en un año, en todo caso. El trabajador contratado podrá compatibilizar voluntariamente el 25% de la cuantía de la prestación por desempleo con el salario. Además se aprueban una serie de incentivos fiscales para la empresa, por ejemplo, una deducción fiscal de 3000€ si el primer contrato se realiza con un menor de 30 años. También se establece una serie de bonificaciones en la cuota empresarial por contrataciones a desempleados inscritos. Se permite la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, en proporción a la jornada pactada, que computarán a efectos de las bases de cotización y de las bases reguladoras de las prestaciones. Se modifica el contrato a domicilio o trabajo a distancia. El grupo profesional pasa a ser la única referencia en el sistema de clasificación profesional. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Se definen las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción para la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo. La suspensión del contrato o reducción de jornada por causas objetivas o fuerza mayor, exigirá un procedimiento que se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral y apertura de período de consultas, que una vez finalizado será notificado a los trabajadores y a la autoridad laboral, quien lo comunicará a la entidad gestora de la prestación por desempleo. Se elimina la autorización administrativa. La regulación del descuelgue o inaplicación en la empresa de las condiciones previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa. El convenio colectivo de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto a los convenios sectoriales en un conjunto de materias como: salario, horas extras, horario, distribución del tiempo de trabajo o vacaciones. Se establece un pacto máximo de ultraactividad del convenio de un año desde su denuncia, salvo pacto en contrario, terminada esta ultraactividad se aplicará el convenio de ámbito superior si lo hubiere. Desaparece la posibilidad de que en los convenios colectivos se regule la jubilación forzosa. Cambios en la regulación del despido colectivo: Definición de causas económicas. La disminución del nivel de ingresos o ventas es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. El procedimiento para efectuar un despido colectivo irá precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores y se comunicará también a la autoridad laboral. Transcurrido el período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral y a los representantes la decisión final de despido y las condiciones. Se elimina la autorización administrativa. Cambios en la regulación del despido objetivo: se modifican las causas de los despidos objetivos; por ejemplo, el despido podrá realizarse si transcurridos 2 meses desde la introducción de una modificación técnica hay una falta de adaptación del trabajador; o se elimina la referencia al índice de absentismo total de la plantilla para medir el individual del trabajador. Otros cambios en el despido objetivo declarado improcedente: reducción de la indemnización: 33 días de salario / año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades. El trabajador solo tendrá derecho a los salarios de tramitación cuando el empresario opte por la readmisión.

Por *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero*, se aprobaron una serie de medidas para fomentar el emprendimiento y el empleo joven, mediante reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los jóvenes trabajadores por cuenta propia, en relación con la prestación por desempleo, incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven, primer empleo, contratos en prácticas para el primer empleo o por la incorporación de jóvenes a entidades de la economía social. Con este Real Decreto-ley 4/2013 se incorporaron dos nuevas modalidades contractuales –mantenidas por la *Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*– para favorecer la contratación de jóvenes al tiempo que adquieran o han adquirido formación y/o experiencia laboral: a) el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa (art. 9 Ley 11/2013) y b) el contrato del “primer empleo joven” (art. 12 Ley 11/2013).

Otra vez por razones de extraordinaria y urgente necesidad, sin acuerdo social previo, se aprobó el *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*, que aborda “medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo. Estas medidas permiten satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo” (Exposición de motivos de la norma). En el art. 9 de este Real Decreto-ley 5/2013 se introdujeron cambios en la jubilación parcial y el contrato de relevo.

En el *Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, se abordaron reformas que afectan a infraestructuras y transporte, vivienda, impuesto sobre sociedades y Entidades Locales, pero también se introdujeron reformas en la protección social del trabajo a tiempo parcial, en materia de empleo y protección por desempleo y en materia laboral. *Esta norma se ha tramitado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia y -con el mismo nombre- ha dado lugar a la Ley 1/2014, de 28 de febrero*. El legislador se vio obligado a introducir cambios en la protección social del trabajo a tiempo parcial, a raíz de la STC 61/2013, de 14-03, y otras posteriores. Como se indica en su Exposición de Motivos, “a juicio del Tribunal, las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida... La norma que se incorpora a la presente ley recoge, además, una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo... Estas modificaciones vienen a desarrollar el «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» firmado el pasado 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa”.

El *Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*, también ha introducido cambios importantes en el ordenamiento laboral español. La disposición final quinta de la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014*, ha suprimido el apartado 8 del art. 33 ET, del abono por el FOGASA al trabajador de una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, para los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de 25 trabajadores, en supuestos de decisiones extintivas procedentes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o en caso de concurso de acreedores. O el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad

y la eficiencia, que también regula importantes medidas de carácter laboral como la creación del Sistema nacional de garantía juvenil.

En el ámbito de la Seguridad Social, por obra del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad*, se modificaron aspectos importantes en materia de cotización a la Seguridad Social o desempleo (se redujo la cuantía de la prestación al 50% de la base reguladora a partir del día 181). En 2013 se aprobó el *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, luego Ley 11/2013, de 26 de julio, que matizó de manera importante la suspensión y extinción del derecho a la percepción de la prestación por desempleo y estableció reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los jóvenes trabajadores por cuenta propia. Como se ha dicho al enumerar las reformas del ET, por razones de extraordinaria y urgente necesidad, sin acuerdo social previo, se aprobó el *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*, que abordó “medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo. Estas medidas permiten satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo” (Exposición de motivos de la norma). El Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, en vigor desde el 4 de agosto, que se trató como proyecto de ley para convertirse en la *Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, en su Capítulo II recoge determinadas modificaciones que se introducen en la LGSS, en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial, concretamente en su art. 5 en relación con la disposición adicional cuarta y la transitoria primera. Esta norma se dicta para mantener la proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y subsidios, como a su cuantía. Los cambios que introduce la nueva regulación vienen a desarrollar el “Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial” firmado el 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa. Por *Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*, se ha modificado el art. 109 LGSS en cuanto a los conceptos computables en la base de cotización del Régimen General de la Seguridad Social y se han incluido, entre otros: la totalidad del importe abonado a los trabajadores por pluses de transporte y distancia; las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las correspondientes a la incapacidad temporal; algunas asignaciones asistenciales; y la totalidad de los gastos normales de manutención y estancia generados en el mismo municipio del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia. También se ha establecido una nueva base mínima de cotización para determinados trabajadores autónomos a partir de 1 de enero de 2014. La *Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*, ha implantado el denominado “factor de sostenibilidad”, a efectos de garantizar la viabilidad del sistema de Seguridad Social, afectando a parámetros como la edad de jubilación, los años cotizados o el importe de la pensión inicial. El primer año para su aplicación será el ejercicio 2019. Por otra parte, en la ley también se regula el índice de revalorización, que sustituye a partir del 1 de enero de 2014 al índice de referencia que se aplicaba desde 1997. El *Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas*, reduce el tipo de cotización por desempleo en los contratos de duración determinada a tiempo parcial y establece con efectos desde el 1 de enero de 2014, que “para los trabajadores autónomos que en algún momento del año 2013 y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez, la base mínima de cotización tendrá una cuantía igual a la prevista como base mínima para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General”. El *Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida*, en su artículo único establece una reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida. Esta medida introduce una “tarifa plana” por contingencias comunes para los empresarios –no así para los trabajadores- que hagan nuevas

quién hace las veces de este papel- parece realizar una labor instrumental al servicio de una determinada coyuntura económica y, ayudado por una doctrina blanda del Tribunal Constitucional sobre la pertinencia del Decreto-ley, justifica su utilización por las circunstancias económicas y de desempleo. Este “permanente estado de excepcionalidad” degrada el sistema democrático porque la urgente y extraordinaria necesidad ni puede ampararse en “la cambiante situación de la economía internacional” ni menos aún, si cabe, en la exigencia “de incidir en una situación de paro [todavía] elevada”, con vistas a mejorar el “mecanismo de ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo español”³. Sin embargo, estos han sido argumentos importantes utilizados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, por ejemplo, en el apartado a) del FJ 5^a de esta última, que se remite a la anterior, se rechaza la inconstitucionalidad porque “la medida legislativa cuestionada se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna de la empresa como alternativa a la destrucción del empleo o al cese de una actividad productiva”. Como se ha dicho recientemente, “el argumento adolece de una evidente inconsistencia, al estar basado únicamente en la situación de grave crisis económica y teniendo en cuenta que en estos momentos, febrero de 2015 [sic], se considera por las autoridades gubernativas que la crisis prácticamente se ha superado, por lo que no sabemos si superado el contexto decae la justificación”⁴. Parece claro que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad ha de

contrataciones indefinidas, siempre que mantengan el empleo neto durante al menos tres años. Por ejemplo, si la contratación indefinida es a tiempo completo, 100 euros mensuales. Como la finalidad es la creación de empleo indefinido neto, para beneficiarse de las reducciones previstas las empresas deberán cumplir una serie de requisitos, entre otros: hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, no haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados judicialmente como improcedentes en los seis meses anteriores, celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa, mantener durante un periodo de 36 meses, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado con dicha contratación.

³ El único amparo posible es su confrontación con los mandatos constitucionales. Véase el artículo de opinión, referido al Decreto-ley 5/2002, “Un cierre patronal legislativo”, escrito en *EL PAÍS*, 7 de junio de 2002, por VALDÉS DAL-RÉ, F. y BAYLOS, A., que firman también otros 33 catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “Eficacia y vigencia del convenio colectivo”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS – Ediciones Cinca, Madrid, 2015, p. 305.

concederse un peso al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es decir que la valoración política del ejecutivo tiene un valor relevante aunque no ilimitado⁵.

Es verdad que unas veces los Decretos-leyes han tenido un valor premonitorio o anticipatorio de leyes, posteriormente, aprobadas por las Cortes, sin embargo, en otras ocasiones no fueron sustituidos por leyes ordinarias "y se instalaron en nuestro ordenamiento más allá de su inicial vocación de respuesta a una concreta situación de extraordinaria y urgente necesidad"⁶. La legislación -que está actualmente cambiando el ordenamiento laboral- parece dejar intacta la regulación general sobre relaciones laborales, en el sentido de que las altera sustancialmente en su aplicación concreta y, aparentemente, de forma limitada en el tiempo. De esta manera, se aprueban normas estatales *ad hoc* que pueden hacer lo que no le está permitido constitucionalmente a las normas generales, "aunque la doctrina afirma que usar estas normas precisamente para evitar el control judicial de su contenido, es una violación del derecho a la tutela judicial efectiva"⁷.

Aunque al ordenamiento laboral se le ha calificado como una rama del Derecho "progresista", ha sido desde el punto de vista de su desarrollo histórico más que desde sus contenidos normativos, porque en su devenir ha rechazado la "regresión" y ha evolucionado sólo en el sentido "unilateral" de favorecer los intereses de los trabajadores. La irregresividad⁸, al igual que

⁵ "Valor relevante que como dijera la Sentencia en Pleno (Sentencia 137/2011) del Tribunal Constitucional de 14 septiembre, el art. 86 CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante Real Decreto-ley, normas con fuerza de Ley, pero en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime", GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Democracia, gobierno de la crisis económica y gestión de las relaciones de trabajo", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 111.

⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Las normas urgentes en materia laboral (la desnaturalización de la potestad excepcional de legislar)", en BAYLOS, A., CABEZA, J., CRUZ, J. y VALDÉS, F. (coords.): *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*. La Ley, Madrid, 2015, p. 33.

⁷ Véase, PEDROSA GONZÁLEZ, J.: *Relaciones actuales entre convenio y ley*, Bomarzo, 2015, Albacete, pp. 92-96.

⁸ Principio que en el ámbito de la política social europea se acoge en todas las directivas de la UE en materia social, y no otra cosa quiere decir, en oposición a las políticas de "austeridad", que no se debe "reducir el nivel de protección reconocido en los ordenamientos internos respecto del establecido en las directivas europeas" y que significaría que "la UE no puede

ocurre en el Derecho del Trabajo, se ha de interpretar como un principio medular del conjunto del sistema de la Seguridad Social, que sólo permite un desarrollo legislativo en sentido progresivo. El principio de irregresividad en materia de Seguridad Social, referido a los derechos legales de naturaleza social y a la protección social alcanzada, como ya matizara PERSIANI, no tiene por límite la "posizioni acquisite dai singoli pensionati"⁹. Esta teoría planteada inicialmente en Alemania por HESSE como una "irreversibilidad de las conquistas sociales", recoge el principio de la irregresividad o irreversibilidad, que no ha sido interpretado de forma unánime. Será difícil que el Tribunal Constitucional declare alguna vez inconstitucional una ley que contenga evidentes recortes en la protección social de la mayoría de los ciudadanos o de grupos importantes de éstos si, como dijo en la sentencia citada [STC 134/1987] y en los mismos términos traídos *up supra*: "el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto". Lo que lleva a concluir que la "garantía" de irregresividad no existe, mientras las prestaciones otorgadas por el régimen público de Seguridad Social cubran el mínimo de subsistencia, aceptándose de esta forma la disminución progresiva de las prestaciones otorgadas por el régimen público de Seguridad Social, sin reducir las exigencias de contribución¹⁰. Atentatorio contra el sistema -y, por ende, contra el art. 41 CE-, sería la aminoración del nivel de protección social público en su conjunto; es decir, el desmantelamiento de un régimen público de Seguridad Social y su transferencia al sector privado. "El parámetro de medición de la regresividad del sistema de Seguridad Social y de su contrario quedaría así diferido a criterios macroeconómicos y de solidaridad colectiva. Cabalmente a aquéllos que postula el art. 9.2 del texto constitucional"¹¹.

promover reducciones de niveles de protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento general, y, en concreto, que la necesidad de adecuar los derechos nacionales al derecho de la UE no puede ser considerada causa determinante de la reducción de los niveles generales de protección de un ordenamiento nacional en concreto, debiéndose por el contrario promover una regulación más completa, con mayores garantías", BAYLOS GRAU, A.: "La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012", *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, p. 22.

⁹ PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1965.

¹⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 136-140.

¹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones", *Relaciones Laborales*, nº 17, 1987, p. 6.

El DTSS ha marchado así por una ruta de dirección única o "únivoca", la de mejora de las condiciones de trabajo y empleo. Esta evolución en sentido único del DTSS se prolongó hasta bien avanzada la década de los setenta del siglo XX, en que se dio el salto de la descripción histórica a la instrumentación institucional que aprestó determinados conceptos y elaboraciones doctrinales orientados a consagrar la "irreversibilidad" de los ordenamientos laborales¹². El carácter siempre "progresista", y especialmente "sensible" del DTSS, le viene atribuido por su ubicación en el centro de la producción de los sistemas económicos desarrollados, pudiendo ser considerado como un auténtico cardiograma del cuerpo económico-social¹³; tal constatación permite decir que su contenido es también nuevo por su constante cambio y necesidad de adaptación a las mutaciones organizativas del modo de producción empresarial¹⁴.

Ya se dijo sobre la reforma laboral de 1994, "que aun sin recurrir a técnicas abiertamente desreguladoras que poseen muchas veces un claro sentido "regresivo" e incluso "pro patronal", casaba mal con la concepción "clásica" del DTSS como ordenamiento unilateralmente dirigido a la protección de los trabajadores asalariados y encaminado a la mejora constante de los niveles de tutela asegurados a éstos". Frente al sentido "unidireccional" de las primeras etapas de su evolución, se está transitando hacia una fase distinta, dentro de la cual prima la consideración equilibrada de los intereses laborales y empresariales¹⁵. La línea de tendencia tomaría así un perfil "bidireccional" (de doble principio: pro operario y pro empresa)¹⁶. Sin embargo, no hay que olvidar que en el modelo constitucional español la legislación laboral y la negociación colectiva han ido sustrayendo facultades del poder empresarial y

¹² MARTÍN VALVERDE, A.: "Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996, pp. 408; y nota a pie 3, donde cita a CAMERLYNCK y LYON-CAEN: *Droit du Travail*, traducción española de la 5^a. ed., realizada por RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., Aguilar, Madrid, p. 17.

¹³ Debido a su posición estratégica, ha sido calificado como "Derecho de frontera". ROMAGNOLI, V.: "Tecnocrazia e diritto del Lavoro", *Politica del diritto*, nº 1, 1970, p. 89.

¹⁴ GIUGNI, G.: "Diritto del Lavoro (Voce per un' enciclopedia)", en *Lavoro, Leggi, contratti, II* Mulino, Bolonia, 1989, p. 247.

¹⁵ SANGUINETI RAYMOND, W.: "El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994", *Revista de Estudios Financieros*, nº 50, 1996, p. 55.

¹⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: "¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", *Actualidad Laboral*, nº 34, 1994, p. 549.

reconduciendo su ejercicio al imponerle requisitos, prohibiciones o limitaciones. “En suma, el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador ha constituido desde antiguo un límite insoslayable para el ejercicio de los poderes directivos. Entre ellos, cabe destacar el derecho al trabajo (art. 35 CE), auténtico contrapeso, junto con el derecho a la negociación colectiva, del derecho a la libertad de empresa”¹⁷.

Los perniciosos cambios que la globalización está generando sobre la articulación tradicional de las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo se constatan en la Unión Europea y en sus Estados miembros de forma parecida: a) hay un retroceso del protagonismo de la ley en la regulación de las condiciones de trabajo; b) hay espacios libres, antes ocupados por la legislación, que pasan a serlo por los convenios colectivos; c) hay un proceso de descentralización de la negociación colectiva, dirigido a favorecer tratamientos colectivos en ámbitos reducidos, preferentemente de empresa; d) hay un incremento del espacio regulador concedido al contrato de trabajo¹⁸. Más allá de un reduccionismo economicista, interesa destacar la flexibilidad y mutabilidad como consecuencias de la vinculación del DTSS a factores extrajurídicos. El DTSS traduce y recrea en cada momento relaciones de poder y posicionamientos jurídicos; de manera que, además de estar sujeto en su desarrollo a necesidades económicas, son al tiempo causa y resultado de la estructuración de nuevos equilibrios de poder, lo que sin duda va más allá y es incluso primario en relación a las reglas objetivas económicas. Actualmente “no puede hablarse de un nuevo DTSS, pero sí de la introducción en él de elementos de individualismo y de la reducción de elementos de sociabilidad y de autonomía colectiva que le habían caracterizado”¹⁹. Sería conveniente que

¹⁷ En conclusión, “el camino de las reformas laborales a la fecha actual no ha logrado el efecto deseado sobre el objetivo del empleo y, sin embargo, ha conseguido ahondar en el desequilibrio de la situación desigual de origen entre empresa y trabajador a favor del polo empresarial, al haberle atribuido un mayor ámbito de actuación al poder del empresario que deja al asalariado y sus representantes en una posición de especial vulnerabilidad”. MOLERO MARAÑÓN, M.ª L.: “Poder de dirección y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 570-571.

¹⁸ Véase, BAYLOS GRAU, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999.

¹⁹ Es más, “sería deseable que la reforma no rompa el proceso “de liberación del trabajo” que está en el origen del Derecho del Trabajo, una disciplina por la que, recordaba SINZHEIMER, “corren las arterias vitales del movimiento social” y en la que se decide el destino y anhelo de

desde la Unión Europea se ayudará, y no al contrario, para que la progresiva “deconstrucción” (SIMITIS) del DTSS de base nacional por culpa de la aplicación de políticas deliberadamente concesivas de desregulación frente a las presiones impuestas por el proceso globalizador, no se convirtiera en un devenir inevitable²⁰. La ley laboral no conlleva nunca “compromiso alguno de irreversibilidad” y las reformas laborales se califican a sí mismas de estructurales, será el principio democrático mayoritario quien “dirá si esta “deconstrucción” económica del Derecho del Trabajo, o su crisis en la crisis, carente de un consenso integrador de las fuerzas políticas y sociales, determinará de forma estable el futuro de nuestro Derecho del Trabajo, o si ésta será una fase coyuntural de respuesta a las exigencias de la economía desde una concreta opción política”²¹.

El origen de esta rama del ordenamiento no se explica sin el surgimiento de un movimiento social, que pronto pasó a revolución antisistema, de ahí la aparición de un derecho pacificador. En el primer bloque temático de la tesis nos detenemos en las *transformaciones habidas y en las transgresiones soportadas* por el DTSS desde los albores de su nacimiento, sin separarnos del norte de la impronta del contratante débil donde se reconoció el DTSS, porque debe continuar siendo un derecho “redistributivo” y un “instrumento protector de un sujeto”, que es el centro de la relación contractual, a pesar de la aceleración de los cambios, derivada de dos fenómenos: la crisis del modelo clásico de trabajo y trabajador; y la crisis de empleo, que está imponiendo una regulación laboral más favorable a los intereses de la empresa en función de las

los trabajadores, también ciudadanos y actores de la economía, pero de cuya buena salud dependen”, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Las claves de la reforma laboral 2012”, *Relaciones Laborales*, nº 23/24, 2012, pp. 1 y ss.

²⁰ “En efecto, ante el aumento de la competencia internacional y la no disponibilidad de los mecanismos tradicionales de defensa frente a la misma, los Estados se muestran cada vez más proclives a llevar a cabo operaciones de degradación de la tutela ofrecida a los trabajadores por la legislación laboral, dirigidas a reforzar la competitividad de sus empresas o satisfacer las exigencias de las empresas transnacionales”, SANGUINETI RAYMOND, W.: “La “deconstrucción” del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un declinar inevitable?”, *Relaciones Laborales*, nº 23, 2004, p. 130. Véase también, SANGUINETI RAYMOND, W.: “Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

²¹ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: “La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 98-99.

expectativas de mejora de los niveles de empleo²². Dicho de otra manera, la lógica clásica del DTSS presupone verdaderamente la expansión o la estabilidad del sistema económico, apareciendo entonces como un ordenamiento de la “redistribución” de los recursos, pero el DTSS de la recesión económica se transforma, de un Derecho de la “redistribución”, en un Derecho de la “producción de riqueza”, para redescubrir así su vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones profesionales²³. “Sin embargo, y desde la promesa de posibles empleos futuros, no cabe revertir el Derecho del Trabajo hacia la libertad de empresa y el *favor* de los empresarios, ignorando su función específica en el Estado social y democrático de Derecho”²⁴.

Tras analizar el estudio por la doctrina española de los presupuestos sustantivos en orden a la delimitación de la figura del trabajador, como sujeto que se identifica en el trabajo objeto del contrato, todos los argumentos avanzados me permiten incidir sobre la función y el papel atribuible al DTSS. La generalización del trabajo asalariado y la libertad individual en la contratación laboral están en el origen de la disciplina jurídico-laboral como técnica reguladora de los poderes que se manifiestan en su ámbito (KAHN-FREUND). El DTSS es un sistema de límites a la autonomía privada (GIUGNI), restricciones que se legitiman en razón de la finalidad tuitiva. La función asignada al DTSS en la sociedad es integrar el conflicto dentro de las coordenadas que enmarcan un determinado modo de producción o sistema político, ubicándose en la más genérica categoría de los movimientos político-sociales (de aquí, su carácter contradictorio, LYON-CAEN)²⁵.

²² Es cierto que en la transición al siglo XX, el DTSS ha sufrido transformaciones profundas “que llevan a cuestionar, al menos su pasado inmediato, y que proyectan sombras sobre el horizonte de su evolución futura”, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, en *Tres décadas de Relaciones Laborales en España. Editoriales y Estudios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2015, pp. 161-162.

²³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Sindicatos y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 132-133.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS, M.ª E. y VALDÉS, F.: “Una revista nueva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2015, p. 2.

²⁵ Véase, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Universidad de Valladolid, 1996, pp. 15-25, concretamente, pp. 23, 24 y 25.

En definitiva, tres son las claves que pueden encontrarse en el advenimiento del DTSS emergente: una relacionada con la relevancia de la persona del trabajador (seguramente, uno de los primeros cometidos, fuera suplir una carencia del derecho de obligaciones y hacer posible el principio de "seguridad física" de las personas en el interior de la empresa). Los esquemas del Derecho liberal e individual del trabajo no tenían más valor que el de una justificación ideológica de la desigualdad material que separaba a las partes de la relación laboral. Por otro lado, en el DTSS la autotutela privada goza de un protagonismo especial. Y, por último, una característica peculiar del DTSS es la de dar entrada a intereses y poderes de naturaleza colectiva²⁶.

Podemos concluir que el logro de la flexibilidad y de la especialidad, entendidas como elementos que agilizan la capacidad de reacción de la empresa frente a los cambios del mercado, parece que se contrapone a un sistema normativo que uniforme la puntual adecuación de las condiciones de trabajo. La flexibilidad, en un debate amplio, "afecta tanto a las relaciones laborales como a la propia virtualidad del Derecho del Trabajo"²⁷; es más, "mientras que la desregulación persigue, sin más, la eliminación de las reglas protectoras, la flexibilización propone una revisión del patrimonio normativo"²⁸. Sin duda, esta flexibilidad triunfante en los años ochenta tuvo efectos negativos y ahora aparece un concepto relativo y falto de precisión en términos jurídicos, la flexiseguridad, como respuesta o antídoto que toma como punto de partida aquel elemento negativo, de modo que esta "tercera vía" ha entrado a formar parte de nuestro "instrumental conceptual", y corresponde al iuslaboralista enmarcarlo a través del lenguaje de los derechos²⁹. El debate de la "flexibilidad+seguridad" ha concluido con una rotunda valoración de síntesis: no

²⁶ "Hay, pues, en el surgimiento y en la evolución ulterior del Derecho del Trabajo, una tensión inmanente entre los aspectos individuales y colectivos. Dicha tensión es extraña al modelo de Derecho Civil... Son, pues, tareas del Derecho del Trabajo: la juridificación de los poderes empresariales y la limitación del poder colectivo de las organizaciones de trabajadores". Véase, SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (Dir.), DEL VALLE VILLAR, J. M. y GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, 3^a ed., Madrid, 1996, pp. 37-44.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1987, p. 14.

²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Flexibilidad, juridificación y desregulación", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1987, p. 30.

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", *Relaciones Laborales*, tomo II, 2007, pp. 118-120.

se ha regulado una “seguridad en el empleo”, sino una “seguridad para el empleador”; y “no puede hablarse de un nuevo Derecho del Trabajo, pero sí de la introducción en él de elementos de individualismo y de reducción de elementos de sociabilidad y de autonomía colectiva que le habían caracterizado”³⁰.

Si bien, el DTSS seguirá dirigiéndose igualmente a quienes desempeñan un trabajo dependiente y asalariado, que no dejarán de existir. No obstante, y tomando como referencia de partida el precepto constitucional central del reconocimiento del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), podría deducirse “un reconocimiento extenso del mismo desde el punto de vista subjetivo de su titularidad”, por ejemplo, respecto al tipo de trabajadores incluidos dentro de los titulares del derecho al trabajo, abarca a todos sin distinción, porque la norma constitucional conecta inmediatamente este derecho con la libertad de elección de profesión u oficio³¹.

De todos modos, el DTSS no pierde el punto de referencia de la empresa, si bien ahora no en forma de fábrica, sino como lugar donde convergen, sin dejar de ser contrapuestos, múltiples intereses³². Aquéllos cambios del mercado, de la técnica o del contexto económico, parecen demandar también una remodelación de la propia estructura u organización de la empresa. Tal adaptación en las circunstancias presentes es un requisito ineludible de la flexibilidad. El objeto mediato del DTSS ya no está tanto en la atenuación del conflicto, que sigue constatándose por el enfrentamiento de intereses, sino en la posibilidad de controlar el contenido y el ritmo de la negociación en la imposición de las específicas condiciones de trabajo. Ésta es la nueva forma pacificadora, más bien controladora, del DTSS.

A mayor precisión, el punto de partida del DTSS se sitúa en el convencimiento de que cada precepto jurídico laboral resuelve o decide un

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Las claves de la reforma laboral 2012”, *Relaciones Laborales*, nº 23/24, 2012, pp. 2-3 y 30.

³¹ CRUZ VILLALÓN, J: “El derecho al trabajo en la Constitución española”, en Coords.: BAYLOS, A., CABEZA, J., CRUZ, J. y VALDÉS, F., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, Madrid, 2015, p. 416-422.

³² Véase, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L.: «Organización del sistema productivo y Derecho del Trabajo», *Revista Estudios Financieros*, nº 49, 1996, pp. 14-20.

conflicto de intereses, recompone una acción recíproca de intereses contrapuestos y termina representando la resultante de estas fuerzas. El ius-laboralista no ha de establecer deducciones lógicas abstractas, sino que ha de decidir extrayendo el conflicto de intereses implícito en la norma o en el precepto. Desvelar el sentido de las normas, detectar el juego de los intereses contrapuestos y aplicar a ese juego de intereses los valores generalizados o generalmente admitidos de la comunidad conforman esa actividad creativa del intérprete del DTSS.

Respecto al ordenamiento de la Seguridad Social, es conveniente destacar dos fines claramente perseguidos: 1^a) Tiende a establecer conceptos jurídicos definidos y precisos, intentando reducir el grado de indeterminación de los mismos, para asegurar certeza y seguridad en la prestación concedida y en la responsabilidad asumida. 2^a) Ello permite al beneficiario conocer de antemano el alcance de sus derechos y a las Entidades Gestoras saber a qué atenerse sobre las obligaciones y responsabilidades a su cargo³³. La Seguridad Social forma parte de un conjunto de derechos económicos y sociales reconocidos constitucionalmente. El panorama existente en España cambió radicalmente desde el punto de vista constitucional con la promulgación de la Constitución de 1978 (CE). De la lectura del art. 41 CE se deduce la inclinación por un sistema de Seguridad Social asistencial o atlántico, ya que las expresiones “Seguridad Social para todos los ciudadanos” y garantía de “asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, son claramente demostrativas de un sistema universal que pretende proteger suficientemente todas las situaciones de necesidad.

Se puede afirmar: 1º) Que la Constitución de 1978 ha configurado la Seguridad Social como un “componente básico del Estado Social cuya preservación resulta necesaria para asegurar los valores constitucionales de justicia e igualdad sustancial”; y 2º) Que la jurisprudencia constitucional califica el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social

³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Las enfermedades del trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1995, p. 1. A continuación señala el mismo autor que “una constante en esta línea es la de asumir y cristalizar en la norma legal las construcciones jurisprudenciales, para eliminar en lo posible el margen de discreción judicial al reducir el grado de indeterminación de los conceptos jurídicos. Un margen de discrecionalidad no es, sin embargo, eliminable”.

como un “derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (STC 37/1994)³⁴.

Sucesivamente a lo largo de la primera década del siglo XXI se aprobaron un conjunto de normas con carácter transversal, hasta llegar al *Acuerdo Social y Económico*, de 1 de febrero de 2011, que dio como fruto la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social (*Ley de Reforma de Pensiones*), que abordó un sinfín de cuestiones distintas: cambios en la pensión de jubilación o integración de Regímenes Especiales en el Régimen General de la Seguridad Social y que, en muchos casos, demoraba su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2013 e incluye amplias disposiciones transitorias, como la edad ordinaria de jubilación a los 67 años a partir de 2027. También leyes de integración de algunos Regímenes Especiales, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que integró el Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General; y la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procedió a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social también en el Régimen General.

Por obra del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, se modificaron aspectos importantes en materia de cotización a la Seguridad Social o desempleo (se redujo la cuantía de la prestación al 50% de la base reguladora a partir del día 181). Otra vez por razones de extrema y urgente necesidad, se aprobó el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que abordó medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo. La reforma significativa más reciente se ha efectuado mediante la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, Reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización

³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estado Social y Seguridad Social (y II)”, *Relaciones Laborales*, nº 23, 1994, pp. 5-7.

del sistema de pensiones de la Seguridad Social. “Y siguiendo nuestra tradición refundidora, una nueva refundición del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) ha encargado el Parlamento efectuar al Gobierno por Ley 20/2014, de 29 de octubre, en el plazo de doce meses desde su entrada en vigor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de nuestra Constitución. En ella han de integrarse, “debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas”, una serie de hasta veintiocho leyes o preceptos o disposiciones de leyes y de normas con rango legal, así como las futuras que se dicten y así lo prevean”³⁵.

Lo cierto es que las reformas conocidas al momento en el ámbito del DTSS nunca son las últimas, siempre hay otras previstas y pendientes de retomar (véase también la primera nota a pie). Por otro lado, los cambios se suceden sin asumir un carácter de permanencia en el tiempo y en la aplicación de las normas se entrecruzan complejos períodos transitorios para la misma o distintas contingencias, incluso, los requisitos y los contenidos prestacionales se van alternando con una frecuencia mínima, como si de correcciones de errores se tratara (lo que hace pensar que se está negando virtualidad jurídica a la sucesión normativa y se crea una real confusión en la jerarquía de normas que se aplican). Todo ello poco ayuda a la objetividad, rigor y certeza jurídica que debe presidir esta rama del Derecho. Las constantes modificaciones legislativas obligan a “una continua vigencia transitoria” de sus normas, dando lugar a cierta inseguridad jurídica y la enorme y profusa dispersión legislativa existente impide la consolidación jurídica de su normativa, con las garantías que ello entraña. Se parchea la legislación de Seguridad Social sin entrar en una reforma y unificación profunda, y se producen multitud de modificaciones casi de continuo, aprovechando muchas veces modificaciones legislativas ajenas al campo de la Seguridad Social para introducir en ellas importantes reformas. “Se modifica sobre lo ya modificado, sin que se guarde un cierto orden sistemático, siendo además de mayor importancia, en muchos casos, las modificaciones en sus disposiciones adicionales que en el texto articulado de la

³⁵ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: “Prólogo” a ARUFE VARELA, A.: *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 16.

normativa”³⁶.

En mi opinión, en este estado de cosas se detecta un elemento elocutivo: el empleo de irremediables "posiciones ideológicas" o de políticas de evidentes cargas ideológico-económicas en los cambios de legislación habidos. Nada resulta neutro en una materia que lleva tanto tiempo sacudida por vientos de reformas que se autoalimentan precisamente por sus intencionadas características de parcialidad, fragmentación y explícita instrumentalización o subordinación de los fines protectores a los medios económico-financieros del sistema. "En la medida en que no se aborda una reforma integral, expresiva de un modelo definido de protección social acorde con los requerimientos constitucionales y adaptado a las necesidades sociales actuales de protección, se incide en la deslegitimación de lo existente, lo que, simultáneamente, sirve de argumento para un nuevo paso o vuelta de tuerca en otra reforma que ahonde en la dirección contraria de lo que se proclama. Una reforma parcial llama a la siguiente"³⁷. Por otra parte, en la regulación de Seguridad Social así debe ser, pero la mecánica desordenada y confusa que se emplea para introducir los recambios normativos demuestra de nuevo que esta rama del ordenamiento jamás puede llegar a conocer la imperturbabilidad, ni siquiera momentánea.

Cuestionarse sobre el grado de intervención del Estado o de responsabilidad que los poderes públicos deben asumir para soportar las "cargas sociales" es un planteamiento no desprovisto de una solapada posición ideológica, que debe llevar a una opción de política presupuestaria y, por tanto, legislativa, donde la actuación estatal conjugue la correcta relación entre lo público y lo privado en el ámbito de la protección. En las opciones y acciones legislativas deben cuidarse las desviaciones que agraven la desorganización jurídica (de *legislación motorizada, deslocalización normativa o legislación fantasma*). La permanente crisis de la Seguridad Social es debida a diversidad

³⁶ CAPILLA BOLAÑOS, J. A.: "Las nuevas pensiones de jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia tras las reformas legislativas operadas por la Ley 24/1997, Real Decreto 1647/1997, Ley 66/1997 y Real Decreto 4/1998, su configuración actual", *Actualidad Laboral*, nº 22, 1998, pp. 455-456.

³⁷ GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de la Seguridad Social", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pp. 420-421.

de factores, “y se está fomentando, por último, una expansión de las formas de cobertura privadas con medidas de apoyo estatal”³⁸. Al fin y a la postre, en el origen de la rama social del derecho bulle un debate ideológico que gira en torno a la intervención estatal o regulación jurídica del mercado de trabajo con propósito tuitivo o compensador, más allá de este debate ideológico, el DTSS puede acabar “sometido a fortísimas presiones ideológicas”, así como a los cambios que se producen -o que se cree que se producen- en la estructura económica y social de cada momento histórico³⁹. Estas presiones llevan a un resultado obvio: “las disposiciones legales o, si se quiere, las normas de origen estatal aparecen y desaparecen dentro de un proceso de cambio permanente, que arrastra consigo a la doctrina judicial y a la propia doctrina científica, sin que una y otra encuentren el basamento necesario para elaborar un verdadero sistema jurídico”⁴⁰.

Como se verá, el resultado es que “el sistema jurídico laboral sufre seria y gravemente con tan vertiginosos cambios normativos, pues queda en entredicho el principio básico, en una sociedad compleja y civilizada, de la seguridad jurídica”⁴¹. En este caldo normativo nos movemos, donde todo parece historia y el presente siempre es reforma tras reforma del DTSS, con la repetitiva finalidad de superar las crisis y facilitar la creación de empleo o atacar las causas que generan una intensa destrucción de empleo. Así aparecen propuestas inéditas como el contrato “único” de trabajo, cuya extinción de lugar en todo caso a una indemnización, o el contrato “indefinido no fijo”, abierto en su extinción a la mera voluntad empresarial⁴².

³⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “La nostalgia del sistema: REFLEXIONES SOBRE EL Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 1996, pp. 11 a 16 y 20-21.

³⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “¿La ignorancia de la Ley Laboral excusa de su cumplimiento?”, *Actualidad Laboral*, nº 31, 1996, p. 577. En todo caso, la reelaboración política -del entramado ideológico- del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es tarea del político-legislador, BORRAJO DACRUZ, E.: “Nuevos iuslaboralistas para el nuevo Derecho del Trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 31, 1996, p. 587.

⁴⁰ BORRAJO DACRUZ, E.: “¿La ignorancia de la Ley excusa de su cumplimiento”, cit., p. 577.

⁴¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Nuevos iuslaboralistas para el nuevo Derecho del Trabajo”, cit., p. 585.

⁴² El fenómeno se sitúa entre dos elementos que parecen pares, pero no lo son: por un lado, la estabilidad en el empleo o el trabajo estable, por otro, el despido libre *ad nutum*, débilmente compensado, con el agravante de que son propuestas de introducción de nuevas modalidades de contrato con regímenes diferenciados de despido (y que ignoran las exigencias del derecho al trabajo). A lo largo de sus reflexiones RODRÍGUEZ-PIÑERO va apuntando los desenlaces:

Los artículos incluidos en esta tesis persiguen básicamente tres objetivos directamente vinculados con la precisa delimitación de los ámbitos subjetivo y objetivo del DTSS:

- I. La identidad de los protagonistas individuales y colectivos del Derecho del Trabajo, con especial referencia a los interlocutores sociales europeos.
- II. La negociación del conflicto laboral.
- III. Las reformas en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social.

la falta de encuadre en nuestro sistema constitucional, la agravación de las disfunciones existentes en nuestro mercado de trabajo y que, además, son soluciones que se apartan de las indicaciones que se formulan desde la Unión Europea. Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo “único”, *Relaciones Laborales*, I tomo, 2009, pp. 111 y ss.

II. METODOLOGÍA EMPLEADA

El DTSS se desarrolla en una realidad social dinámica y es el resultado histórico y la expresión de un determinado tipo de sociedad, por ello, debe repensar constantemente sus principios más esenciales y oponerse a toda abstracción y esquematismo⁴³. La proposición de método adoptada se enmarca en una dirección antiformalista moderada que considera los factores extralegislativos en la formación del Derecho y que debe conjugar los datos históricos, socio-económicos, comparados e indudablemente las bases ideológicas de corte jurídico a las que se encuentra sometido, más de justicia material que de determinismo económico. En otros términos, no se debe ignorar el contexto de la ley, pero, al tiempo, hay que tener muy presente cada norma concreta. El discurso debe abrirse a un doble nivel, por un lado, y como línea conductora, una cota muy importante de abstracción jurídica, de otro, los trazos analíticos que proporcionan la dosis de necesario realismo⁴⁴.

El principal objetivo perseguido por cualquier ius-laboralista es la creación de su propio foro de reflexión y discusión en torno a temas jurídico-laborales y de seguridad social. De un lado, la crisis económica ha comportado una subordinación práctica de las normas laborales y de seguridad social a los imperativos de la política económica. De otro, el Estado del Bienestar se encuentra en una situación de encrucijada, si nació para proporcionar una red de protección a los grupos sociales de mayor riesgo, ha terminado abarcando a la totalidad de los ciudadanos⁴⁵. Su estudio dogmático, al mismo tiempo debe responder a las preocupaciones propias de cualquier sociedad y de cualquier jurista, tales como: la conceptualización de un Estado de Bienestar que llegue a toda la población y la posibilidad real de lograrlo; la inmediata necesidad del fomento y la creación de empleo; la dinámica de las relaciones laborales dentro y más allá de la empresa; la protección social basada en el principio de

⁴³ Cfr., CAMERLINK-LYON CAEN: *Droit du Travail*, Dalloz, París, 1978, p. 3.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva", en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 17.

⁴⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., "Estado Social y Seguridad Social (I y II)", *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24, 1994.

universalidad y en un sistema de Seguridad Social donde el aspecto asistencial pasa a ocupar un protagonismo propio, así como la financiación del mismo.

Todas estas situaciones ocupan y preocupan al sujeto investigador y le obligan a estar en permanente contacto con la ciudadanía. El estudio y análisis de la legislación positiva es imprescindible en una sociedad de cambio permanente. El estudiioso del Derecho debe analizar estas mutaciones sociales para no ir a remolque de la realidad. Delimitado el objeto de la investigación, la finalidad no puede ser otra que abordarlo, racionalizarlo, hacerlo comprensible y -en la medida de lo posible- aportar conclusiones -más que soluciones- para conseguir una mayor claridad en el estudio del objeto perseguido.

El operador jurídico y el jurista deben buscar e interpretar las normas para resolver una cuestión problemática, analizando al mismo tiempo la realidad social sujeta a las normas. Por consiguiente, el proceso de investigación e interpretación acaba siendo imprescindible. El jurista debe tomar una posición a la hora de realizar su tarea, debe ubicarse frente al sistema jurídico y la sociedad. La opción no puede ser otra que entender el Derecho como un sistema abierto. Esta concepción acepta que ante una sociedad en transformación continua, sin demarcaciones tajantes entre fuentes formales y materiales, el jurista se coloca como un colaborador con el legislador y el juez en la creación del Derecho, optando por una comprensión del Derecho vinculado a la realidad social y no como ciencia autónoma de la misma.

En todo caso, hay que desechar un monismo metodológico. El Derecho es un conjunto de reglas o mandatos y un sistema de valores para la composición de intereses en conflicto. El pluralismo metodológico nos lleva a emplear la lógica inductiva y la deductiva para poder penetrar en la norma y su adaptabilidad a la sociedad cambiante. Las transformaciones de los últimos años nos indican que el DTSS no se puede analizar sólo desde el aspecto formal, sino abrirse a la realidad social, a la totalidad de los materiales normativos. En definitiva, el criterio sistemático es el más idóneo para investigar e interpretar; hemos de ir no a la mera aplicación de la norma, sino acudir al bloque normativo, al conjunto de normas entrecruzadas para poder analizar el conflicto.

La iniciativa casi siempre proviene de la realidad social. Tal deducción puede hacerse en cualquier tiempo y lugar al hilo de las alteraciones habidas en el régimen jurídico de las distintas instituciones. En este sentido, "aunque pueda fijarse en la fecha de entrada en vigor de una ley la alteración del régimen jurídico de una determinada institución o materia, tal alteración suele haberse generado o vislumbrado antes en la realidad social que dicha ley regula"⁴⁶. La única reacción posible para los trabajadores en un momento histórico determinado fue el movimiento obrero -si bien, ante un sistema económico-social capitalista preexistente y ya configurado al que era reticente- que sólo podía finalizar en revolución social. Esa aparente única salida exigió la intervención del Estado a través de uno de sus medios principales: el derecho. Esta opción fue preferida a otra más radical y de peores consecuencias, como pudo ser en ocasiones la represión; de manera que, se utilizó la norma para salvar el orden económico, social y político establecido, dando concesiones o mejoras controladas y ajustadas para desencauzar un movimiento social revolucionario -que se estaba saliendo del orden establecido- y dirigirlo hacia sus principios políticos. Si desde la clase trabajadora el DTSS podía haber sido revolucionario, desde el Estado burgués se transfiguró en reformista y, además, le imprimió un carácter defensor, teóricamente en beneficio del trabajador manufacturero.

Así, una *matización positiva* -que destacó ALONSO OLEA- para la aparición del DTSS, fue "la "interferencia" estatal en materia laboral, penetrando paulatinamente hasta la entraña de las relaciones de trabajo", en vez de permanecer neutral en la solución del conflicto social. El Estado salió adelante frente a los poderosos elementos que jugaban en contra y orientó la convivencia por un camino de integración social y no de *laissez-faire*⁴⁷ (aunque

⁴⁶, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L.: "Organización del sistema productivo y Derecho del Trabajo", *Revista Estudios Financieros*, nº 49, 1996, p. 6. "Nunca se sabe con sobrada certeza si los hechos se alteran porque antes se alteraron las ideas o si, por el contrario, las nuevas ideas afloran de la interpretación de unos hechos, de una realidad que también es nueva (al hilo de la reflexión lanzada por BAYLOS de la actual exaltación de la empresa, ¿fruto o razón de ser de los valores que imperan?), ibídem, p. 26.

⁴⁷ La intervención estatal "vino a ser una prolongación y confirmación de otras muchas, en terrenos socio-económicos múltiples, que actuando conjuntamente convirtieron el *laissez faire* de la historia moderna en una "aberración breve" dentro de una "ortodoxia" de intervención estatal", ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, 5^a ed., Madrid, 1994, pp. 291-294.

seguramente esto fuera así por la fuerza de los acontecimientos). La acción del Estado viene a justificarse por exigencias de la estabilidad social e incluso por razones de supervivencia física. El intervencionismo social tendrá un carácter ambiguo, ya que será consecuencia de las reivindicaciones, y al mismo tiempo de las necesidades del modo de producción que le permitan reproducirse. Toda intervención tendrá al mismo tiempo la limitación del propio sistema económico, con lo que la finalidad última será canalizar las tensiones en el mismo. Aquella primera legislación respondió a una exigencia de globalidad del entero sistema político-económico, en cada país según el volumen de desarrollo y crecimiento capitalista, habiéndose de señalar que los distintos episodios normativos coincidían con momentos históricos en que los sindicatos carecían de reconocimiento jurídico⁴⁸. "Que el Estado no es simple observador sino verdadero actor en el sistema de relaciones laborales, es afirmación que pertenece al reino de los lugares comunes"⁴⁹. En efecto, la juridificación tiene su origen y presupone la intervención del Estado, pero la obligación primaria del Estado no debe ser la de absoluta neutralidad. Es más, la absoluta neutralidad del Estado, "sin tomar en consideración si lo que está en juego son las expectativas empresariales o las reivindicaciones de los trabajadores", la desregulación, en definitiva, "como vuelta al mercado no hace ascos, sin embargo, a una intervención estatal, aunque esta vez en apoyo de la autonomía individual; una intervención estatal que tienda así a reducir el apoyo estatal a la autonomía colectiva"⁵⁰.

Sin embargo, parece percibirse en Europa una tendencia a trastocar las grandes dimensiones sobre las que históricamente se habían construido aquellas legislaciones sociales en las distintas realidades nacionales, como disciplinas encargadas de regular el gobierno del conflicto industrial, surgido de

⁴⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, cit., pp. 36-37. Más adelante, como consecuencia de un nuevo planteamiento GONZÁLEZ-POSADA afirma que hay una "drástica superación del Estado liberal no intervencionista -paradójicamente desaparecido- a través del intervencionismo absoluto", ibidem, p. 53.

⁴⁹ Y pertenece a su razón histórica. "La mediación del Estado en las relaciones de intercambio de trabajo subordinado por salario se ha manifestado a través de la más clásica política legislativa"; véase, VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El sistema español de relaciones laborales: una aproximación", *Relaciones Laborales*, I tomo, 1996, p. 124-131.

⁵⁰ "Ni la intervención del Estado necesariamente supone esa juridificación, ni tal juridificación se traduce tampoco en una necesaria "rigidez" o falta de flexibilidad", RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Flexibilidad, juridificación...", cit., pp. 28 y 29.

las relaciones de producción⁵¹. Asistimos, por tanto, a un progresivo repliegue de la mediación del Estado en el campo de las relaciones laborales, que coincide con la crisis de la versión más fuerte de la concertación social que, al mismo tiempo, se acompaña por "la crisis de la función más clásica y típica de la ley laboral de uniformar y generalizar condiciones de trabajo, a la que, incluso, se asocia otra de mayor calado: la de la propia ley como expresión de la intervención del Estado en el mercado de trabajo con fines de defensa de la parte contractual más débil"⁵². Decir en este momento que alterar el modelo de relaciones laborales o el contenido de los intercambios contractuales, exige proponer como método menos costoso la obtención de consensos sobre la dirección de las reformas, es presupuesto que está en la propia naturaleza de las cosas⁵³. Sin duda, la concertación social es una "muestra acabada de neocorporativismo y del auténtico diálogo social", pero este "foro permanente de encuentro" a tres bandas entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales representativas (o más representativas, según los casos), o entre el Gobierno y uno de los dos interlocutores sociales, permite satisfacer al Estado, al menos, un triple objetivo: 1) Que la economía y el mercado de trabajo evolucionen en un determinado sentido o avancen en una concreta dirección. 2) Garantizar un grado aceptable de paz social. 3) Proporcionar legitimidad pública externa a las decisiones políticas que subsigan durante su proceso de ejecución, lo cual llamaría a su celebración sobre todo en épocas de crisis (aunque desde luego, según muestra la situación actual, "parece que ocurra justo lo contrario, justificando la recuperación de la unilateralidad como solución preferente")⁵⁴.

⁵¹ CASAS BAAMONDE, M. E.: "La individualización de las relaciones laborales", *Relaciones Laborales*, II tomo, 1991, p. 403.

⁵² VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Legislación negociada y concertación social: una aproximación", *Relaciones Laborales*, nº 2, 1997, p. 9.

⁵³ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "La reforma del sistema de relaciones laborales...", cit., p. 412.

⁵⁴ Véase, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva", en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 21. Los acuerdos derivados de esta macroconcertación –programáticos o vinculantes- son el producto de un intercambio político, de un cierto canje de papeles, un desplazamiento del lugar donde en principio se ha de alcanzar el consenso sobre el bien común, lo cual "no habría de suponer una sustitución de la democracia parlamentaria, "sino su amplitud a través de quienes también aspiran a representar –por la vis expansiva de su mandato original- el interés de todos", ibidem, p. 21.

Ninguna rama del derecho está expuesta a las evoluciones del ciclo económico y social como el DTSS, y ninguna normativa está sujeta a las fluctuaciones de las relaciones de poder entre las varias clases sociales, como ocurre a esta normativa. El DTSS, vigente en un cierto período histórico, es la resultante de factores complejos, de orden institucional, económico, político y social, los cuales combinándose recíprocamente definen un determinado equilibrio regulador de las condiciones de empleo⁵⁵. En torno a la configuración del DTSS, hay bastante acuerdo en que (los factores) que más han influido en su emergencia, en su formación y en su desarrollo son seguramente los factores tecnológicos, los económicos, los políticos, los sociales y los demográficos⁵⁶. El DTSS surgió por razón y por necesidad, apoyado en unos fundamentos sociales, económicos y jurídicos. Para que tuviera vida en sí, pronto se abrió un largo proceso de conformación normativa en Europa a lo largo de los siglos XIX y XX⁵⁷.

En el DTSS el ordenamiento adquiere una función que lleva al reconocimiento de la sustancial desigualdad material entre los sujetos de la relación individual de trabajo y, por tanto, le atribuye una decidida función compensadora de esas desigualdades. Así lo hizo notar la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero, que define al ordenamiento laboral como compensador "de una desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición, en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia y subordinación de uno respecto de otro" (F.J. 3º); "consecuentemente, la autonomía individual de la voluntad queda sustituida en buena parte por la normativa estatal y por la negociación colectiva, que se imponen como contenido necesario al contrato de trabajo, funcionando como garantía de

⁵⁵ FERRARO, G.: "Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela", Cedam, Padua, 1981, p. 2.

⁵⁶ Véase el breve desarrollo que de estos factores hace MARTÍN VALVERDE, A.: "Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea", cit., pp. 412-413.

⁵⁷ Este proceso es expuesto por GONZÁLEZ-POSADA, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Capítulo I, cit., concretamente en las pp. 35 a 43.

igualdad”⁵⁸. “Son muchas las sentencias en las que este Tribunal se pronuncia sobre el carácter *tuitivo y compensador* del Derecho del Trabajo y sobre su función, por ende, de tutela del trabajo, erigiéndose ese sector del ordenamiento, desde el propio texto constitucional, en un ordenamiento esencialmente juridificado, *limitador de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes*, en especial, de la autonomía negocial del empresario y de sus poderes de organización y dirección”⁵⁹.

Aquí la labor del jurista no es baladí porque en el continente europeo el trabajo científico está confiado sobre el Derecho de la doctrina, sustancialmente a los profesores universitarios, “es un Derecho de profesores y el jurista-maestro es su verdadero protagonista” (ALONSO OLEA), “a diferencia de los países de *common law* en los que la elaboración del Derecho está fundamentalmente confiada al juez, que es el prototipo del jurista en correspondencia con el muy elevado rango normativo de la jurisprudencia”⁶⁰. En esta línea argumental, la función del jurista laboralista no puede dejar de valorar las reglas jurídicas en relación con los ideales de igualdad material existentes en la sociedad. El oficio del jurista no se identifica con el técnico imparcial cuya máxima aspiración es lograr la más acabada construcción lógica. La fragilidad de esta imagen ya fue puesta de manifiesto por BORRAJO DACRUZ al manifestar que “en los Derechos que regulan sectores sociales vividos, sometidos a la acción de fuerzas y de 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 su afán de neutralismo a revisar

⁵⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: “Poder de dirección y crisis económica”, cit. p. 570.

⁵⁹ Entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril; 26/1981, de 17 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 142/1993, de 22 de abril, y 125/1995, de 24 de julio. Véase el Voto particular de F. VALDÉS DAL-RÉ a la STC de 16 de julio de 2014.

⁶⁰ “Las decisiones de los Tribunales constitucionales europeos-continentales no acostumbran a exteriorizar el Derecho elaborado por los juristas, lo que sí hace, en cambio y con profusión notabilísima, la Corte Suprema Norteamericana”. Así, “las decisiones del Tribunal Constitucional español... tampoco buscan fundamentar su argumentación con la ayuda de la cita nominal de doctrina científica, ni de autores de alta autoridad”. CASAS BAAMONDE, M.^a E.: “Prólogo” a ARUFE VARELA, A., *ci.t*, pp. 17-18. El propio ARUFE VARELA destaca que, como laboralista, las citas que más le han impactado son las que la Corte Suprema de los Estados Unidos efectúa de autoridades, siempre vivas en su momento, específicas en materia de Derecho de Seguridad Social”, por ejemplo, de manuales, de artículos en revistas jurídicas generalistas o especializadas, por ejemplo, de un artículo de Lord William BEVERIDGE, pp. 41-42.

el criterio político que inspira y decide la fundamentación ideológica y la formulación técnica de dicha norma. "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"⁶¹. El DTSS está sometido a fortísimas presiones ideológicas, así como a los cambios que se producen -o que se cree que se producen- en la estructura económica y social de cada momento histórico⁶².

En el ordenamiento jurídico-laboral se precisa –seguramente con mayor intensidad y claridad que en ninguna otra rama del Derecho- la necesidad de utilizar métodos globalizados. Frente a una consideración sacralizadora de la norma, el operador jurídico-laboral debe poner el acento en la relevancia de los aspectos sociales, económicos, tecnológicos y organizativos presentes en las relaciones laborales que conforman DTSS. Sin duda, "los sistemas de relaciones laborales reflejan, al igual que otras instituciones sociales, la estructura socio-económica en la que se han desarrollado y en cuyo interior sirven, o deben servir, para gobernar las relaciones laborales"⁶³.

Los riesgos que acechan a un planteamiento exagerado de la anterior constatación pueden conducir a la configuración del DTSS como un simple repertorio de medidas técnicas sin otra finalidad que plasmar día a día soluciones que, por ejemplo, desde el campo económico se estiman más adecuadas. La subordinación del DTSS a la economía no hace justicia ni al papel real ni a las potencialidades que encierra, encubriendo esa configuración a veces un pragmatismo interesado o la intención de descabezear la línea más progresiva que el DTSS ha cumplido históricamente. Una cosa es rechazar un pretendido aislamiento del Derecho laboral y reconocer su carácter accesorio en relación a la transformación y al progreso social, admitiendo la "influencia marginal del Derecho en el bienestar de las personas", tal y como expresara

⁶¹ Cfr., BORRAJO DACRUZ, E.: "Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", en el prólogo a la traducción española de *Nociones de Derecho del Trabajo*, IEP, Madrid, 1963, p. XI.

⁶² BORRAJO DACRUZ, E.: "¿La ignorancia de la Ley laboral excusa de su cumplimiento?", cit., p. 577.

⁶³ TREU, T., "Relaciones laborales ¿declinar inevitable?", *Relaciones Laborales*, I tomo, 1985, p. 155

KHAN FREUND⁶⁴, y otra bien distinta, negarle toda capacidad de progreso, evidente no sólo en lo que respecta al ordenamiento laboral de origen convencional, sino también en el de origen estatal. Contemplando la intervención legislativa del Estado y drenándola de las habituales connotaciones tuitivas que la misma encubre, no hay duda de que los contenidos materiales de la acción estatal han incorporado al trabajo una serie de valores e intereses en una dirección que, sin ser rectilínea, ha velado por la dignidad y libertad de los trabajadores en la vida de la relación laboral y ha favorecido y estimulado la libre organización de las expresiones colectivas de los mismos⁶⁵.

El primer trabajo que tiene por delante el jurista cuando se enfrenta al tema elegido es abordarlo en toda su amplitud. A continuación, la tarea consiste en decidir que parte de su contenido desea pulir para considerar decididamente aquello que le atrajo de forma especial cuando se acercó a esa parcela regulada por el ordenamiento. Sin olvidar una consideración de conjunto, lo específico se convierte en el verdadero eje y elemento fundamental de la investigación.

El método consiste en la confrontación de lo general y lo particular, debe plantearse en plural, como cuestión de investigación, interpretación y aplicación del Derecho. En su conjunto, el método jurídico no es sino la aplicación del concepto general de método al ámbito concreto del Derecho⁶⁶. La función metodológica consiste en delimitar el objeto, investigar sobre ello y racionalizarlo para hacerlo comprensible. Asimismo, este conocimiento debe traducirse y transmitirse a modo de conclusiones. El análisis y labor hermenéutica del objeto de cualquier investigación tiene por finalidad desnudar la institución jurídica para ir recreándola paso a paso. La metodología jurídica es principalmente autorreflexión, que expresa una técnica indisolublemente unida a la concepción que se tenga sobre el Derecho, así como a la función

⁶⁴ Cfr., KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, Madrid, MTySS, 1987, p. 46.

⁶⁵ Cfr., VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Ideologías pluralista y relaciones laborales*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, p. 119.

⁶⁶ El método jurídico se define como "la teoría del uso de las leyes lógicas en diversos dominios del saber", BOCHENSKI, I. M.: *Los métodos actuales del pensamiento*, Rialp, Pamplona, 1957, p. 28.

atribuible al jurista⁶⁷. Para ello se ha de partir de la norma positiva, teniendo en cuenta la labor jurisprudencial y sin dejar de lado la obligada referencia a los antecedentes y a la realidad social. Conforme reza en el art. 3º.1 del Código Civil: "Las normas se interpretarán 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 aquéllas"; por consiguiente, también hay que buscar la adaptación de la norma jurídica a la realidad social.

El interés por el procedimiento para adquirir el conocimiento del derecho supone transitar desde el concepto hasta la práctica social. El derecho no surge *ex nihilo* de la mente del jurista, sino que "en parte es dado y en parte es elaborado, el derecho en parte se hace y en parte se descubre"; sobre todo, en el DTSS la realidad social es una referencia imprescindible y, desde luego, parece más cierto que en él, el derecho reproduce o refleja "las formas principales de solidaridad social". El Derecho no surge simplemente de "la intención y el cálculo del legislador que es más lo que encuentran que lo que crean" (IHERING), sino que es la constatación de hechos singulares, de expectativas sociales, fundadas en algo más que en la mera repetición de ocurrencias. Siguiendo estas máximas, si el atenimiento a la realidad social no trasciende de ésta, nos hallamos ante una forma larvada de positivismo jurídico, que a la postre no consiste sino "en derivar de factores exclusivamente reales la validez del ordenamiento" (ROUSSEAU)⁶⁸.

Las razones metajurídicas o, cuando menos, no puramente jurídicas, acaban siendo las causas últimas de la diferenciación en zonas del ordenamiento jurídico, "en el sentido de que no encuentran toda su razón de ser en el Derecho mismo; lo que hay en el fondo son procesos sociales de diferenciación y de individualización que van creando categorías especiales de sujetos, de objetos y de relaciones"⁶⁹. El devenir de los acontecimientos hizo que se constatara una realidad social (cuestión social) que fue presionando el surgimiento del DTSS.

⁶⁷ Cfr., LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 236.

⁶⁸ Véase, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 5^a ed., 1994, pp. 9-11.

⁶⁹ Ibídem, pp. 7 y 53 y ss.

El sujeto investigador tiene como función la búsqueda e interpretación de las normas, así como el análisis de la realidad social sujeta a esas normas. Esta posición depende de su ubicación frente al sistema jurídico, a la sociedad y a la concepción del Derecho. Si el jurista opta por situarse ante el Derecho como un sistema abierto, como un cuerpo de normas en continua transformación -al igual que la propia sociedad-, sin demarcaciones tajantes entre fuentes formales y materiales, su función es la de colaborador con el legislador y el juez en la creación, interpretación y aplicación del Derecho. En este caso se opta por una comprensión del Derecho vinculado al sistema social y no autónomo del mismo, frente a la opción cerrada, que entiende el Derecho como un sistema inmutable y autónomo de la realidad social.

La diversa valoración del fenómeno jurídico, así como la función del jurista y las técnicas que éste debe utilizar, traducen el panorama metodológico dominado fundamentalmente por dos grandes corrientes de aproximación al conocimiento del Derecho: el positivismo formalista y el realismo antiformalista⁷⁰. La concepción normativista del Derecho, mitificadora de la regla escrita de origen estatal, asigna al jurista la misión de ser "*secretario del principio*" o consejero de los conflictos de los ciudadanos, tesis que fecunda el positivismo formalista y postula un método en el que prima el análisis lógico-formal o silogístico-deductivo. La concepción realista del Derecho -el Derecho como "*experiencia vivida*", según feliz expresión de DÍEZ PICAZO⁷¹- y la atribución al jurista también de funciones normológicas y de verificación, le implica de manera que, además de la norma jurídica, tenga en cuenta intereses, fines y valores, que propician un método empírico e inductivo.

La necesidad de abrirse a la realidad social nace del contenido de la propia reflexión jurídica; es decir, del examen del Derecho surgido en una concreta circunstancia social y económica. El Derecho, además de un conjunto de reglas o mandatos, debe ser contemplado como un sistema de valores que pretende la composición de los intereses en conflicto. El método para su conocimiento no puede prescindir de la observación, constatación y comparación de los

⁷⁰ Cfr., SALA FRANCO, T.: "El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo", en *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Universidad de Zaragoza, 1977, p. 43.

⁷¹ Cfr., DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, pp. 12 y ss.

hechos, a fin de captar su penetración en la norma. No se trata de proclamar fórmulas de sociologismo jurídico, sino de someter el conocimiento del Derecho también a la dimensión de los hechos; de tener en cuenta el sustrato y los efectos sociales de la norma⁷². La apertura del Derecho a la realidad social no niega el normativismo, entendido como específica dimensión del ser, ni aparta el legalismo, sólo pretende incorporar al proceso cognoscitivo de lo que es el Derecho otros materiales distintos de la norma legal (doctrina jurídica, usos y moral del tráfico, usos convencionales, etc.) apreciados desde la dimensión de la realidad social⁷³.

El DTSS no puede aprehenderse en toda su compleja y rica variedad sin tener en cuenta la influencia ejercida sobre la norma por el contexto social en el que se mueven los individuos y los grupos sociales. Resulta imposible entender cualquiera de las instituciones básicas del DTSS -su régimen jurídico y su función- sin ponderar la incidencia que sobre las mismas ejercieron las condiciones sociales y económicas de los sujetos, individuales y colectivos, que componen el sustrato personal de esta parcela de la ciencia jurídica. Esa influencia de la realidad social en la experiencia jurídico-laboral es claramente visible en cualquier época. Los criterios de regulación del sistema normativo son imposibles de interpretar desatendiendo la realidad social en la que emergen. El jurista no puede detener su análisis en el dato formal sin mutilar de una manera grave una parte de la experiencia jurídico-laboral.

Las intuitivas pautas metodológicas abiertas por los fundadores del Derecho del Trabajo en Alemania (SINZHEIMER, GALIZIA o KAHN FREUND), han venido postulando desde los años intermedios de la década de los sesenta del siglo pasado la apertura del Derecho hacia la realidad social, con el consiguiente efecto de entender como ordenamiento de cada institución la totalidad de los materiales normativos que, al margen de su fuente, la regulan⁷⁴. Pero tal hecho no ha de significar la instrumentación ideológica de la realidad, pues la función del jurista va más allá de la lucha política en su

⁷² Siendo clara la diferenciación que debe existir entre la función del jurista y la del sociólogo; véase, BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 234 y ss.

⁷³ Véase, LOMBARDI, L.: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffré, Milán, 1967, pp. 258 y ss.

⁷⁴ Sobre los aspectos característicos de esta corriente, véase el clásico estudio de TARELLO, G.: *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Di Comunità, Milán, 2^a ed., pp. 87 y ss.

elaboración de fórmulas jurídicas que pretendan la composición de los conflictos interclases. La labor de investigación no puede desconocer la relación de instrumentalidad entre la norma y el conflicto obrero -como fenómeno social- que históricamente ha acompañado al DTSS. La incorporación del dato social en el conocimiento del Derecho no significa renunciar a fórmulas jurídicas tendentes a "racionalizar" el conflicto social que anida en la realidad normada.

En la selección de artículos se ha partido del carácter poliédrico de la realidad social, se ha considerado el contexto histórico en el que esa realidad emerge y se juridifica o la sensibilidad de la norma laboral a las variaciones sociales y económicas de la realidad normada (el ordenamiento laboral aparece como un "barómetro" social). Todas ellas son razones que por sí solas ya justifican la exclusión de soluciones metodológicamente lineales y aconsejan un pluralismo metodológico⁷⁵. No se trata con ello de resolver por los fáciles furos del eclecticismo la fundamental cuestión de cómo acceder al conocimiento del Derecho en general y del DTSS en particular, sino de conjugar lo lógico y lo sistemático con lo analítico y lo fenomenológico.

⁷⁵ DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1974, pp. 130. Se rebasa la descripción formal de los fenómenos jurídicos; véase, CAPELLA, J. R.: "El Derecho y la reflexión sobre el Derecho", en *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976, p. 137. El análisis ha de ampliarse igualmente al estudio de los factores reales de la formación del Derecho; véase, HENKEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 680.

III. CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

La relación ordenada de publicaciones que aporto se divide en dos bloques temáticos directamente vinculados al título de la tesis: transformaciones y transgresiones en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social. Por otra parte, los artículos publicados –dado que no pueden sufrir la más mínima alteración- están totalmente cerrados -como exige la norma-, y se organizan en cinco apartados para justificar su unidad temática y la variada línea investigadora. Esto ha exigido que se incorporen en anexos. El índice general toma las siguientes referencias: los protagonistas individuales y colectivos de la relación laboral, la negociación del conflicto de trabajo y algunas reformas en el régimen jurídico de la acción protectora de la Seguridad Social.

- I. El reconocimiento del Derecho del Trabajo en la figura del trabajador.
- II. Las primeras dificultades en la identificación del empleador: los grupos de empresas.
- III. Los interlocutores sociales europeos y el ordenamiento comunitario (I, II y III).
- IV. La negociación del conflicto laboral (I y II).
- V. Régimen jurídico del sistema de la acción protectora de la Seguridad Social: la integración de regímenes especiales y las reformas en algunas contingencias (I y II).

CATÁLOGO DE PUBLICACIONES

Transformaciones y transgresiones en los Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social

Bloque temático primero: Transformaciones y transgresiones en el Derecho del Trabajo

I. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO

EN LA FIGURA DEL TRABAJADOR.....ANEXO I

“¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?”

Relaciones Laborales, La Ley, nº 2, 1998, pp. 7 a 40.

ISSN: 0213-0556.

II. LAS PRIMERAS DIFICULTADES EN LA IDENTIFICACIÓN

DEL EMPLEADOR: LOS GRUPOS DE EMPRESASANEXO II

“El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”

Revista: Relaciones Laborales, La Ley, nº 2, 1995, pp. 92 a 107.

ISSN: 0213-0556.

III. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y

EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (I).....ANEXO III

“El modelo dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario”

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, nº 41, 2015.

ISSN: 0213-0556.

IV. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y

EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (II)

“The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations” ANEXO IV

Towards a European Model of Industrial Relations? (director BIAGI, M.)

Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp. 225-236.

ISBN: 90-411-16532.

Versión en castellano: “La posición preferente de los interlocutores sociales en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario” ANEXO V
 Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, UVa – Lex Nova, nº 2, 2002, pp. 111-131.
 ISSN: 1576-2904.

V. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (III)
“The inclusion of the European Collective Agreement as one of the sources of Community Social Law” ANEXO VI
Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration
(editor BLANPAIN, R.)
 Kluwer Law International, Great Britain, 2003, pp. 381-390.
 ISBN: 90-411-2010-6.

Versión en castellano: “La inserción del convenio colectivo europeo entre las fuentes del Derecho Social Comunitario” ANEXO VII
 Información Laboral, Lex Nova, nº 23, 2002, pp. 5-16.
 ISSN: 0214-6045.

VI. LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL (I).....ANEXO VIII
“La consideración conjunta de la negociación del conflicto de trabajo”
 Derecho de las Relaciones Laborales, Fancis Lefebvre, nº. 3, 2015.
 ISSN: 2387-1113.

VII. LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL (II) ANEXO IX
“Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor”
 Nueva Revista de Información Laboral, Lex Nova, nº 7, 2015.
 ISSN: 0214-6045.

Bloque temático segundo: Transformaciones y transgresiones en el Derecho de la Seguridad Social

VIII. INTEGRACIÓN DE REGÍMENES ESPECIALES: LA DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO..... ANEXO X

“Las insuficientes razones para mantener un régimen especial de Seguridad Social para el medio rural”

Revista de Información Laboral, Lex Nova, nº 4, 2009, pp. 2 a 11.

ISSN: 0214-6045.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: REFORMAS EN ALGUNAS CONTINGENCIAS (I) ANEXO XI

“La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”

Relaciones Laborales, La Ley, nº 4, 1996, pp. 31 a 65.

ISSN: 0213-0556.

X. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: REFORMAS EN ALGUNAS CONTINGENCIAS (II)..... ANEXO XII

“Principios versus factores: algunas reflexiones sobre las pensiones en España”

Revista de Información Laboral, Lex Nova, nº 7, 2013, pp. 5 a 22.

ISSN: 0214-6045.

IV. RESULTADOS OBTENIDOS

Lo dicho hasta aquí justifica la selección del primero de los trabajos originales de investigación que inician la unidad temática de esta tesis, que se presenta por el candidato como compendio de al menos tres artículos en revistas científicas con factor de impacto, según lo dispuesto en el art. 3 de la *Resolución de 3 de diciembre de 2012, del Rector de la Universidad de Valladolid, por la que se acuerda la publicación de la normativa para la presentación y defensa de la tesis doctoral en la Universidad de Valladolid*, BOCYL, 19 de diciembre de 2012.

“¿Transformación o transgresión en el Derecho del Trabajo?”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Editorial La Ley – Wolters Kluwer, nº 2, 1998, pp. 7 a 40. ISSN 0213-0556⁷⁶.

Se trata de una aportación original sobre la evolución histórica y consolidación del DTSS, desde la pacificación social que supuso su nacimiento hasta la actual situación de crisis en la que se encuentra. En el artículo se aportan nuevas perspectivas en el pensamiento jurídico-laboral, por la necesidad de adecuarse a los nuevos modos de producción y de seguir identificándose desde la persona del trabajador. Ha sido citado en varias ocasiones, a destacar: ORTIZ LALLANA, C: “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, en la revista especializada *Actualidad Laboral*, Editorial La Ley-Wolters Kluwer, nº 42, 1999, ISSN: 0213-7097; FERNÁNDEZ-COSTALES

⁷⁶ Es un artículo publicado en la revista científica de reconocido prestigio en el ámbito de Ciencias Jurídicas: *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. **En el índice de impacto –último INRECJ/2010- del conjunto de revistas españolas especializadas, está situada en el Cuartil 1º, Posición 1.** El año de comienzo de la revista es 1984 y tenía periodicidad quincenal. Área temática: Ciencias Jurídicas. Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comité evaluador de admisión externo (evaluadores externos) y con apertura exterior de los autores. Los criterios Latindex cumplidos son 30.

También se encuentra en la clasificación CIRC, donde se indica que cumple los criterios B1, B2 (indexada en DICE) y C3 (indexada y presente en el Catálogo Latindex). Asimismo, se recoge en el Catálogo de Dialnet, MIAR y CARHUS. La revista *Relaciones laborales* pertenecía a la *International Association of Labour Law Journals*, que –entre otros- tiene como objetivo fomentar la investigación y la erudición en el campo del Derecho Laboral y el empleo. Esta Asociación promociona las relaciones entre los editores de revistas de Derecho laboral, lo que ha permitido a *Relaciones Laborales* alcanzar acuerdos de colaboración orgánica con otras revistas en el ámbito internacional.

MUÑIZ, J.: "Precariedad en el empleo como causa de la deslaboralización de la relación de trabajo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Editorial Lex Nova, nº 5, 2005, ISSN: 1576-2904; ESCUDERO PRIETO, A. (2009): *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva*, Ed. REUS, SA, Madrid; LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Pluralización empresarial y superación del carácter bilateral de la relación laboral", *Actualidad Laboral*, Sección Estudios, Editorial La Ley-Wolters Kluwer, nº 12, 2014, ISSN: 0213-7097.

El DTSS se ve obligado a evolucionar por causas distintas a las que le vieron nacer y justificaron su surgimiento, las líneas de tendencia ya no están únicamente en los movimientos sociales ni en el conflicto social. El DTSS debe dejar de ser un derecho de la crisis, de la emergencia o de la excepcionalidad, y olvidar la provisionalidad de la situación ante el evidente asentamiento de los nuevos modos de producir⁷⁷. De cualquier forma, "el debate interpretativo debe llenarse con la primacía de los derechos fundamentales; defendiendo, si se prefiere, que los poderes de dirección y control de la actividad laboral no limitan los derechos fundamentales, sino que resultan delimitados por estos"⁷⁸.

Y el primer destinatario obligado al respeto y cumplimiento del derecho al trabajo reconocido en el texto constitucional es el poder público, pero complementariamente también los poderes privados, y es precisamente el empleador –junto a otros sujetos privados- sustancialmente quien puede otorgar efectividad al derecho del trabajo⁷⁹. La justificación de esta línea conductora nos lleva al segundo ensayo publicado y reside en el hecho de que desde sus orígenes el DTSS ha tenido que enfrentarse a un problema: "tratar de evitar las tendencias elusivas de la parte empresarial, y no sólo de ella, dirigidas a escapar de la aplicación de su normativa"; así, la búsqueda del verdadero empleador es una cuestión esencial del DTSS y muchas veces el intento de incumplimiento de la normativa laboral está en la elusión de la

⁷⁷ Los cambios en los medios y técnicas de producción, y su fuerte impacto sobre el sistema productivo y el sistema de necesidades, están marcando los pasos del Derecho del Trabajo. "El factor económico ha pasado así al primer plano de la escena", MARTÍN VALVERDE, A.: "Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 77, 1996, p. 416.

⁷⁸ SANTIAGO REDONDO, K.: "Derechos inespecíficos y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 256.

⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, J: "El derecho al trabajo en la Constitución española", cit., pp. 422-424.

condición de empleador directo de los trabajadores, lo que ha favorecido el incremento de la descentralización productiva y el surgimiento de nuevas figuras de empleo, como el teletrabajo. Efectivamente la construcción laboral de los grupos de empresas o sociedades es básicamente jurisprudencial y el Tribunal Supremo ha dictado un considerable número de sentencias relativas a los grupos, principalmente relacionadas con los despidos económicos y la determinación de responsabilidades. Los criterios más utilizados para demostrar su existencia han sido la confusión de plantillas y la unidad de caja o confusión de patrimonio, sin olvidar la existencia de una única empresa en el ámbito de organización y dirección o la apariencia externa de unidad. En definitiva, cuando hay presencia de algunos de estos indicios y se puede probar la existencia del grupo, los Tribunales Laborales pueden declarar que hay una sola empresa y, con ello, la corresponsabilidad solidaria. Por último indicar que, en el Anteproyecto de Código Mercantil, además de la dirección unitaria y la apariencia externa unitaria, se incluían en su art. 42 dos sólidos indicios más que daban lugar a una responsabilidad subsidiaria (“responsabilidad por apariencia”): la denominación o anagrama y la documentación o publicidad.

Sin duda, “el Derecho del Trabajo ha de enfrentarse con esos cambios profundos en las formas de empleo y de organización productiva”⁸⁰. Y son distintos los conceptos de empresa y centro de trabajo, si bien, el término “centro de trabajo” puede sustituirse por el de “empresa”, sólo cuando este último pueda considerarse favorable a los trabajadores, “si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores”⁸¹.

⁸⁰ Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 1992, pp. 85-95. También, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1999, p. 90.

⁸¹ Así, sería incompatible con la Directiva 98/59, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros que se refiere a los despidos colectivos, “la normativa, como la española, que introduce como unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, en la medida que dicho criterio obstaculice la aplicación del procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva”. De cualquier modo, el Tribunal de Justicia ha reconocido –en principio- la compatibilidad con la Directiva del sistema español de despidos colectivos por su “carácter más favorable para los trabajadores”. Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2015, pp. 105-115.

Como digo, esta preocupación por la identificación del empleador me ha llevado al ensayo que aporto a continuación, donde se defiende que la doctrina del «levantamiento del velo» debe aplicarse, excepcionalmente, cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva; en este caso el juez puede descartar la persona jurídica para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, desbaratar las múltiples personalidades jurídicas de cada uno de los miembros componentes. El abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se usa para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos o, en general, para defraudar.

“El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Editorial La Ley – Wolters Kluwer, nº 15-16, 1995, pp. 92 a 107. ISSN: 0213-0556.

Este trabajo es la culminación del Curso de Doctorado: *Organización jurídica de la empresa*, impartido en la Universidad de Valladolid (1993-95). La docencia sobre los aspectos jurídico-laborales de los grupos de empresa corrió a cargo del Profesor Doctor Jesús Cruz Villalón. Fue seleccionado para su publicación por su carácter innovador, ya que analiza la emergencia de una nueva realidad organizativa mercantil como son los grupos de empresas, basándose en el análisis de la jurisprudencia y, en particular, en una decisión del Tribunal Supremo. Es un comentario especialmente relevante para el entendimiento de este fenómeno y su posterior aplicación en el ámbito del DTSS. El artículo ha sido citado en varias ocasiones, a destacar: DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Líneas generales de los problemas de los grupos de sociedades en el Derecho Laboral”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, 2002, ISSN: 1576-2904. Es la cita a pie nº 22 de la página 32, donde se hace referencia a los criterios para declarar la responsabilidad solidaria. Más recientemente, YSÀS MOLINERO, H.: “Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa: comparación de sus rasgos principales en España y Francia”, *Revista Justicia Laboral*, nº 51, 2012, ISSN: 1576-169X. Es la cita 30 de la página 75, donde se mencionan los modelos básicos de grupos de empresa, como una realidad cada vez más frecuente en la globalización. En

este último trabajo se recuerda que el criterio jurisprudencial continúa delimitando al grupo de empresas, al no existir –o ser muy puctual- una intervención legislativa sobre su definición que ayude a identificarlo con claridad.

El hilo conductor de los artículos presentados en esta primera parte gira en torno a los protagonistas de las relaciones laborales, lo que también exige analizar la identidad de los representantes de trabajadores y empresarios, porque los agentes sociales gozan de una posición preferente en la creación y aplicación del Derecho Social. El tercer estudio se refiere a los sujetos colectivos y se ha centrado en los agentes o interlocutores sociales europeos. La negociación colectiva es un fenómeno vital y las relaciones industriales están cada vez más “europeizadas”, si bien los diferentes sistemas nacionales todavía conservan sus propios rasgos⁸². La autonomía colectiva y su máxima expresión, la negociación colectiva, están amenazadas ante los problemas de autonomía de los interlocutores sociales, de los convenios colectivos y del DTSS en general. Quizás por eso, el profesor BIAGI sintió la necesidad ineludible de preguntarse si en la Unión Europea se caminaba hacia un modelo europeo de relaciones laborales (“*Towards a European Model of Industrial Relations?*”). La salvaguardia, el respeto y el reconocimiento expreso de la variedad de los modelos nacionales de relaciones laborales ofrecen simultáneamente las bases y los límites del proceso de construcción del ordenamiento social comunitario⁸³. El auténtico poder en el sistema de negociación colectiva recae en las organizaciones que son parte en los convenios colectivos. A nivel europeo, el legislador debiera poner la máxima atención en evitar medidas legislativas que directa o indirectamente obstruyan la negociación colectiva en el ámbito nacional. La tarea de los profesionales especializados en Derecho laboral de toda Europa debe consistir en desarrollar una estrategia que refuerce y fortalezca la autonomía medular de

⁸² BIAGI, M.: “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, 2001, Kluwer Law International, The Hague, pp. 3-14.

⁸³ “Informe de propuesta sobre un posible sistema voluntario de conciliación, mediación y arbitraje europeo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 453-475.

los convenios colectivos y que garantice un equilibrio funcional entre la toma de decisiones en los distintos ámbitos⁸⁴.

El primer problema para crear las bases de un sistema de relaciones laborales reside en el hecho de que la Unión Europea no tiene poder legislativo respecto de la negociación colectiva, y la consecuencia es que las estructuras de la negociación no forman parte del acervo comunitario. La regulación de los derechos de asociación y sindicación, como se hace en los derechos nacionales, es una necesidad indispensable y urgente⁸⁵. Toda la problemática que se genera por la ausencia en el ordenamiento comunitario de una definición de la representatividad de los actores sociales se proyecta de forma inmediata sobre la incipiente negociación colectiva europea, a cuyos efectos para desempeñar las funciones de la contratación colectiva en sentido estricto deben existir unos criterios legales comparativos de medición previamente delimitados y, ausentes estos, el mutuo reconocimiento de las partes sociales - como criterio de legitimación- viene siendo utilizado como fórmula para salvar el vacío legal⁸⁶. No obstante, en muchas ocasiones, aunque existan los presupuestos legales, las organizaciones de representación de intereses profesionales han venido utilizando de manera relajada y elástica los mismos, sustituyendo a veces las reglas de legitimación por el más cómodo expediente del mutuo reconocimiento como interlocutores, pero, al tiempo, la técnica mencionada conlleva la lógica consecuencia de que el resultado positivo fruto de la negociación adquiere la eficacia propia de los sistemas contractuales privatistas⁸⁷.

A pesar de la falta de regulación de los agentes sociales europeos representativos, precisamente porque en el nivel comunitario no se regula la

⁸⁴ BRUUN, N.: «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 1-48.

⁸⁵ WEISS, M.: "Perspectives for European Labour Law and Industrial Relations", en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

⁸⁶ Véase en DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; y SASTRE IBARRECHE, R.: "Algunas claves para un sindicalismo también mundializado", *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, pp. 67-96.

⁸⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 311.

representatividad, puede deducirse que en el apartado primero del artículo 155 TFUE se encuentra el apoyo legal para la creación de un espacio europeo de contratación colectiva y, con ello, el estricto reconocimiento del derecho a la negociación colectiva europea y a alcanzar acuerdos o convenios colectivos europeos⁸⁸. Nada impide que gracias a los principios de la suficiente representatividad y del reconocimiento mutuo se puedan negociar acuerdos colectivos comunitarios sin más intervención que la de los interlocutores sociales europeos. La naturaleza y eficacia de los convenios europeos dependerán de la fuerza para obligar a sus miembros de las organizaciones firmantes y de la aceptación por los Estados de la Unión Europea de dichos acuerdos como si fueran convenios colectivos internos. Esto se justifica sobre la base de una delegación de poderes desde las organizaciones sociales nacionales afiliadas a las confederaciones europeas a las que pertenecen⁸⁹. En definitiva, los acuerdos o convenios europeos poseen la naturaleza de meros contratos o pactos privados suscritos entre sujetos representativos, a los cuales se reconoce únicamente aptitud para asumir efectos cogentes por la vía de su recepción por los convenios colectivos nacionales o a través de las normas comunitarias⁹⁰. Todas estas reflexiones se pueden leer en el tercero de los artículos aceptado recientemente para su publicación en la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

“El modelo dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 41, 2015, Editorial Iustel. ISSN: 0213-0556.

En el ensayo se analizan los desajustes de los dos procedimientos de negociación que tienen lugar en el escenario de la Unión Europea: el diálogo social y la negociación colectiva propiamente dicha. El problema surge porque, como se ha dicho anteriormente, los derechos de asociación y sindicación se han dejado fuera de las competencias comunitarias, a diferencia de lo que

⁸⁸ DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, cit., p. 153.

⁸⁹ TREU, T.: “The European Social Dimension: Problems and Perspectives”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 90. Véase también, BOGONI, M.: *El espacio europeo para la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 139-145.

⁹⁰ Véase, SANGUINETI RAYMOND, W.: “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, *Carta Laboral*, nº 35, 2000.

sucede en la mayoría de los Estados miembros. De esta manera, el convenio colectivo europeo dependerá de la capacidad y poderes de los interlocutores sociales representativos a nivel europeo. En ausencia de presupuestos legales, existen unos criterios actualizados por la Comisión para medir la representatividad. En último término, el reconocimiento mutuo es la piedra angular en la cual se basa la legitimidad de los interlocutores sociales, porque a pesar de su condición informal y voluntaria, ha sido útil para iniciar relaciones contractuales, incluidos acuerdos. En sentido amplio, el diálogo social y la negociación colectiva pertenecen a las cuestiones sociales europeas. El diálogo social no deja de ser una expresión de la negociación colectiva y, sobre todo a partir de 1992 (Maastricht), a ésta última se la ha convertido “en alternativa al cauce legislativo”⁹¹. De cara al diálogo social, la capacidad representativa se obtiene acreditando una representación suficiente conforme a los criterios establecidos por la Comisión; si bien, para desempeñar las funciones de la contratación colectiva bilateral se necesita una representatividad selectiva según unos criterios comparativos de medición que debieran estar previamente delimitados por la legislación comunitaria y, ausentes estos, el mutuo reconocimiento de los firmantes salva el vacío legal. Sin embargo, la construcción de la representatividad, como la Comisión pretende, a partir del reconocimiento mutuo de los agentes sociales no se acomoda bien a la eficacia normativa y personal general atribuida a los convenios colectivos europeos considerados fuente –y fuente privilegiada- del Derecho Comunitario⁹². Precisamente, por la pluralidad de capacitados para negociar, “muchos ordenamientos consideran que es imprescindible regular en la ley, y no dejar a la autonomía colectiva, los criterios de aptitud específica que deben reunir quienes aspiren a estar presentes en la negociación. Sin embargo, la decisión dista de ser unánime”⁹³. En resumen, los interlocutores sociales dominan el proceso de negociación para elegir a la contraparte y este es el único criterio para medir *ab initio* la representatividad, aun cuando la

⁹¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 19.

⁹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Globalización y negociación colectiva: el papel del diálogo social en el futuro de Europa”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 5, 2005.

⁹³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva*, cit., pp. 25 y ss.

Comisión y el Consejo, a la hora de asumir la propuesta, tengan en sus manos el poder *ex post* sobre el inicial reconocimiento mutuo, en función de su adecuación al contenido del acuerdo, pero se trata de un control *ex post*, “de efectos estrictamente quirúrgicos y no terapéuticos”⁹⁴.

Para dar una mayor continuidad al protagonismo de los interlocutores sociales europeos se presentan dos trabajos complementarios que justifican la unidad temática. El objetivo perseguido es el análisis de dos cuestiones claves relacionadas con los interlocutores sociales europeos: primero, su propia identidad y representación; segundo, el problema del alcance o inserción de sus acuerdos entre las fuentes del Derecho Social Comunitario. Esta línea de investigación dio lugar al libro: *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 165; y se ha completado con la publicación de varios ensayos en distintas revistas especializadas, que se cerró con: “La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales”, en el nº 10, 2009, de la *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, pp. 21 a 38. Mi trabajo ha continuado hasta fechas muy recientes, así destacar la Comunicación presentada al *XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en León los días 28 y 29 del mes de mayo de 2015, con el título: ”¿Son suficientes y adecuados los criterios existentes para medir la representatividad de los interlocutores sociales europeos?”. En realidad, el mayor impacto de mi investigación se obtuvo tras dos publicaciones en inglés y cuatro en castellano, que fueron el resultado de la defensa de las Comunicaciones presentadas en cuatro Congresos Internacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *VIII European Regional Congress of European Society for Labour and Social Security Law* (Bolonia, septiembre de 2005)⁹⁵; XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, 3 a 5 de septiembre de 2003)⁹⁶; *VII European Regional Congress of European Society for Labour and Social*

⁹⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Europea, Libro II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 1121.

⁹⁵ Comunicación: “La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales”.

⁹⁶ Comunicación: “Agentes sociales, diálogo social y autonomía colectiva en la Unión Europea”.

Security Law (Estocolmo, 11 a 13 de septiembre de 2002)⁹⁷; y *Congreso Internacional: verso un modello europeo di relazioni industriali? Riflessioni sul primo rapporto della Commissione Europea* (Módena, 1 a 2 de diciembre de 2000)⁹⁸.

“The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations”, en director BIAGI, M., *Towards a European Model of Industrial Relations?*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp. 225-236. Versión en castellano: **“La posición preferente de los interlocutores sociales en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario”**. Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, Universidad de Valladolid – Lex Nova, nº 2, 2002, pp. 111-131. ISSN: 1576-2904.

“The inclusion of the European Collective Agreement as one of the sources of Community Social Law”, en editor BLANPAIN, R., *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003, pp. 381-390. Versión en castellano: **“La inserción del convenio colectivo europeo entre las fuentes del Derecho Social Comunitario”**. Información Laboral, Lex Nova, nº 23, 2002, pp. 5-16. ISSN: 0214-6045.

El sexto trabajo profundiza en la situación y alcance de los procedimientos de solución del conflicto: extrajudiciales, no judiciales, privados, voluntarios, autónomos o alternativos. El fin perseguido en este estudio está relacionado directamente con el conflicto laboral, porque la función del Derecho no es otra que dar razonable satisfacción a la necesidad que toda sociedad tiene de solventar o, al menos, de ordenar y racionalizar los conflictos que en ella surgen, debido a la estrecha vinculación entre norma jurídica y controversia⁹⁹. El objeto principal del DTSS es precisamente la regulación de las relaciones entre sus protagonistas, por tanto, un conjunto de normas, pero al tiempo tiene

⁹⁷ Comunicación: “The inclusion of the European collective agreement as one of the sources of Community social law”.

⁹⁸ Comunicación: “The main position of management and labour in the creation and application of the community juridical system”.

⁹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La conciliación laboral”, *Relaciones Laborales*, tomo II 2005, pp. 13-24.

como función la integración del conflicto industrial abriendo cauces institucionalizados para su solución¹⁰⁰. Además, esa conflictividad es un elemento de enriquecimiento y mejora de la vida social y de reforzamiento del propio orden superior, pero para ello el conflicto mismo debe integrarse e institucionalizarse¹⁰¹.

La solución alternativa del conflicto laboral se ha regulado de una forma desordenada en el sistema español de relaciones laborales y ha surgido una nueva cultura negociadora, que es un envite lanzado desde la ley para que trabajadores, empresarios y sus representantes legales, puedan acudir en cualquier momento a la mediación o al arbitraje. La futura política legislativa debe encaminarse hacia la creación de un único escenario normativo regulador, que no sea contrario al consenso logrado por los interlocutores sociales. Algunos ámbitos donde negociar las controversias laborales son el SIMA y las comisiones paritarias.

Un ensayo sobre el conflicto de trabajo, la autonomía colectiva y la solución extrajudicial, por muy breve que sea, no puede dejar de considerar los siguientes aspectos fundamentales: el reconocimiento del conflicto, los mecanismos para su solución y el papel de ambos en el sistema de relaciones laborales¹⁰². El conflicto laboral forma parte integral de los sistemas de relaciones industriales¹⁰³, es una expresión del más amplio conflicto social y se puede definir como toda discusión o controversia manifestada externamente

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social", *Relaciones Laborales*, tomo II, 2001, pp. 197-254.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral", en AA. VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, 1995, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, pp. 11-26.

¹⁰² A estos tres aspectos LANTARÓN BARQUÍN añade dos ideas generales que deben planear sobre ese estudio: la adecuación del medio de solución a las características del concreto conflicto y las excelencias de los medios autónomos en abstracto, por su voluntariedad y por ser signo de la madurez de los sujetos colectivos. Tampoco se deben dejar de lado, el necesario papel público y, por último, el justo equilibrio entre estos últimos. LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

¹⁰³ Así lo manifiesta CASALE: "Labour disputes are an integral part of the industrial relations systems. They are, indeed, a part of life and can appear at any time and at almost any level of the economy". CASALE, G.: «Collective bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 49-102.

entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo¹⁰⁴. La intensidad de un conflicto viene determinada por la dimensión de los intereses en contienda y por el poder de los protagonistas enfrentados; “siendo ello así, el conflicto de trabajo debe ser entendido como una genérica referencia a la situación de tensión u oposición latente o expresa en la que se sitúan quienes ocupan posiciones de poder desigual en el marco de las relaciones de trabajo”. Si nos detenemos en el conflicto colectivo, se puede decir que exterioriza la pretensión que un sujeto colectivo formula frente a otro y su aplicación a aquellos de quienes ostenta una representación reconocida social o legalmente¹⁰⁵. A mayor abundamiento, se trata de una controversia sobre cuestiones profesionales y se muestra como un fenómeno propio e inseparable del funcionamiento de las sociedades regidas por sistemas capitalistas democráticos¹⁰⁶. La calificación de ese conflicto social como industrial “es, ni más ni menos, acreedora de la naturaleza de la relación que lo origina, el contrato de trabajo, que es su presupuesto”¹⁰⁷. Fijado lo anterior, y dentro de la órbita del “conflicto industrial”, la realidad nos muestra que en la programación de cualquier controversia laboral está inscrita su solución, porque la consecución de un compromiso es el presupuesto de partida del propio conflicto, “lo contrario nos situaría más en un combate que ante un conflicto colectivo de trabajo”¹⁰⁸.

El conflicto debe existir y debe tener un cauce adecuado de solución. Claro es, el tratamiento y la gestión del conflicto de trabajo no pueden dejar de lado, antes al contrario, deben ayudarse de la autonomía colectiva de las partes. La composición extrajudicial se produce básicamente a través de la conciliación, la mediación o el arbitraje, si bien, en este último las partes ceden el control del

¹⁰⁴ ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M.ª: *Derecho Procesal del Trabajo*, 15.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general*, ACARL, Madrid, 1993.

¹⁰⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

¹⁰⁷ LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Consideraciones acerca de la solución extrajudicial del conflicto laboral”, *Información Laboral – Jurisprudencia*, nº 10, 2003, pp. 2-18.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución”, en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUENAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2001, pp. 19-45.

conflicto planteado, porque el árbitro dirime. Los procedimientos autónomos procuran reconducir el conflicto hacia un sistema de encuentros y desencuentros inherentes a toda regulación de las condiciones de trabajo. Las técnicas de conciliación y mediación son los cauces por excelencia para la composición de los conflictos no justiciables, que versan sobre la existencia misma de la regla aplicable y que han de ser dirimidos mediante la negociación entre las partes, bien de manera directa bien con el auxilio de un tercero; incluso la preferencia en favor de la conciliación alcanza igualmente a los conflictos propiamente jurídicos, donde se discute el sentido recto que debe atribuirse a una regla ya existente¹⁰⁹. Sin duda, una de las grandes ventajas de los sistemas autónomos es que ofrecen cobertura conjunta a la solución de conflictos jurídicos o de interpretación y de conflictos económicos o de intereses, así como a la de los conflictos colectivos y a la de los plurales e individuales, diluyendo las rígidas fronteras teóricas, que no siempre prácticas, que establecen su separación¹¹⁰.

En el ámbito de la solución alternativa o extrajudicial del conflicto laboral, mi actividad investigadora ha dado como resultados distintos artículos que complementan los que aparecen a continuación y también quiero destacar la dirección del libro: *Guía práctica de mediación sociolaboral*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2013, ISBN: 978-84-9898-690-7, donde soy autor de dos capítulos directamente relacionados con la negociación del conflicto laboral: “La solución extrajudicial y los medios autónomos de solución de los conflictos laborales en el ordenamiento español” y “La mediación laboral”. La investigación se completó con la asistencia al *XI European Regional Congress of European Society for Labour and Social Security Law*, celebrado en Dublín, los días 17 a 19 de septiembre de 2014, donde presenté el póster que lleva por título: “Economic crisis and alternative resolution of labour disputes in Spain”.

Fruto de la preocupación por la negociación del conflicto de trabajo y sus diversos modos de solución, se traen a esta tesis dos artículos originales recientes que han sido aceptados para su publicación:

¹⁰⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La conciliación laboral”, *cit.*, pp. 13-24.

¹¹⁰ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Sistemas autónomos de solución de conflictos “a escala europea” y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, tomo I 2002, pp. 69-85.

“La consideración conjunta de la negociación del conflicto de trabajo”, Derecho de las Relaciones Laborales, nº. 3, 2015, Editorial Fancis Lefebvre, ISSN: 2387-1113.

“Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor”, Nueva Revista de Información Laboral, Editorial Thomson Reuters Lex Nova, nº 7, 2015, ISSN: 0214-6045.

La orientación por la que se opta en la relación ordenada de estos siete artículos considera que el proceso de la interpretación jurídica exige el análisis de los hechos sociales o históricos y que el jurista ha de valorar utilizando la técnica de la "*naturaleza de las cosas*" o de la "*naturaleza de los hechos*". El criterio de verificabilidad del resultado interpretativo no deriva de la coherencia sistemática y lógica de la argumentación empleada con respecto a la efectiva *ratio legis*, sino de la investigación empírica que confronta aquellos hechos con la verdad-realidad¹¹¹; y ésta no puede deparar al DTSS “una condición instrumental al servicio de una concreta política económica, de la que, sin embargo, el Derecho del Trabajo no debería ser mero apéndice”¹¹².

En mi asistencia a los Cursos de Doctorado durante los años 1993-94 y 1994-95, especialidad y curso: “Organización jurídica de la empresa. Los grupos de empresa”, organizado por el Departamento de Derecho Mercantil, Trabajo e Internacional Privado, Universidad de Valladolid, y una vez superados los 23 créditos de la especialidad, pendientes aún 9 para la conclusión plena y a efectos de poder iniciar formalmente la realización de la tesis doctoral, obtuve la suficiencia investigadora gracias a la valoración positiva del concreto trabajo de investigación titulado: “Delimitación del ámbito subjetivo del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, defendido ante un Tribunal integrado por D. Elías González-Posada Martínez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valladolid, como Presidente; D. José María Blanco Martín, Profesor Titular de Escuela Universitaria, Universidad de Valladolid, como Secretario; D. Ignacio Duréndez

¹¹¹ LIPARI, N.: "L'interpretazione giuridica", en *Il diritto privato nella società moderna (a cura di S. Rodotá)*, Bolonia, *Il Mulino*, 1972, pp. 117 y ss.

¹¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS, M.ª E. y VALDÉS, F.: “Una revista nueva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2015, p. 4.

Saez, Catedrático de Escuela Universitaria, Universidad de Murcia, como Vocal 1º; D. Juan Hernández Zubizarreta, Profesor Titular de Escuela Universitaria, Universidad del País Vasco, como Vocal 2º; y D.ª María José Dilla Catala, Profesora Titular de Escuela Universitaria, Universidad Complutense de Madrid, como Vocal 3.ª. Fue valorado positivamente por unanimidad por esta Comisión calificadora, en prueba concluida el día 7 de octubre de 1996 para la provisión de la plaza de TEU. El resultado de esta investigación dio lugar a varios ensayos, de los cuales ninguno se ha traído a esta tesis, pero quiero señalar cuatro que ayudan a una mejor comprensión de la unidad temática:

- “La triple naturaleza de la actividad empresarial agraria en el Derecho de la Seguridad Social”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*. Universidad de Valladolid - Lex Nova, nº 1, 2000, pp. 350-382. ISSN: 1576-2904. En la décima conclusión de este artículo ya se indicaba que el conjunto de la actividad económica de la agricultura y de la industria agroalimentaria constituye un mismo ciclo biológico básico. El hecho de haber sacado al sector agroindustrial del Régimen Especial Agrario debe conllevar, al mismo tiempo, que todo el sector agrario desaparezca como *especial* para la Seguridad Social, por ser difusa la frontera diferenciadora entre lo primario y lo secundario. Todo ello me conducía a defender –en consonancia con la línea seguida por la Ponencia del Pacto de Toledo- la desaparición de un Régimen Especial para la agricultura y su integración como *régimen administrativo especial* en el Régimen General –de sus trabajadores por cuenta ajena- o en el Especial de Trabajadores Autónomos –de sus trabajadores por cuenta propia.
- “El trabajo de la mujer en el mundo agrario. Ayer y hoy de las leyes sociales. Parte I: Historia normativa de la Seguridad Social Agraria”, en MUÑIZ ESPADA, E. (coord.): *Estudios jurídicos de Derecho Agrario*, 2008, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, pp. 507-519. La Parte II: “Trabajo en la agricultura e integración laboral de la mujer”, por SERRANO ARGÜELLO, N., pp. 519-557. En este libro se presentan una serie de investigaciones y de trabajos realizados para el *I Foro Internacional del Observatorio de apoyo y legislación al sector agrario, pesquero y alimentario*, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, celebrado en la Universidad

de Valladolid en octubre de 2007. Este Observatorio se insertó dentro del Plan Avanza del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

- “La necesaria integración de la mujer en la protección social agraria”, junto a SERRANO ARGÜELLO, N., en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*. Universidad de Valladolid - Lex Nova, nº 7, 2008, pp. 221-245. ISSN: 1576-2904. En este trabajo la conclusión no podía ser otra que la propuesta de la imprescindible colaboración del Derecho social con el desarrollo rural para alcanzar la integración laboral de la mujer en el medio rural, aunque la interacción entre lo agrario y lo rural se encontraba aún en una fase de transición y no exenta de dificultades. Defendíamos que la economía agraria ya no podía ser considerada de manera aislada, sino que había que mirarla desde un espectro algo más amplio, el de la economía rural. Y esa demanda debía ser atendida también en clave de protección social, de este modo se acometía el ignoto reto por las leyes reformadoras de la Seguridad Social de principios de siglo y en particular con la Ley 18/2007, de 4 de julio.

De esta línea investigadora sólo se incluye un artículo que puede ser paradigma de las reformas que se han sucedido en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social:

“Las insuficientes razones para mantener un régimen especial de Seguridad Social para el medio rural”

Revista de Información Laboral, Lex Nova, nº 4, 2009, pp. 2 a 11.

ISSN: 0214-6045.

En este trabajo se recoge, en lo esencial, la Comunicación que bajo el título: “El envejecimiento de la población y su repercusión en la protección social de la agricultura”, dentro del Pleno 3: *The impact of demographic trends / developments on pension schemes in Europe*, fue enviada al *IX European Regional Congress of European Society for Labour and Social Security Law*, celebrado en Friburgo, los días 16 a 19 de septiembre de 2008.

Si uno de los fines de cualquier sistema de protección social es procurar la distribución equitativa de la renta, sin temor a emplear todo tipo de solidaridad, desarrollando al máximo el principio de reparto para conseguirlo, debe emplear la solidaridad como principio del ordenamiento de la Seguridad Social y procurar el objetivo de la equiparación de los trabajadores por cuenta ajena y

por cuenta propia en su acción protectora. En el artículo se defiende una vez más la simplificación de los Regímenes Especiales, en concreto la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Lo cierto es que esto ya se estaba llevando a cabo con la técnica de la integración formal en otros regímenes, mediante la que se logra prescindir de la apariencia de pluralidad, pero manteniendo las especialidades dentro de cada Régimen unificado. Con ello el sistema no se unifica realmente, pero la pluralidad puede hacerse menos transparente, porque las transferencias financieras de la caja única ya no se realizan de un régimen a otro, sino dentro de las especialidades del mismo régimen¹¹³. En la conclusión se defendía que la conversión de los Regímenes Especiales en sistemas especiales no siempre era necesaria; por ejemplo, se puede crear un sistema especial donde queden encuadrados exclusivamente los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrarios, pero los trabajadores indefinidos pueden integrarse plenamente en el Régimen General común de la Seguridad Social. La solución normativa posterior no ha respondido plenamente a esta propuesta.

La otra vía investigadora que ha seguido este doctorando en el ámbito concreto de la Seguridad Social ha sido el análisis de la acción protectora en su nivel contributivo, más en concreto de sus contingencias, a veces con estudios muy específicos, como por ejemplo, "La extensión de cobertura en la pensión de orfandad y los efectos retroactivos de la ampliación de edad para causar o continuar el derecho a la prestación", *Revista de Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, nº 6, 1999, pp. 5-14; pero en otras ocasiones referido al conjunto del sistema, así la publicación del libro: *La acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Lex Nova, Pamplona, 2013, pp. 1-319. Si bien, para aportar al compendio de publicaciones de artículos en revistas científicas se presentan para su valoración dos trabajos distantes en el tiempo y referidos a las contingencias más significativas de nuestro sistema de Seguridad Social: incapacidad y vejez.

¹¹³ DESDENTADO BONETE, A.: "El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós", *Actualidad Laboral*, versión electrónica, Referencia 1394, 2008.

“La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Editorial La Ley - Wolters Kluwer. nº 4, 1996, Págs. 31-65, ISSN: 0213-0556.

La conclusión exigía dar un concepto de incapacidad temporal (IT) que pudiera permanecer en el tiempo, entendiendo que la incapacidad para el trabajo, en su auténtico sentido, se debía dividir en: temporal -que incluía a la ILT y a la ILT ampliada o “invalidez provisional”, actualmente IT- y permanente -presumiblemente definitiva--, que tenía como referencia no sólo al trabajo, sino también a la vida cotidiana y permitía compatibilidades con el desarrollo de otra actividad en alguno de sus grados. La incapacidad para el trabajo temporal o transitoria fue objeto de mi estudio y del mismo se podía deducir el siguiente concepto: la contingencia de IT es aquella lesión que, independientemente del riesgo patológico -común o profesional- que la haya producido, siempre conlleva una incapacidad o imposibilidad para el trabajo, constatada, controlada y seguida por el sistema sanitario de la Seguridad Social y que --en cuanto a su duración-- es presumiblemente temporal y transitoria (o previsiblemente no definitiva, por contra a la incapacidad permanente), cuya consecuencia sobre la relación individual de trabajo continúa siendo la inactividad o suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto. Este concepto no ha variado respecto del actualmente existente en nuestra normativa de Seguridad Social.

Este artículo se basa fundamentalmente en la Comunicación: “La contingencia de incapacidad (laboral) temporal”, presentada al *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en Sevilla, mayo/1995; como tal Comunicación ha sido citada por BARBA MORA, A. (2000): *Incapacidad Temporal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. Citas 33, 38 y 45; dentro de la bibliografía en la pág. 128. Con el mismo título fue objeto de publicación como capítulo del libro: *La incapacidad temporal*, coordinado por OJEDA AVILÉS, A. (1996), Editorial Tecnos, Madrid, ISBN: 84-309-2816-2, págs. 207-237). Es preciso destacar que la Editorial Tecnos se encuentra en el cuarto lugar en el Ranking SPI (Scholary Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences). Ha sido citado por: MUÑOZ MOLINA, J. (2005): *La*

incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social, Editorial Aranzadi SA, Navarra (citas 16 y 33 de la pág. 292). GONZÁLEZ de la ALEJA, R. (2005): *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, Albacete (véase la bibliografía de referencia en la pág. 88). JOVER RAMÍREZ, C. (2006): *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Editorial Tirant lo Blanch – Monografías, Valencia (pág. 473). El trabajo se adaptó para referirse al Régimen General de la Seguridad Social y se publicó en la revista especializada de Relaciones Laborales. Como artículo también ha sido objeto de mención en muchos estudios especializados sobre incapacidad temporal: JOVER RAMÍREZ, C. (2006): *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Editorial Tirant lo Blanch - Monografías, Valencia (citas 1 y 40; bibliografía de la pág. 473). PÉREZ ALONSO, M^a A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. (2008): *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (cita 18 en la pág. 33). FERNÁNDEZ PRATS, C. (2011): *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. En este libro se hacen hasta 15 citas a partir de la pág. 373. LÓPEZ INSUA, B. M. (2014): *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*. Editorial Comares, Granada (como bibliografía de referencia). En este mismo año, ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La incapacidad para trabajar*, Ed. La Ley – Wolters Kluwer, Madrid. En esta reciente monografía hay más de 15 citas a partir de la pág. 317 y también en la pág. 743. Por otra parte, el artículo también aparece citado como bibliografía especializada de referencia de algunos manuales de Seguridad Social: RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, luego, *Lecciones de Seguridad Social*, sucesivas ediciones, Tecnos, Madrid, en la bibliografía del tema sobre la incapacidad temporal. Por último, indicar que los tres trabajos (Comunicación, capítulo de libro y artículo de revista) se señalan como bibliografía indispensable en la revista *FORO de Seguridad Social*, 2005, ISSN 1578-4193. Esta línea de investigación continuó posteriormente y dio como fruto un capítulo de libro con cuatro ediciones: “La incapacidad temporal para el

trabajo" (capítulo I), en *Las incapacidades temporales. Un punto de vista práctico*, AA. VV., coordinador BLANCO MARTÍN, J. M.^a, Editorial Lex Nova, Valladolid, años: 2001, 2002, 2004 y 2005.

Muy relacionado con esta contingencia, la investigación ha derivado recientemente hacia uno de los componentes más visibles de la incapacidad temporal, cual es la alteración de la salud laboral dentro del ámbito preventivo, con el siguiente capítulo de libro: "Ámbito preventivo básico de la salud en el trabajo", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (coord.): *La siniestralidad laboral*, Lex Nova Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 87-176. El riesgo profesional puede ser abordado por el ordenamiento jurídico desde una doble perspectiva: a) preventiva, como peligro u ocasión, real o meramente potencial, de producir un accidente o una enfermedad de trabajo; y b) reparadora, como situación o estado de necesidad derivado de la efectiva producción del accidente o de la enfermedad. La actividad ordenada a la eliminación o disminución de los riesgos forma parte de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; las disposiciones dirigidas a la reparación de las secuelas y consecuencias del riesgo profesional, una vez que éste ha tenido lugar, se integran en el sistema de la Seguridad Social¹¹⁴. Aunque no se pueden transponer miméticamente las instituciones jurídicas de la Seguridad Social al ámbito preventivo, sobre todo por el carácter reparador de aquéllas, la alteración de la salud ha sido para la Seguridad Social una contingencia propiamente dicha o un elemento que ha conllevado la producción de algún tipo de incapacidad, temporal o permanente; así, la enfermedad, el accidente y los períodos de observación por enfermedad profesional son los riesgos que pueden causar una incapacidad temporal (artículo 128.1 LGSS). Efectivamente, no toda alteración de la salud es constitutiva de producir una contingencia incapacitante, sino que la enfermedad

¹¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Negociación colectiva concesiva y mejoras voluntarias de Seguridad Social: notas de un debate", en AA. VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000.

o lesión debe incidir en la capacidad para trabajar y de esta manera será digna de protección económica mediante el subsidio¹¹⁵.

En el último ensayo se pretende encontrar un punto crítico-comparativo entre los orígenes y evolución de la Seguridad Social española y la más reciente actualidad del sistema público de pensiones. Este replanteamiento del Estado del Bienestar y el papel desempeñado en el mismo por la protección complementaria ya fue tratado en dos artículos, luego publicados como capítulos de libro, y que tuvieron su origen en las Comunicaciones defendidas en el *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en Valladolid durante los días 24 y 25 de mayo de 1996¹¹⁶. En el desarrollo inicial de cada uno de los epígrafes del ensayo que aporto se hace mención a algunos planteamientos del *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* –Madrid, 7 de junio de 2013-. Como cualquier estudio que emplea el método comparativo no deja pasar la oportunidad de emitir unas exigidas conclusiones que defienden el sistema público de pensiones diseñado en la Constitución de 1978. En definitiva, en el trabajo se hace una serie de propuestas desde los principios y parámetros propios del sistema vigente y que cuestionan el denominado *factor de sostenibilidad*.

“Principios versus factores: algunas reflexiones sobre las pensiones en España”, Información Laboral, Editorial Thomson Reuters Lex Nova, pp. 7-22, nº 7, 2013. ISSN: 0214-6045.

En este segundo bloque se ha dibujado un catálogo donde se muestra una constante evolutiva que es común a todos los países europeos: la Seguridad Social ha pasado de ser una acumulación de instrumentos normativos desprovistos de principios generales vertebradores a conseguir crear un

¹¹⁵ DUEÑAS HERRERO, L. J.: “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 1996.

¹¹⁶ “La viabilidad del sistema de Seguridad Social: entre la solidaridad y el ahorro. ¿Reparto versus capitalización?”, Aranzadi Social, nº 9, 1996, pp. 21-48. “Seguridad Social, protección complementaria y planes de pensiones: entresijos y reparto del espacio social”, *Información Laboral*, nº 15, 1996, pp. 5-25. También como capítulos del libro en *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997.

sistema o integración de instituciones¹¹⁷. La Seguridad Social –como conquista irrenunciable del Estado moderno- puede tener dos concepciones: a) fórmula para superar el umbral de necesidad y evitar la desestabilización social (años cincuenta y sesenta del siglo pasado); o b) plataforma para el progreso social. Ambas visiones se complementan, pero la segunda integra y supera a la primera.

¹¹⁷ Véase, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.

V. CONCLUSIONES: TRANSGRESIONES Y TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

Los once artículos que se han traído a esta tesis doctoral se presentan en sus versiones originales. En realidad, pueden considerarse como una continuación del artículo publicado en 1998 bajo el título: “¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?”. Algunas posiciones que en ellos se defienden luego han sido actualizadas, incluso revisadas: sirvan las conclusiones que aporto a continuación para completar dicha labor.

1. Crisis económica versus crisis de derechos.

La “solución europea” a la crisis económica está teniendo como resultado una importante reducción de derechos laborales y se ha traducido también en una menor protección contra el despido, esto se contrapone con la “solución OIT” y su apuesta por un trabajo con derechos y estable. Sin duda, el derecho al trabajo ex art. 35.1 CE ha resultado “banalizado” y se ha vaciado al Derecho que lo regula de su función tuitiva¹¹⁸. Las respuestas jurídicas adoptadas por el legislador español han provocado una “crisis de derechos”, en particular, en el derecho fundamental al trabajo, que debe entenderse como un trabajo “con derechos” o “decente” y con sus propias garantías jurisdiccionales para su tutela. El mercado todo lo puede y, ante el desarrollo de la iniciativa empresarial sin fronteras, se menoscaba la eficacia de los Derechos del Trabajo nacionales, de forma que “las normas laborales internacionales fijando condiciones de trabajo suelo –el “trabajo decente” de la OIT como objetivo y su déficit- y los instrumentos internacionales del Consejo de Europa y de la ONU de derechos humanos, los convenios colectivos de ámbito transnacional, así como los pactos y convenios internacionales no laborales, incorporando a sus contenidos valores socio-laborales, serían los únicos instrumentos útiles para

¹¹⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: “Derecho al trabajo y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 371-397.

poner coto a las consecuencias más negativas de las deslocalizaciones y sumisiones empresariales”¹¹⁹.

El Derecho del Trabajo de la crisis ha dado paso a un Derecho del Trabajo en la crisis; así “un sencillo cambio en los usos gramaticales facilitará la acomodación del lenguaje teórico a la nueva orientación política”¹²⁰. Si bien, no caben concesiones, porque no existe ningún principio de productividad con entidad suficiente como para relativizar los derechos constitucionales laborales. El cuestionamiento del Estado social y del propio DTSS formulado por el neoliberalismo ha conllevado “una revisión reductora o *modernizadora* de los sistemas nacionales de bienestar, animada a nivel de la Unión por posiciones economicistas que cuestionan los derechos sociales o que defienden su reducción o revisión, con vistas a mejorar la competitividad de las empresas aun a costa de la rebaja de los derechos de los trabajadores”¹²¹. Sin embargo, el contenido esencial de los derechos fundamentales se alza como el “límite de los límites” o como el límite constitucionalmente infranqueable por el legislador; así lo ha hecho constar el Tribunal Constitucional, señalando que las restricciones establecidas al ejercicio de los derechos constitucionales, “en todo caso, han de respetar su contenido esencial”. Desde luego, la crisis económica puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales, pero tales limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de esos derechos¹²².

La falta de trabajo y los negativos efectos que ello provoca en la vida de las personas, se han convertido en la “cuestión social” del siglo XXI. Ante esta situación la incesante sucesión de intervenciones legislativas, todas ellas

¹¹⁹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 79-80.

¹²⁰ “La semiótica irrumpirá con fuerza en el ordenamiento laboral”. Con la alteración de la preposición se quiere significar la estabilidad alcanzada por la nueva situación económica y, por lo tanto, la normalidad jurídica de las medidas adoptadas para combatirla. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, 2002, pp. 41-63.

¹²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “El efecto “inter privatos” de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 27.

¹²² Extraído de la primera reflexión del Voto particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012.

dedicadas a reformar el llamado “mercado de trabajo” y todas ellas -se reiterará en sus respectivas Exposiciones de Motivos- con el fin de “fomentar el empleo y la contratación indefinida” (Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero), son respuestas jurídicas adoptadas por el legislador, que no sólo han resultado ineficaces, sino que, como ya se ha indicado, han provocado una “crisis de derechos”¹²³. En definitiva, “los principios contractuales clásicos, además de la necesidad de ser sometidos a un filtro de confluencia con el diseño constitucional democrático de relaciones laborales, no pueden prevalecer, antes al contrario, sobre otros propiamente constitucionales, como por ejemplo el de la proporcionalidad o el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”¹²⁴.

2. Determinismo económico, mercantilización del Derecho y “desdemocratización”.

La función asignada al DTSS es integrar el conflicto y esto requiere determinar unos parámetros individuales y colectivos mínimos de protección, unos instrumentos normativos que faculten una adecuada gestión de los intereses en conflicto, así como una organización pública y/o privada que posibilite la garantía de la tutela cuando la gestión autónoma no se vea satisfecha¹²⁵. De la exposición realizada se deduce una posición favorable a la concertación social o legislación negociada, siempre que no adopte en sus contenidos la sola inclinación hacia el determinismo económico. El resultado último y preocupante podría llevar a la “desdemocratización”, en cuanto subordinación de los procedimientos democráticos y sus parámetros de actuación a las necesidades de la economía, del crecimiento y de la competitividad, mercantilizando la sociedad y el derecho¹²⁶. Asimismo, con el

¹²³ MURCIA CLAVERÍA, A.: “Derecho al trabajo y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 373.

¹²⁴ Sobre todo ello, por ejemplo, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4; o 105/2012, de 11 de mayo, FJ 7). Véase en SANTIAGO REDONDO, K.: “Derechos inespecíficos y crisis económica”, cit., p. 257.

¹²⁵ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996, pp. 24-25.

¹²⁶ “Incluso pueden exteriorizarse el dominio de nuevos poderes que acaben superponiéndose a los poderes de los estados, de las organizaciones productivas y sobre el poder organizado de

uso y abuso de fórmulas normativas como el Decreto-ley, el Gobierno de turno evita la necesidad de discutir y justificar en sede parlamentaria, "con todo, en demasiados casos, se menosprecia la existencia del mecanismo de tramitación parlamentaria de proyectos de ley por la vía de urgencia que simplifica los trámites y los tiempos, que, quizá habría que mejorar para dotarlo de una mayor eficacia y rapidez a esta forma de elaborar leyes en el Parlamento"¹²⁷.

3. Los protagonistas del DTSS continúan siendo el trabajador por cuenta ajena y el empleador.

En la búsqueda de su objeto, el Derecho laboral sigue marcando el camino de los sujetos protagonistas; es más, la limitación estricta del objeto recorta o estrecha el ámbito del DTSS. Paralelamente a la "huida" o aminoración subjetiva del DTSS que hemos mencionado, parece romperse la idea de que es el concepto de trabajador el que nos sirva para determinar si hay o no contrato de trabajo en el sentido recogido por el art. 1º.1 ET. Esto, sin embargo, no se puede cuestionar, pues el trabajador por cuenta ajena sigue siendo el punto de referencia por excelencia, el centro *subjetivo* principal¹²⁸. Si miramos a *la otra parte* nos encontramos con la dificultad en la identificación

los trabajadores, dando así un nuevo enfoque a la mejora de la productividad, la eficiencia organizativa y tecnológica, o a la competitividad", GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Democracia, gobierno de la crisis económica y gestión de las relaciones de trabajo", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 120.

¹²⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Las normas urgentes en materia laboral (la desnaturalización de la potestad excepcional de legislar)", cit., p. 73.

¹²⁸ Ello no impide constatar que "el concepto funcional de trabajador, que nació a la sombra del sistema de producción industrial fordista, se coarta en el presente ante las nuevas formas de empleo y la terciarización de la economía", RIVERO LAMAS, J., "Poderes, libertades...", cit., p. 975 . "El concepto de empresario es desde el punto de vista conceptual y jurídico-positivo un concepto traslativo (cfr. art. 1.1 y 2 LET)", MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre...*, cit., p. 80. En Derecho del Trabajo la noción de empresario es mero reflejo o traslación de la de trabajador. Nacido para regular la prestación personal de trabajo dependiente y por cuenta ajena, el contrato de trabajo mira al empresario como puro acreedor del trabajo prestado bajo tales condiciones (art. 1.2 ET), *Aranzadi Social*, núm. 8/1996, p. 7. La desigualdad de posiciones y la necesaria intervención compensadora del Derecho del Trabajo, hace que éste siente sus raíces sobre la configuración esencialmente inequitativa de la misma y no exclusivamente sobre factores económicos, lo cual, permite aventurar que no sólo subsistirá mientras el trabajo asalariado continúe actuando como soporte básico del sistema productivo y permanezca el conflicto a él subyacente, sino que habrá de hacerlo proveyendo instrumentos compensadores de dicha desigualdad. "Por ello, su presencia, de una forma u otra, resulta esencial mientras la subordinación continúe siendo el vehículo a través del cual se articulen las relaciones entre los hombres en el mundo del trabajo", SANGUINETI RAYMOND, W., "El discurso de la crisis...", cit., pp. 59-60.

del concepto de empresario. El problema aparece ahora más que nunca por las nuevas formas de organización de la actividad productiva y de la empresa en sí misma. En un primer estrato la dificultad estriba en determinar quién recibe la prestación laboral¹²⁹, quien -finalmente- recibe el interés del objeto del contrato de trabajo, para poder imputarle, en su caso, las oportunas responsabilidades que se deriven de su verdadera situación en la relación de trabajo. Importa la exigencia de responsabilidades salariales o de Seguridad Social cuando haya necesidad de imputación, utilizando, o mejor, superando las normas del Código Civil con una sutil incorporación de las mismas en beneficio propio del DTSS. Ahora bien, resuelto el juego de responsabilidades, lo determinante es que haya un sujeto concreto que de una u otra manera pueda ser responsable empresarial. En fin, si la dimensión del DTSS se agrandó a partir del estudio de los presupuestos sustantivos, de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación, debe volver a sus orígenes dejando el papel deuteragonista al empresario e identificando el principal en la otra parte. A pesar de su crisis, como en la dramaturgia griega, la anagnórisis del DTSS sigue en la persona del trabajador y reconocerse desde él, posiblemente, continúa siendo la pista más destacada de su objeto, fundamento y seña de identidad¹³⁰. Y la conclusión que se puede traer a este lugar es bien sabida por todos: "el Derecho del Trabajo responde a una lógica de compromiso, de conciliación equilibrada de los derechos de los trabajadores en la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y de los empresarios en el ejercicio de sus poderes de dirección y gestión de la empresa, materializada en la imposición por el Estado, a través de la legislación laboral, de límites al mercado, a la libertad de empresa y al contrato privado, para compensar la desigualdad estructural de las relaciones laborales"¹³¹.

¹²⁹ Quien recibe servicios prestados en régimen de ajeneidad, dependencia y asalariado es empleador, cualesquiera que sean sus circunstancias; sin que se dé nunca a la inversa. En este sentido lo define el art. 10.º5.º.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; MOLERO MANGLANO, J. C., "Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos", *Actualidad Laboral*, nº 27, 1996, p. 506.

¹³⁰ DUEÑAS HERRERO, L. J.: "¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?", *Relaciones Laborales*, nº 2, 1998, p. 40.

¹³¹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo", en *Derecho del Trabajo*,

4. ¿Transgresión o transformación en el DTSS?

Actualmente el DTSS se dirige a trabajadores sometidos a una intensa precarización. La primera reflexión, en los albores del DTSS, fue que la necesidad de un nuevo Derecho estuvo en la impronta del "contratante débil", dicha tesis permanece al final del *excursus* realizado. También "es patente que las nuevas formas de organización de la empresa y los también nuevos modelos de organización de la producción... de alguna manera han de influir sobre el propio y particular sistema de fuentes del DTSS y la intensidad de los poderes de la parte jurídica y económicamente "fuerte" del contrato sometido a su "jurisdicción"¹³². Hoy están cambiando las "típicas zonas grises" y aparecen "fórmulas alternativas de huida del DTSS", ahora por ejemplo, a través de la vía de más o menos ficticias fórmulas de prácticas no laborales, que a la postre comportan una intensa precarización de quienes sociológicamente son trabajadores, aunque no se les trate como tales en la formalidad jurídica¹³³.

Hasta aquí: ¿una transgresión o una transformación en el DTSS? Quizás todo se reduzca al giro en sentido contrario que se ha producido en la relación entre la realidad social y las instituciones jurídicas que intentan regularla, en la pretensión de que sea el DTSS quien cambie los comportamientos y ofrezca soluciones a la carta, cuando lo más que puede hacer es adaptarse a los tiempos que corren, pero fiel a sus principios, desde el "contratante débil", en el entendimiento de que sigue siéndolo: por ahí la creatividad y la transformación; por el otro lado, o del "contratante fuerte", la flexiseguridad y la adaptación, que no transgresión. Uno de los principales argumentos esgrimidos para incidir en la flexibilización continúa siendo la vinculación del marco de relaciones

Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, cit., p. 69.

¹³² "Hay algo que está cambiando en el interior de esas manifestaciones emblemáticas de la autonomía o peculiar conformación jurídica del Derecho del Trabajo. Cambios, quizá, tendencialmente dirigidos a modificar la función misma de este Derecho", RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L., "Organización del sistema productivo y...", cit., p. 6.

¹³³ CRUZ VILLALÓN, J.: "Empleo juvenil y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 601-606.

laborales a la tasa de desempleo y el axioma pervive hasta nuestros días: rigidez de legislación laboral = incremento del número de desempleados¹³⁴.

5. La necesaria transformación de los sindicatos.

Es de nuevo aconsejable un acercamiento de los sindicatos a los lugares de trabajo (que ayudará a solventar su crisis de representatividad) y la superación de la segmentación del mercado de trabajo entre trabajadores "protegidos" y "no protegidos", porque "los cambios económicos y sociales, en suma, acentúan las diferencias internas entre los trabajadores, poniendo en peligro los valores de solidaridad"¹³⁵. Por ejemplo, la limitación de la ultraactividad de los convenios exige la creación de una "malla de protección general" y "es evidente que una tarea urgente de las partes sociales es lograr acuerdos del tipo que sean, nacionales de cobertura de vacíos (VALDÉS DAL-RÉ), de rama o subsectores nacionales, que eviten una situación como la actual, al igual que tendrá que armarse una negociación colectiva articulada"¹³⁶. Por supuesto, sin dejar de reconocer que "el arraigo y la influencia sindical en la movilización popular ha sido muy importante, y la visibilidad de la protesta muy potente, expresada en la presencia ciudadana en las calles y plazas del país, mientras que ha sido más discutida y combatida su capacidad de alteración de la normalidad productiva mediante la cesación y alteración del trabajo a nivel del Estado español"¹³⁷. Si bien, en el horizonte de los países del Mediterráneo, la crisis se ha cobrado su precio bajo la forma de freno temporal

¹³⁴ Seguramente uno de los principales errores cometidos por el legislador, ha sido abordar de manera simultánea una modificación de la normativa laboral que permite la inclusión y fortalecimiento de medidas flexibilizadoras en sus tres vertientes –contratación, ejecución del contrato y extinción del vínculo contractual-, lo que no reduce la tasa de paro, "sino que provoca una alteración en la esencia del modelo de relaciones laborales, atacando de manera frontal derechos constitucionales laborales", DÍAZ AZNARTE, M.ª T.: "Cuando la crisis económica se convierte en un argumento jurídico. La jurisprudencia constitucional avala la reforma 2012", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2015, p. 203.

¹³⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., "Legislación negociada y concertación social...", *cit.*, pág. 7. A este efecto dualizador o segmentación del mercado de trabajo, "ha de añadirse la generada en determinados sectores como consecuencia de la descentralización productiva", GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, *cit.*, p. 138.

¹³⁶ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "Eficacia y vigencia del convenio colectivo", en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *cit.*, p. 335.

¹³⁷ BAYLOS GRAU, A.: "Derecho de huelga y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp.

al diálogo social¹³⁸. Así ocurre en España tras la reforma laboral de 2012, cuyas medidas suponen el “declive” y la “debilitación” de los sindicatos¹³⁹. Del Real Decreto-ley 3/2012 se deduce un “ánimo rupturista y transgresor”, como se comprueba en la reforma de los artículos 83 y 84 ET, que prácticamente ha “invertido los términos de lo expresado por las partes sociales en ejercicio de su autonomía colectiva”. Las organizaciones sindicales reaccionaron frente a este debilitamiento y en mayo de 2012 presentaron ante la OIT quejas contra el Gobierno de España por la vulneración del derecho de libertad sindical y negociación colectiva llevada a cabo por la reforma de 2012. El Informe emitido por el Comité de Libertad Sindical expresó “una importante llamada de atención a la relevancia y necesidad de las consultas con la suficiente antelación, aun en tiempos de crisis y especialmente cuando se adopta una legislación que afecta a los intereses de organizaciones de empleadores y trabajadores”. Asimismo, el Comité Europeo de Derechos Sociales concluyó “la no conformidad del RDL 3/2012 con el art. 6.2 de la Carta Social Europea, porque una norma que afecta al derecho a la negociación colectiva se adopta sin consultar con los agentes sociales, así como también, porque permite a los empleadores no aplicar unilateralmente condiciones pactadas en convenios colectivos”¹⁴⁰. De cualquier forma, ya sea a nivel interno o europeo, la negociación colectiva no puede funcionar sin un determinado grado de autonomía de los interlocutores sociales, de los convenios colectivos y del Derecho del Trabajo en general; sin esa autonomía hay muy pocas cosas que negociar y, sin interlocutores autónomos, no hay una ejecución ni un efecto real de los acuerdos¹⁴¹.

Previsiblemente, así en España, la “neutralidad” sindical o la profesionalidad de los sindicatos irá menguando, a la vez que se acentuará su implicación política, especialmente si los movimientos asociativos distintos de

¹³⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 27.

¹³⁹ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 2, 2014, pp. 305-306.

¹⁴⁰ Véase, GARRIDO PÉREZ, E.: “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 232-236.

¹⁴¹ BRUUN, N.: «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 1-48.

los partidos políticos van cobrando más fuerza y teniendo mayor implantación social. Por otro lado, en el contexto de la “aldea global” que deriva de la nueva economía mundial, todos los agentes sociales vienen obligados a adaptar sus formas y modos de actuación clásica, sobre todo ante la escasa significación de formas conflictivas de carácter supranacional. En resumen, las tres grandes asignaturas pendientes de los sindicatos en España se centran en su responsabilidad en el plano civil y penal, en el régimen democrático de su funcionamiento y en su financiación¹⁴².

6. Ninguna reforma puede cambiar el modelo de relaciones laborales porque sus bases se encuentran en la Constitución.

La última palabra no está del lado de la eficiencia económica, que no sea así es también función del jurista. El estudiioso del DTSS es, al mismo tiempo, vigilante de sus más sanos principios, y en sus interpretaciones debe plegarse sólo medianamente a la individualización de las relaciones laborales o a las exigencias de las nuevas formas de organización del mercado y de la estructura productiva; porque también es cierto y correcto que debe seguir -en todo caso- el norte de los orígenes y principios que consolidaron y han configurado el DTSS como un sector del ordenamiento jurídico dotado de autonomía y sustantividad propias¹⁴³. Si en los momentos de desarrollo la funcionalidad del sistema laboral ha sido un factor normalmente despreciado de cara al crecimiento económico y del empleo¹⁴⁴: ¿por qué darle ahora un papel tan determinante? Es más, "el grado de renovación de la normativa laboral es, no sólo entre nosotros, mucho más intenso que en otras áreas del ordenamiento, por lo que el grado de obsolescencia de las normas es aquí

¹⁴² "Y es muy probable asimismo que los sindicatos sean sobrepasados por poderosos movimientos sociales que acaben liderando, no solo el descontento social frente a los Gobiernos, sino incluyendo en dicho descontento la situación socioeconómica de los trabajadores". Véase, SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, pp. 75-77.

¹⁴³ "En la valoración y análisis de la legislación laboral, incluso en su evolución, se ha partido tradicionalmente de una relativa diferenciación entre sistema laboral y sistema económico y productivo. Es esta diferenciación la que ha ido quebrando en los últimos tiempos", MATIA PRIM, J., "Sentido y alcance de la reforma...", cit., p.20.

¹⁴⁴ Ibídem, p. 20.

sensiblemente menor"¹⁴⁵. La adaptabilidad llevada a cabo no ha sido poca ni falta de intensidad, "pero, desde luego, en ningún caso expresiva de una mutación o cambio sustancial en los objetivos o la funcionalidad clásica de esta disciplina"¹⁴⁶. La función que se atribuya a cualquier reforma no consentirá que se hable de un cambio de modelo, en cuanto ruptura, desde el momento en que las bases de éste se encuentran en la Constitución¹⁴⁷. Plegarse al viento de los principios proempresa / procompetitividad / probeneficio es un factor de riesgo que puede provocar una pérdida de identidad y llegar a convertir en espurio al Derecho laboral¹⁴⁸. El DTSS no tiene por qué mirarse en/desde la lógica del mercado (función espejo), sino seguir aportando su germen de luz cara a la justicia social e igualadora (función lámpara); aquí permanece su revolución romántica, que no romanticismo utópico¹⁴⁹. El jurista debe tener en cuenta lo que corresponde al pensamiento jurídico-laboral valorar y decidir si la "razón económica" tiene el resultado de mejorar la eficacia y eficiencia del DTSS o, por el contrario, "si la centralidad que en ellas asume la "razón" económica "evidente", que impulsa una política económica –una determinada política económica a la que la ideología no es extraña, aunque se presente en su incuestionabilidad científica como economía sin política, lo que aún tiene mayor trascendencia en un sistema democrático-, más allá del éxito o el fracaso en el objetivo de crear empleo o de reducir el desempleo, conduce al

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Flexibilidad, juridificación...", cit., p. 30.

¹⁴⁶ A pesar de que se haya producido "un retroceso de los niveles de tutela y un correlativo incremento de los espacios de ejercicio del poder patronal", SANGUINETI RAYMOND, W., "El discurso de la crisis...", cit., p. 56. "Que la ordenación laboral haya ido transformándose paulatinamente con el fin de hacerse más flexible ... no significa que haya terminado por asumir una postura de total neutralidad frente a la desigualdad estructural de poderes que caracteriza a las relaciones laborales", ibídem, p. 58.

¹⁴⁷ Véase, MATÍA PRIM, J., "Sentido y alcance de la reforma ...", cit., pp. 15-19.

¹⁴⁸ El Derecho del Trabajo del futuro deberá ser una ordenación que, sin renunciar a sus principios inspiradores, pueda dar respuesta a las exigencias de flexibilidad y de adaptabilidad de la actividad económica en general y de la actividad productiva de la empresa en particular (en el que tiene cabida la recuperación del papel regulador del contrato de trabajo, la descentralización de la negociación colectiva y la apertura al juego de acuerdos colectivos de empresa o centro de trabajo, en una misma línea de tendencia), DURÁN LÓPEZ, F., "El futuro ...", cit., pp. 609 y ss.

¹⁴⁹ DUEÑAS HERRERO, L. J.: "¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo", cit., p. 40.

Derecho del Trabajo a perder su sustantividad y autonomía y su eficacia y eficiencia en el ejercicio de sus funciones y de su finalidad propias”¹⁵⁰.

7. Las relaciones laborales están cada vez más “europeizadas”.

Los perniciosos cambios que la globalización está generando sobre la articulación tradicional de las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo se constatan en la Unión Europea y en sus Estados miembros de forma parecida: a) hay un retroceso del protagonismo de la ley en la regulación de las condiciones de trabajo; b) hay espacios libres, antes ocupados por la legislación, que pasan a serlo por los convenios colectivos; c) hay un proceso de descentralización de la negociación colectiva, dirigido a favorecer tratamientos colectivos en ámbitos reducidos, preferentemente de empresa; d) hay un incremento del espacio regulador concedido al contrato de trabajo¹⁵¹. La situación descrita requiere una perspectiva “eurocéntrica” en los procesos de negociación colectiva europeos¹⁵² y también en cualquiera que se abra desde Europa más allá de sus fronteras o como consecuencia de los procesos de globalización. El planteamiento de partida nos muestra que las relaciones industriales están cada vez más “europeizadas”, aunque los diferentes sistemas nacionales todavía conserven sus propios rasgos¹⁵³; y esto es lo llamativo, porque a pesar de las notables diferencias de regímenes jurídicos y de modelos de relaciones laborales, en los países europeos con democracia industrial, hay un elemento común muy marcado: “la centralidad que en todos ellos posee la negociación colectiva de fijación de condiciones de trabajo entre

¹⁵⁰ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, pp. 70-71.

¹⁵¹ BAYLOS GRAU, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999.

¹⁵² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA. VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, 2001.

¹⁵³ BIAGI, M.: “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 3-14.

las organizaciones sindicales y empresariales", incluso en el ámbito sectorial¹⁵⁴. La generalizada difusión de la negociación colectiva se debe a numerosas razones, de entre ellas, tres merecen ser destacadas por su significación político-institucional: 1^a) Es un medio de determinación de las condiciones de trabajo dotado de una flexibilidad muy superior a la de cualquier procedimiento de producción de normas, incluido el legislativo. 2^a) Traslada a la vida económica los principios propios del pluralismo social. 3^a) Cumple un esfuerzo de democratización de las relaciones laborales, neutralizando, apartando o suavizando las fórmulas de imposición unilateral procedentes bien del Estado, bien del empresario, siempre presto a obtener ventajas de su superioridad contractual¹⁵⁵. Además, la negociación colectiva sigue siendo "la sede privilegiada de las transformaciones y parte indispensable de las políticas sociales europeas". Sus ventajas frente a la regulación legal se han acentuado, pero actualmente "la promoción de la negociación colectiva de empresa constituye un movimiento de fondo en los distintos países de la UE sobre el que las leyes vienen actuando desde hace tiempo"¹⁵⁶.

8. La necesaria negociación del conflicto de trabajo: los procedimientos extrajudiciales como típicos instrumentos de la negociación colectiva.

En el DTSS confluyen intereses divergentes según las necesidades, posiciones y poderes de los sujetos implicados, lo que significa que trabajo y conflicto van de la mano. El futuro de los procedimientos alternativos en nuestro país no dependerá tanto del empeño judicializador o desjudicializador

¹⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: "Prólogo", en AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 12-13.

¹⁵⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, Madrid, 1996, pp. 15-16.

¹⁵⁶ "La fuerza de esta corriente se ahonda al permitir la ley una negociación colectiva de empresa derogatoria (*in peius*) no ya de su propia regulación, sino de la regulación de la negociación colectiva sectorial". La negociación colectiva en la empresa ya no es el mecanismo tradicional de acompañamiento, complementación y ejecución diferenciada del diálogo social interprofesional y en los sectores, "se convierte necesariamente en el ámbito de negociación preferente como útil o instrumento de gestión de la empresa y de ejercicio del poder de dirección empresarial", CASAS BAAMONDE, M.^a E.: "La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo", cit., pp. 87-88.

del legislador, cuanto de los espacios de incidencia y de la función real que les reconoce la Ley 3/2012 y sus normas reglamentarias de desarrollo en el ámbito de la “flexibilidad interna” y de las decisiones de ajuste empresarial del volumen de empleo, partiendo del hecho de la notable ampliación del poder empresarial¹⁵⁷. Una de las consecuencias que se deducen de los resultados publicados por los órganos de gestión de estos procedimientos (SIMA y autonómicos) es que ayudan a disminuir la carga de trabajo de los jueces y magistrados del orden social, que ha aumentado de manera significativa en la presente crisis, tanto por el incremento de la litigiosidad como por la mayor dificultad o complicación de los litigios enjuiciados, como son los conflictos colectivos y los despidos. A esto hay que añadir otro factor que repercute en esa carga de trabajo: el dinamismo del cambio legislativo experimentado en los años de crisis¹⁵⁸. Ante esta realidad extremadamente cambiante, se requieren mecanismos ágiles y de respuestas inmediatas por las incertidumbres y demandas en la coyuntura actual (Preámbulo V ASAC)¹⁵⁹.

Los procedimientos de solución extrajudicial autónomos de los conflictos laborales “han alcanzado *carta de naturaleza* en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, legal y jurisprudencial, habiendo contribuido notablemente a ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al allanar los problemas que planteaba la *tutela judicial efectiva* frente a ellos”¹⁶⁰. Sentado lo anterior, parece claro que el diseño de la solución extrajudicial del conflicto laboral ha de partir de un “andamiaje normativo básicamente estatal” y del “respeto a la voluntad

¹⁵⁷ Véase, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Mediación, arbitraje y períodos de consulta”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, pp. 1-27.

¹⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: “Los derechos a tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: incidencia de la crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 311.

¹⁵⁹ En palabras del FJ5 de la STC 217/1991, de 14 de noviembre, la instauración de medios autónomos de composición de conflictos no tiene otro fin que “procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo”.

¹⁶⁰ SALA FRANCO, T.: “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 475.

de las partes”¹⁶¹. Las más recientes reformas laborales dan un tratamiento unitario a todas las medidas de flexibilidad interna o propugnan un “régimen jurídico prácticamente unitario de los procesos de reestructuración de empresas” porque entre los diferentes tipos de flexibilidad interna se produce un diálogo o unidad funcional¹⁶². La reforma laboral de 2012 apuesta claramente por detraer competencias a los convenios colectivos (especialmente a los sectoriales) y puede afirmarse que nos hallamos ante un marco legislativo que permite continuas adaptaciones del contenido contractual en la empresa a través de una serie de mecanismos de reestructuración que en su vertiente colectiva precisan de una consulta *fuerte* con los representantes de los trabajadores o de un convenio colectivo descentralizado¹⁶³. Se puede concluir que ya las reformas de 2010 y 2011 tenían una finalidad u objetivo común: “el modelo de flexibilidad interna que se quiere promocionar es un modelo pactado o consensuado”¹⁶⁴. Y la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al entendimiento de estos procedimientos como instrumentos típicos de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus distintas funciones, entre ellas, su función de gestión de la empresa y de las reestructuraciones empresariales, lo que es bueno para la propia autonomía colectiva, para las partes, para el sistema de relaciones laborales y para “el sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo” (STC 217/1991, FFJJ 1 y 5)¹⁶⁵.

La sucesión de cambios normativos estatutarios ha contribuido a aumentar las menciones en el Estatuto de los Trabajadores a la mediación y al arbitraje como medios autónomos para solventar los conflictos laborales surgidos en el ámbito de la flexibilidad interna y de la negociación colectiva. Los interlocutores

¹⁶¹ Para superar una asignatura pendiente en relación con la solución extrajudicial, cuál es su “depuración normativa”, es preferible la modificación de los preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral y del Estatuto de los Trabajadores, “frente a una norma especial”. Si bien, la dificultad de regular adecuadamente los procedimientos de solución extrajudicial “alcanza instituciones nucleares del sistema de relaciones laborales”, LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Consideraciones acerca de la solución extrajudicial del conflicto laboral”, cit., pp. 2-18.

¹⁶² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012, p. 20.

¹⁶³ FALGUERA BARÓ, M. Á: *El acuerdo en el período de consultas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2013, pp. 1-95.

¹⁶⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.ª L.: “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2011, pp. 193-196.

¹⁶⁵ Véase, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Mediación, arbitraje y períodos de consulta”, cit., pp. 1-27.

sociales confían en un sistema que ellos mismos se han dado, autónomo y privado, creado como alternativa a la solución judicial, que presenta mejores resultados estadísticos con un alto porcentaje de acuerdos si lo comparamos con la conciliación administrativa, donde parece que solo se concilian los conflictos que ya llegan acordados. Por otra parte, la mediación laboral se prefiere al arbitraje, que no tiene la flexibilidad y agilidad del procedimiento mediador, y que no permite a las partes el control del conflicto en todas sus etapas.

En cualquier caso, los impulsos de búsqueda del acuerdo no deben hacerse a cualquier precio, por ejemplo, en la nueva ordenación jurídica de los descuelgues por las empresas del convenio que resulte aplicable (Ley 3/2012), se fomenta el acuerdo de inaplicación “*imponiendo con carácter obligatorio, en caso de que las partes no se sometieran a los procedimientos pactados en el acuerdo interprofesional o estos no hubieran solucionado la discrepancia, la fórmula arbitral. No es cuestión ahora de discutir sobre la conformidad constitucional de una regla semejante, bastando con destacar la errática y extravagante regla que residencia en la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o en las respectivas instituciones autonómicas de naturaleza semejante, en lugar de en la Fundación Sima o en los correspondientes tribunales o institutos laborales autonómicos que ejercen idénticas funciones, la decisión de dictar en su seno el laudo arbitral o designar a un árbitro externo para que sea él el que lo dicte*”¹⁶⁶. La cuestión es criticable por el carácter obligatorio del procedimiento, aunque se utilice como *ultimáratio*, lo que permite poner en duda su constitucionalidad -ante la falta de voluntariedad de las partes en conflictos de intereses- porque pone en juego la integridad del derecho de negociación colectiva; y en segundo lugar, por el órgano designado para resolver el conflicto, ya que en la Comisión Consultiva está presente la Administración, que no es un tercero imparcial¹⁶⁷. Esta obligatoriedad del arbitraje plantea problemas de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del derecho a la autonomía

¹⁶⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, cit., pp. 20 y ss.

¹⁶⁷ GRANADOS ROMERA, M.ª I.: “La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?”, Relaciones Laborales, nº 21-22, 2012, pp. 53-78.

colectiva (art. 37.1 CE), “a la vista de los precedentes del Tribunal Constitucional (STC de 8 de abril de 1981), encontrándose esta cuestión en estos momentos “sub iudice”. Para SALA FRANCO, “la solución de futuro más razonable se encuentra en el deseable “arbitraje voluntario/obligatorio” a pactar por los agentes sociales en los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de los conflictos laborales, de “impecable legalidad constitucional” por no ser propiamente “obligatorios” sino “voluntarios” para los agentes sociales firmantes del acuerdo interprofesional si bien ciertamente “obligatorios” para las empresas y representantes de los trabajadores en conflicto”¹⁶⁸. En realidad, el arbitraje es una fórmula de composición que suele aparecer en los distintos ordenamientos de la UE como una vía extraordinaria, “al punto de que algunos ni siquiera la contemplan (Bélgica), en otros es francamente excepcional o muy rara (Italia, Austria o Alemania...) y en algunos más puede existir y tener lugar en cualquier momento que las partes así lo decidan, pero no se contempla regulación alguna al efecto (Estonia, Finlandia o Luxemburgo)”¹⁶⁹.

Una cuestión más, “el marco legal actual de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales se mueve entre diversas opciones de política legislativa, procedentes de las distintas leyes reformadoras”¹⁷⁰. Pero, como se ha dicho, no deja de sorprender el hecho de que “no es que se regule sin consenso —lo que ya sería importante pero se podría alegar que ya se había producido en 2011—, es que se regula en contra del consenso, imponiendo soluciones contrarias a lo pactado por los protagonistas de la

¹⁶⁸ SALA FRANCO, T.: “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, cit., p. 473.

¹⁶⁹ La posibilidad -abierta por el art. 82.3 ET- de que una sola de las partes pueda someter las discrepancias relativas a la inaplicación de convenios colectivos en el ámbito de la empresa a arbitraje obligatorio, canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y órganos tripartitos similares de las Comunidades Autónomas, ha sido “muy contestada por la doctrina y los sindicatos”. Véase, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 113-116.

¹⁷⁰ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, pp. 1-27.

*negociación colectiva: los trabajadores y empleadores y sus respectivas organizaciones representativas*¹⁷¹.

La solución autónoma de los conflictos de trabajo ya no es una carencia en el sistema de relaciones laborales español, pero los impulsos de búsqueda del acuerdo no deben hacerse a cualquier precio. Llegados aquí, no está de más confirmar el importante impulso legislativo a la mediación y al arbitraje y, por ende, el protagonismo que han adquirido estos mecanismos de consulta y negociación con base en la autonomía colectiva de los agentes sociales, lo cual es positivo, sobre todo en tiempos de crisis, pero siempre que se respeten los difíciles consensos alcanzados por las organizaciones que representan al conjunto de los trabajadores y empleadores; y segundo, que se proceda a una conjunta y ordenada sistemática jurídica en su regulación.

9. La *contracción* del Estado social: el principio de solidaridad como sustrato ideológico para mantener un régimen público de Seguridad Social.

El modelo de protección social español ha sufrido mermas sucesivas en sus tres grandes pies: el sistema de seguridad social (pensiones contributivas, no contributivas y SOVI), el sistema de salud (atacado en su universalidad, gratuidad y gestión pública) y los dispositivos públicos e invertebrados de asistencia social (regresión de las ayudas a la discapacidad y a la dependencia)¹⁷². Sin embargo, es posible defender que la degradación de los derechos sociales, la *contracción* del estado social¹⁷³, requiere una respuesta que no sólo se despliegue en el nivel de la protesta ciudadana, sino de la específica resistencia de los trabajadores y de las trabajadoras como clase social estructurada en torno al trabajo que es reducido a puro componente

¹⁷¹ ALFONSO MELLADO, C. L.: "La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios", *Relaciones Laborales*, nº 3, 2013, pp. 15-42.

¹⁷² DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, cit., pp. 123-125.

¹⁷³ Es la expresión bajo la cual se quiere hacer alusión a la política de fuertes recortes sociales y de contención del gasto público sobre la base del equilibrio presupuestario que se han ido poniendo en marcha a partir de las políticas de austeridad europeas. Cfr., BAYLOS GRAU, A.: "La contracción del Estado social", *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, pp. 24-28.

económico, reduciendo su valor político y destruyendo los derechos básicos, individuales y colectivos, que de él derivan¹⁷⁴. Y ¿por qué no, adentrados en el ámbito de la Seguridad Social, afianzar la idea o principio de la solidaridad como sustrato ideológico predominante para poder mantener un “régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos” (artículo 41 CE)? Nuestro actual sistema público de Seguridad Social recoge una solidaridad universal o general y no una profesional o intergrupal (corporativa / mutualista). Esta solidaridad básica debe emplearse para satisfacer necesidades o inseguridades económicas no socializadas suficientemente en el actual ordenamiento estatal de la Seguridad Social. El artículo 41 CE sintoniza con valores de solidaridad universal, intergeneracional, que conllevan como fin último la triple idea de la redistribución de la renta, el mantenimiento de un sistema de reparto y la gestión pública sin ánimo de lucro. En todo caso, uno de los pilares básicos de la Seguridad Social es el principio de solidaridad¹⁷⁵. En definitiva, por la descripción que el art. 41 CE realiza del derecho a la seguridad social permite incluir en su ámbito ayudas de asistencia social. En verdad, ningún dispositivo de protección con vocación universalista puede excluir de su ámbito reservado las ayudas asistenciales. “El legislador no se decide a que el sistema de seguridad social sea una simple parte del modelo de protección social, prefiriéndolo casi como el todo de la misma, incluso en las leyes más recientes”¹⁷⁶.

La solidaridad es también uno de los componentes esenciales de la identidad europea. La protección social en Europa constituye la característica más importante de su modelo social, que implica una economía de mercado corregida por la solidaridad. Los sistemas de protección social constituyen en los países de la Unión Europea la principal partida de los presupuestos públicos. Puede hablarse, con las necesarias cautelas, de un *modelo europeo*

¹⁷⁴ BAYLOS GRAU, A.: “Derecho de huelga y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 347.

¹⁷⁵ Sin este principio no se puede entender la superación de las técnicas del seguro privado ni la aceptación de la previsión social como una función pública, propia del Estado. OIT: *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, 1984, p. 114.

¹⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L. E.: “Asistencia social y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, p. 702.

de Bienestar Social¹⁷⁷, aunque propiamente en el ámbito europeo no hay Estado Social, por ser ésta “una expresión de uso limitado a su empleo en el plano nacional de los ordenamientos internos, y a su generalización abstracta a través de las tradiciones culturales, políticas e ideológicas de éstos en el llamado acervo comunitario”¹⁷⁸. Se trata de uno de los principios fundamentales que debe cuidarse. El Consejo de Europa con especial preocupación ya manifestó hace tiempo que “más que el riesgo económico es en realidad el riesgo de hundimiento de la solidaridad lo que acecha a los sistemas de pensiones y, en general, a los sistemas de Seguridad Social”¹⁷⁹. La definición del modelo social europeo “constituye la referencia común de los distintos modelos sociales de la UE. “En definitiva, el modelo social europeo se caracterizaría por la centralidad que reconoce al Estado y a su papel regulador, por la necesidad de un alto porcentaje de gasto social público y, finalmente, por la relevante función asignada a los actores sociales, representantes de empresarios y trabajadores, en la definición de la política económica y social a nivel nacional”¹⁸⁰.

10. La solidaridad es la justificación paradigmática del Estado del Bienestar.

La Ley de Seguridad Social vigente no ha seguido en el tiempo a nuestra Constitución, sino que es un texto refundido de normas constitucionales y preconstitucionales, su caldo de cultivo ideológico ha estado, en su origen, en la unificación de los seguros sociales y en la superación de la primera etapa de previsión social por una etapa evolucionada de seguridad social en el régimen dictatorial franquista, “y no ha sido objeto de codificación, sino de refundición”,

¹⁷⁷ Modelo que como se indica en el documento sobre *El futuro de la protección social en Europa*, aprobado en noviembre de 1995 por los Consejos Económicos y Sociales de la Unión Europea reunidos en Madrid, ha proporcionado altos niveles de bienestar material y social y ha hecho que sus ciudadanos se identifiquen con su sistema político social. “Se podría afirmar, dice el documento, que este modelo de desarrollo social es consustancial con la forma de vida de los ciudadanos de Europa Occidental”, DURÁN LÓPEZ, F.: “Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar”, Relaciones Laborales, núm. 9, 1996, p. 18.

¹⁷⁸ BAYLOS GRAU, A.: “La contracción del Estado social”, cit., p. 19.

¹⁷⁹ Consejo de Europa: *Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTySS, Madrid, 1991, p. 130.

¹⁸⁰ BOGONI, M.: *El espacio europeo para la negociación colectiva*, cit., pp. 41-42.

por ello, la función del Tribunal Constitucional ha sido la de "afirmar la supremacía normativa incondicionada de la Constitución ejercida sobre el Derecho de la Seguridad Social... y enjuiciar la constitucionalidad de las normas legales pertenecientes a este sector del ordenamiento jurídico"¹⁸¹. La Seguridad Social -que surgió para superar los riesgos de los trabajadores por cuenta ajena- ha evolucionado desde la deslaboralización hacia la extensión a todos los ciudadanos. La universalización se produjo "con base justamente a la idea de solidaridad". La resultante de un enfoque privatizador es que se recurra al egoísmo como factor animador que reemplace a la solidaridad y que supervalore la fuerza dinámica del interés propio, "frente a lo que se presenta como una quiebra o un fracaso de la solidaridad, se pondrá la virtualidad y la eficacia del egoísmo"¹⁸². De hecho, la idea de la solidaridad fue la justificación paradigmática del Estado del Bienestar, que consagra y garantiza derechos sociales a los ciudadanos y que organiza, por así decirlo, la solidaridad que se estima debe caracterizar a toda sociedad organizada. Sin embargo, valores como la solidaridad o la eficacia, tradicionalmente ubicados en posiciones ideológicas enfrentadas, hoy confusamente se entremezclan en diferenciadas opciones sociales y parece prudente constatar que la solidaridad, como instrumento válido de estabilidad social no puede producirse sin acciones colectivas y sin intervenciones estatales, pero al mismo tiempo la eficacia y credibilidad racional en la ejecución de tal solidaridad no puede desprenderse de una individualización que refuerce la capacidad de control y acción del propio individuo¹⁸³.

La solidaridad, por principio, no puede entenderse referida ni a las personas concretas -en cuanto individuos particulares- ni tampoco a problemas específicos, aunque tales sean de colectivos, sino que se produce o no una privación de derechos "si el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto" (f.j. 4º STC 134/1987). De esta manera, el

¹⁸¹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "Prólogo" a ARUFE VARELA, A., cit., p. 16.

¹⁸² Este principio del interés propio de ZACHER, es una de las premisas de la sociedad liberal y pluralista, que conduce a desequilibrios que producen déficits sociales, PLÁ RODRÍGUEZ, A.: "Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo", Comunicación mimeografiada presentada al *II Congreso Hispano-Latinoamericano de Seguridad Social*, Sevilla/1992, p. 5.

¹⁸³ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "La reforma del sistema de relaciones laborales: ¿Hacia un neopluralismo?", Relaciones Laborales, tomo II 1993, p. 408.

legislador al desarrollar las "prestaciones complementarias libres" -en posibilidad abierta por el art. 41 CE-, puede "tener en cuenta los penosos condicionamientos dimanantes de una coyuntura socioeconómica desfavorable y las posibilidades mismas de financiación en el sistema de la Seguridad Social ... [pero sin] redundar en quebranto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, precisamente, de aquellos que más requieren protección y progreso en la calidad de su vida, por exigencia de los valores de igualdad y de justicia que nuestra Constitución consagra"¹⁸⁴.

11. La Seguridad Social es un instrumento de la política de redistribución de la renta.

Todas estas posiciones que están presentes en el debate entre Seguridad Social pública y previsión privada, no dejan de tener un matiz de ideología política, que termina arrojando lo que se puede denominar un "velo de incertidumbre a la humanización como uno de los objetivos prioritarios de la Seguridad Social"¹⁸⁵. La disyuntiva parece exigir poner cerco a la solidaridad

¹⁸⁴ CONSIDERACIONES PREVIAS de la Recomendación remitida a las Cortes Generales y al Gobierno por el Defensor del Pueblo, el 7 de noviembre de 1985, sobre la Ley 26/1985, de 31 de julio.

El número de pensiones contributivas de la Seguridad Social alcanzó la cifra de 9.278.782 en mayo (crecimiento del 1,10% sobre igual mes de 2014). Del total de pensiones, más de la mitad, 5.622.254, fueron pensiones de jubilación, con un repunte del 1,5% respecto a mayo de 2014. Según los datos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el gasto en pensiones subió un 3% más que en el mismo mes de 2014 y la Seguridad Social destinó en el presente mes de mayo la cifra récord de 8.217,8 millones de euros al pago de las pensiones contributivas. La mayor parte del importe fue destinado a las pensiones de jubilación (5.733 millones de euros (+3,7%).

El Gobierno ha gastado un 38% de la 'hucha de las pensiones' en tres años. Los recursos del fondo tocaron techo en 2011, cuando se acumulaban 66.815 millones a 31 de diciembre. Al cierre de 2014 los recursos ascendían 41.635 millones. Parece que la necesidad de recurrir a la *hucha* será mayor con el tiempo, debido al incremento de pensionistas por el envejecimiento de la población, además el pronóstico de número de cotizantes por cada pensionista hasta 2032 es el siguiente: la ratio, que para 2014 se situaba en 1,8 irá menguando año a año de forma progresiva hasta situarse en una horquilla del 1,32 a 1,38, según el escenario previsto sea más o menos pesimista. Según la consultora Towers Watson el fondo de reserva se acabará en nueve años si el paro se estanca en un 15%.

¹⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: "La política de pensiones entre Estado y mercado", en (coord.) TORRES LÓPEZ, J.: *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, cit., p. 41. Parece como si la ley "hubiera perdido parte de su antigua vinculación con la justicia [social, en este caso]", GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1993, p. 74. Debe subsistir la función del Derecho como protector de valores superiores

por la insostenibilidad financiera del sistema público de pensiones¹⁸⁶. Este asedio carece de justificación y es a todas luces impropio de un Estado Social. Lo realmente necesario es "reinventar" la solidaridad para desembocar en un pluralismo cultural o nueva "cultura de las pensiones"¹⁸⁷. En la forma de entender la solidaridad reside la extensión que pueda alcanzar el reparto y la distribución de la renta en su conjunto. La Seguridad Social es un instrumento de la política de redistribución de la renta basado en el principio de solidaridad intergeneracional e intrageneracional. La intervención del Estado en la Seguridad Social mediante su concurso a la financiación de la misma -sin el cual no sería posible un sistema auténtico de Seguridad Social- exige que se logre "por completo la realización de la idea de solidaridad social que es propia de la Seguridad Social, que debe de realizar no sólo una redistribución de las rentas salariales, sino también, al menos parcialmente, una redistribución de la renta nacional". La participación del Estado es lógica y obligada por el fin público propio que tiene la Seguridad Social y por ser ésta un derecho del ciudadano, aunque extraña a las relaciones jurídicas concretas de protección social o contributiva¹⁸⁸. Del mismo concepto del principio de solidaridad deducimos que una de sus "exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados, con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios" (f.j. 5º STC 134/1987, de 21 de julio).

del sistema social y productor de bienes esenciales para la comunidad. "Se trata de inventar nuevas formas de regulación que permitan armonizar la equidad social y la eficiencia económica del sistema global de pensiones", MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los planes de pensiones en el sistema...", cit., p. 186; y -tal y como cita en la nota a pie 213 de esta misma página-. Véase, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 389 y ss.

¹⁸⁶ La opción o elección política es disyuntiva: solidaridad general/universal *versus* solidaridad corporativa, no copulativa; Véase, BALANDI, G. G., "Tendencias de la Seguridad Social en los países de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, nº 23, 1988, pp. 22-24.

¹⁸⁷ Pues no debe olvidarse "que la democratización de los fondos de pensiones puede ser valorada como una forma de participación en la vida económica en el sentido de los artículos 9.2 y 129 del Texto Constitucional", construyendo desde la solidaridad social en libertad un sistema global e integrado de pensiones públicas y privadas, MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los planes de pensiones en el sistema...", cit., pp. 191-192.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "El Estado y la Seguridad Social...", cit., pp. 80-83.

12. La continua integración de regímenes especiales: la desaparición del REA.

Como se ha dicho, la solidaridad social no deja de ser un principio del ordenamiento de la Seguridad Social, pero no es un “recurso inspirador” sólo para el ámbito social, en el sistema económico también se parte del principio de que las diferencias entre la protección a la industria y a la agricultura se justifican por las “ventajas sociales” para esta última. La protección social de la actividad agropecuaria constituyó una modalidad de Seguridad Social derivada, en gran parte, de la insuficiencia económica de dicho sector¹⁸⁹. El parco triángulo en el que se sustanciaba toda la ayuda legal disponible para la delimitación del ámbito subjetivo y la construcción de la Seguridad Social del sector primario de nuestra economía estaba formado por el Texto Refundido de 1971 y los artículos 10.2.a) y 98.b) de la Ley General de la Seguridad Social de 1994¹⁹⁰. La simplificación de los Regímenes Especiales, en concreto la desaparición del REASS, se ha llevado a cabo con la técnica de la integración formal, mediante la que se logra prescindir de la apariencia de pluralidad, pero manteniendo las especialidades dentro de cada Régimen unificado, “con ello el sistema no se unifica realmente, porque las transferencias financieras de la caja única ya no se realizan de un régimen a otro, sino dentro de las especialidades del mismo régimen”¹⁹¹. Creo que la conversión de los Regímenes Especiales en sistemas especiales no siempre es necesaria; por ejemplo, se puede crear un sistema especial donde queden encuadrados exclusivamente los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrarios, pero los trabajadores indefinidos pueden integrarse paulatina y plenamente en el Régimen General común de la Seguridad Social.

13. La reaparición del viejo debate: capitalización versus reparto.

¹⁸⁹ BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: “La planificación de la Seguridad Social española desde 1957 a 1963”, *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 5, 1958.

¹⁹⁰ CUBAS MORALES, A.: “El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 12, 1993.

¹⁹¹ DESDENTADO BONETE, A.: “El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós”, *Actualidad Laboral*, versión electrónica, R1394, 1962.

El sentido progresivo de la normativa de Seguridad Social no puede desembocar más que en el mantenimiento de un sistema financiero de reparto. Son principios -todos ellos- que sólo pueden considerarse en un ámbito global¹⁹². Ante esta situación, parecen enfrentarse dos binomios dentro del propio sistema: solidaridad / reparto, por un lado y equivalencia / capitalización, por otro. La reaparición del viejo debate capitalización versus reparto trae consigo mutuos reproches de inseguridad: "el reparto, porque su funcionamiento correcto depende de datos demográficos y de niveles de empleo y productividad que se han vuelto cuestionables; la capitalización, porque depende también de variables poco seguras: la capacidad de ahorro de los individuos y de los grupos, una estabilidad de ingresos infrecuente en la era del empleo precario y de la rentabilidad final de los fondos"¹⁹³. Esto acaba direccionando el debate, una vez más, a tener que dilucidar cuál es el papel que debe cumplir el sector público, exigiendo la necesidad de delimitar hasta donde llega la función o intervención del Estado en la Seguridad Social. La cuestión se centra siempre en la relación entre lo público y lo privado en el ámbito de la protección. Aun siendo lógica una actuación estatal de fomento de las formas de cobertura privadas, con medidas de apoyo estatal, ha de mantenerse siempre la distinción entre lo público y lo privado dentro de unos límites razonables. La discusión sobre estos límites es sin duda el gran dilema¹⁹⁴. Seguramente, en la conciencia social actual la imagen del sistema de Seguridad Social sigue ligado a una función exclusiva del Estado y de naturaleza pública¹⁹⁵.

Un sistema global de pensiones debe atenerse en su realización a los dictados marcados por una política de solidaridad, aun siendo consciente de los obstáculos que va a encontrar *dentro y fuera* del colectivo de los pensionistas. Cualquier política practicable debe "imaginar nuevas formas de

¹⁹² ZORRILLA al considerar el alcance del art. 51 de la Ley 44/1983, sostenía que aunque disminuyera la función de sustitución para los grupos con rentas profesionales más altas, mejoraría el efecto redistributivo del sistema, véase ZORRILLA RUIZ, J. M.: "Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución española", *Revista de Seguridad Social*, nº 25, 1985.

¹⁹³ DESDENTADO BONETE, A.: "La nostalgia del sistema...", cit., p. 19.

¹⁹⁴ Ibídem, p. 22.

¹⁹⁵ Así termina deduciendo SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, cit., p. 142.

gestión de lo social que trate de combinar el principio de solidaridad general y las emergentes solidaridades particularistas". Para construir un "capitalismo del bienestar" se requiere una política social "hasta los límites de lo que es económicamente posible". Con agudeza se lanzaron hace tiempo una serie de reflexiones sobre el retorno de la filosofía "liberal" de incentivación de los sistemas privados de pensiones que, sin intentar desmantelar el Estado Social, podían acabar produciendo una acusadísima fragmentación de la protección social¹⁹⁶. Si la dinámica del Estado del Bienestar reposa sobre el programa ilimitado de liberar a la sociedad de la necesidad y del riesgo (ROSANVALLON), "el tema fundamental es el papel que en la sociedad hayan de jugar los valores de la igualdad y de la solidaridad... [por ello,] los problemas actuales del Estado del Bienestar distan mucho de tener soluciones técnicas o económicas neutras e incontestables", sino de compromiso o política social¹⁹⁷. Los rasgos de cualquier sistema europeo de Seguridad Social son: la universalidad subjetiva de protección, el carácter público y la naturaleza obligatoria. A su vez se pueden distinguir varias funciones o principios básicos de ordenación: a) Principio de sustitución. Consiste en recuperar o sustituir la renta salarial que se tenía en la situación de activo, aunque se disponga de ingresos suficientes para subsistir. Este principio proviene del sistema contributivo. b) Principio de compensación. Consiste en garantizar una renta social mínima para quienes carecen de ingresos suficientes con los que subsistir. Este principio proviene del sistema distributivo o asistencial. c) Principio de solidaridad y vertebración. La finalidad no deja de ser el mantenimiento del sistema económico-social vigente, orientándose hacia un principio de redistribución de la riqueza nacional para superar el grado de desigualdad originario¹⁹⁸. Todos estos principios son propios de un sistema de reparto, donde priman la solidaridad intergeneracional y la suficiencia de las prestaciones. Puede afirmarse que en el sistema financiero de la Seguridad

¹⁹⁶ Véase, MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (coord.): *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, MTASS, Madrid, 1997, pp. 180-181 y 197-198.

¹⁹⁷ DURÁN LÓPEZ, F.: "Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar", cit., p. 21.

¹⁹⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4^a ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 31.

Social española se sigue un principio de “reparto atenuado”¹⁹⁹. El actual sistema de financiación de la Seguridad Social se apoya en la idea de la solidaridad que, a su vez, opera en tres ejes diferentes: solidaridad entre generaciones, solidaridad de los activos respecto de los pasivos y solidaridad entre los distintos territorios de la nación.

14. Las dificultades del sistema de pensiones para afrontar sus propios desequilibrios y el abandono de la concertación social.

El sistema público español de Seguridad Social debe reconducirse siguiendo las mismas pautas que lo propiciaron: la cohesión social y la solidaridad del sistema. La dificultad estriba en seguir haciendo posible, desde el punto de vista político y económico, una conciliación entre una economía fundamentalmente capitalista combinada con una política social eficiente²⁰⁰. “A nadie se le oculta que la reforma de las pensiones, al menos desde mediados de la década de los ochenta, puede decirse que es una reforma “programada” y coordinada desde las instancias internacionales (Banco Mundial, OCDE, Unión Europea; y los nada despreciables “informes técnicos de encargo”), que subrayan al unísono las dificultades del sistema de pensiones para afrontar los desequilibrios demográficos (envejecimiento de la población), la crisis fiscal, las exigencias de competitividad de la economía, las transformaciones de las estructuras familiares, etc.”²⁰¹.

Desde mi punto de vista, las alternativas que deben barajarse en un sistema público de pensiones son las siguientes: 1) No hay duda de que el papel de los *canales democráticos* es cumplir un mandato constitucional, por delante del cumplimiento de cualesquiera otros factores, de revalorización anual o de equidad intergeneracional. Estos factores muestran la prevalencia de un enfoque neoliberal asistencialista (Seguridad Social de mínimos) e impiden la aplicación de una vía más social-estatista. Sin embargo, los

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2012.

²⁰⁰ Véase, MONEREO PÉREZ, J. L., “Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, cit., pp 78-87.

²⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L., prólogo a DE LA FUENTE LAVÍN, M., *Reparto y capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, CES, Madrid, 2007, p. 15.

principios ordenadores y los parámetros propios del sistema de la Seguridad Social deben prevalecer sobre el factor de sostenibilidad. 2) Con las recientes reformas ya se han tomado decisiones restrictivas para la viabilidad del sistema de pensiones como consecuencia del aumento de la esperanza de vida tras alcanzar los 65 años, por ejemplo, disminuir en dos años dicha esperanza de vida porque el comienzo de la jubilación ordinaria se retrasará a los 67 en el año 2027, una vez superado el período transitorio²⁰². Todo esto sin olvidar que la tasa de retorno actual o porcentaje de la pensión respecto al sueldo no llega al 80 por ciento. 3) Hasta ahora la mayoría de las reformas del sistema público de protección social se han realizado a través de políticas de concertación social, lo que ha facilitado su implantación “pacífica”, en la lógica de proporcionar una legitimidad adicional a las decisiones de política legislativa²⁰³. Es decir, los Decretos-leyes se han utilizado para cristalizar normativamente determinados acuerdos bipartitos o tripartitos alcanzados en el seno del diálogo social, producidos en el marco de la llamada “legislación prenegociada”, “con todo, tal realidad es, al día de hoy, absolutamente residual”²⁰⁴. Este abandono de la concertación social es otra muestra del proceso de “desconstitucionalización del trabajo”²⁰⁵.

²⁰² Y todo parece indicar que el legislador tiene en mente aplicar nuevas elevaciones de la edad de jubilación a partir de 2027, reforzando con ello la lógica aseguradora de que quien tanto aporta tanto recibe, y garantizando por esta vía la sostenibilidad económica del sistema de Seguridad Social. Con todo debe precisarse que la sostenibilidad del sistema no depende solo de factores demográficos relacionados con el envejecimiento de la población, sino de otras muchas circunstancias y condiciones de índole social y económica (tasa de natalidad, flujos migratorios, número de ocupados, volumen de desempleo), CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en *La pensión de jubilación*, coords. LÓPEZ ANIORTE, Mª. C. y GARCÍA ROMERO, B., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 54.

²⁰³ MONEREO PÉREZ, J. L., “El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, en *La reforma del sistema de pensiones*, coord. ANTÓN, A., Madrid, Talasa, 2010, pp. 15-89. Véase también, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “El factor de sostenibilidad en España. ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso del modelo de pensiones públicas?, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, pp. 209-238.

²⁰⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Las normas urgentes en materia laboral (la desnaturalización de la potestad excepcional de legislar)”, cit., p. 35.

²⁰⁵ Además, “se vulneran asimismo las normas internacionales de la OIT sobre la obligación de consulta a los agentes sociales de las políticas de empleo (Convenio 122, 1964), reiterada en el Programa Global de Empleo (2003) y en la Declaración del 2008 sobre justicia social en una sociedad global equitativa, y se sitúa al gobierno español fuera de la legalidad de la Unión Europea que exige el diálogo social como condición previa a la adopción de políticas sociales y en particular de la política de empleo”, BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, cit., p. 39.

Según el *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* –Madrid, 7 de junio de 2013-, cualquier combinación que se empleara de fórmulas se debía modular por el debate sociopolítico y debía comprometer totalmente a los gobiernos presentes y futuros en su cumplimiento año tras año. Es justo lo que no ha ocurrido hasta ahora, año tras año las reformas restrictivas de protección social se han sucedido en cascada creando inseguridad jurídica y económica en los beneficiarios.

15. Más transgresiones que transformaciones en el DTSS.

En estos tiempos de crisis, hablar del fin del DTSS o del cambio del modelo de relaciones laborales, “es gana de hacer tremedismo, por muy nocivas que resulten algunas de las nuevas regulaciones para los trabajadores”²⁰⁶. La realidad de los hechos en estos tiempos de crisis no ha dejado bien parado al modelo europeo de relaciones laborales, las reflexiones que se han vertido en un momento de relativo desconcierto del DTSS, “en el que los imperativos económicos del mercado cuestionan muchos de los dogmas tradicionales de la disciplina”, no siempre pretenden resolver problema alguno, sino dejar abiertos otros nuevos, con el fin de “devolver al Derecho del Trabajo parte del tradicional papel de vanguardia del Derecho privado”, siempre desde requerimientos constitucionales. En este marco “el Derecho del Trabajo se transforma, pero no se desnaturaliza”. La Constitución le da una nueva dimensión y le exige nuevos planteamientos para recobrar su auténtico papel de garantía de la autodeterminación y autorrealización del trabajador como ciudadano²⁰⁷. En este sentido, creo que han sido más las transgresiones que las transformaciones en el DTSS, dicho en términos deportivos, la política legislativa ha señalado algunas “penas máximas” que el legislador se ha

²⁰⁶ “En todo caso, habida cuenta que los momentos significativos de cualquier reforma laboral vienen siendo hasta cinco de carácter público..., así como un momento significativo adicional privado, a cargo de la negociación colectiva, habrá que dejar discurrir pacientemente la evolución de los acontecimientos antes de emitir el certificado de defunción”. DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 125.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, en *Tres décadas de Relaciones Laborales en España. Editoriales y Estudios*, cit., p. 94.

precipitado a transformar o ejecutar, no siempre utilizando el mejor canon de constitucionalidad, lo que no deja de ser una transgresión.

BIBLIOGRAFÍA:

ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4^a ed., Tecnos, Madrid, 1991.

ALFONSO MELLADO, C. L.: "La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios", *Relaciones Laborales*, nº 3, 2013.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, 5^a ed., Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M.^a: *Derecho Procesal del Trabajo*, 15.^a ed., Civitas, Madrid, 2008.

ARUFE VARELA, A.: *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2015.

BALANDI, G. G., "Tendencias de la Seguridad Social en los países de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, nº 23, 1988.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo", en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

BAYLOS GRAU, A.: "Derecho de huelga y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

"La contracción del Estado social", *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013.

"La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012", *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013.

"Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999.

BIAGI, M.: "The 'Quality' Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission", en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.: "La planificación de la Seguridad Social española desde 1957 a 1963", *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 5, 1958.

BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980.

BOCHENSKI, I. M.: *Los métodos actuales del pensamiento*, Rialp, Pamplona, 1957.

BOGONI, M.: *El espacio europeo para la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2015.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Nuevos iuslaboralistas para el nuevo Derecho del Trabajo", *Actualidad Laboral*, nº 31, 1996.

"¿La ignorancia de la Ley Laboral excusa de su cumplimiento?", *Actualidad Laboral*, nº 30, 1996.

"¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?", *Actualidad Laboral*, nº 34, 1994.

"Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo", en el prólogo a la traducción española de *Nociones de Derecho del Trabajo*, IEP, Madrid, 1963.

BRUUN, N.: «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

CAMERLINK-LYON CAEN: *Droit du Travail*, Dalloz, París, 1978.

CAPELLA, J. R.: "El Derecho y la reflexión sobre el Derecho", en *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.

CAPILLA BOLAÑOS, J. A.: "Las nuevas pensiones de jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia tras las reformas legislativas operadas por la Ley 24/1997, Real Decreto 1647/1997, Ley 66/1997 y Real Decreto 4/1998, su configuración actual", *Actualidad Laboral*, nº 22, 1998.

CASALE, G.: «Collective bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "Prólogo" a ARUFE VARELA, A.: *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2015.

"La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 15, 2014.

"Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 2, 2014.

“Mediación, arbitraje y períodos de consulta”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014.

“Sistemas autónomos de solución de conflictos “a escala europea” y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, tomo I 2002.

“La individualización de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, II tomo, 1991.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “Eficacia y vigencia del convenio colectivo”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS – Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en *La pensión de jubilación*, coords. LÓPEZ ANIORTE, Mª. C. y GARCÍA ROMERO, B., Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

Consejo de Europa: *Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTySS, Madrid, 1991.

CRUZ VILLALÓN, J.: “El derecho al trabajo en la Constitución española”, en Coords.: BAYLOS, A., CABEZA, J., CRUZ, J. y VALDÉS, F., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, Madrid, 2015.

“Empleo juvenil y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

“Prólogo”, en AGUILAR GONZÁLVEZ, Mª C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

CUBAS MORALES, A.: “El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 12, 1993.

DE LA VILLA GIL, L. E.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

“Asistencia social y crisis económica”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

DESENTANDO BONETE, A.: “El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós”, *Actualidad Laboral*, versión electrónica, Referencia 1394, 2008.

“La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 1996.

“El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós”, *Actualidad Laboral*, versión electrónica, R1394, 1962.

DÍAZ AZNARTE, M.ª T.: "Cuando la crisis económica se convierte en un argumento jurídico. La jurisprudencia constitucional avala la reforma 2012", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2015.

DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1974.

DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.

DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

"¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?", *Relaciones Laborales*, nº 2, 1998.

"La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal", *Relaciones Laborales*, nº 4, 1996.

"La viabilidad del sistema de Seguridad Social: entre la solidaridad y el ahorro. ¿Reparto versus capitalización?", *Aranzadi Social*, nº 9, 1996.

"Seguridad Social, protección complementaria y planes de pensiones: entresijos y reparto del espacio social", *Información Laboral*, nº 15, 1996.

DURÁN LÓPEZ, F., "El futuro del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996.

"Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar", *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1996.

DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Las normas urgentes en materia laboral (la desnaturalización de la potestad excepcional de legislar)", en BAYLOS, A., CABEZA, J., CRUZ, J. y VALDÉS, F. (coords.): *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*. La Ley, Madrid, 2015.

FALGUERA BARÓ, M. Á: "El acuerdo en el período de consultas", *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva", en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS – Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Derecho de negociación y de acción colectiva", en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Europea, Libro II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

FERRARO, G.: "Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela", Cedam, Padua, 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.

GARRIDO PÉREZ, E.: "Estructura y concurrencia en la negociación colectiva", en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de la Seguridad Social", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

GIUGNI, G.: "Diritto del Lavoro (Voce per un' enciclopedia)", en *Lavoro, Leggi, contratti, Il Mulino*, Bolonia, 1989.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Democracia, gobierno de la crisis económica y gestión de las relaciones de trabajo", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

"La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2001.

El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996.

"La reforma del sistema de relaciones laborales: ¿Hacia un neopluralismo?", Relaciones Laborales, tomo II 1993.

El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general, ACARL, Madrid, 1993.

GRANADOS ROMERA, M.ª I.: "La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?", Relaciones Laborales, nº 21-22, 2012.

HENKEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968.

KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, MTySS, Madrid, 1987.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Consideraciones acerca de la solución extrajudicial del conflicto laboral", *Información Laboral – Jurisprudencia*, nº 10, 2003.

Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales, Lex Nova, Valladolid, 2003.

LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980.

LIPARI, N.: "L'interpretazione giuridica", en *Il diritto privato nella società moderna* (a cura di S. Rodotá), Bolonia, *Il Mulino*, 1972.

LOMBARDI, L.: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffré, Milán, 1967.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Los derechos a tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: incidencia de la crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

"Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996.

MATÍA PRIM, J., "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

MOLERO MANGLANO, J. C., "Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos", *Actualidad Laboral*, nº. 27, 1996.

MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: "Poder de dirección y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

"El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011", *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L., "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en *La reforma del sistema de pensiones*, coord. ANTÓN, A., Talasa, Madrid, 2010.

Prólogo a DE LA FUENTE LAVÍN, M., *Reparto y capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, CES, Madrid, 2007.

"El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en AA. VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, 2001.

"Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social", *Relaciones Laborales*, tomo II, 2001.

"Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (coord.): *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, MTASS, Madrid, 1997.

Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., "El factor de sostenibilidad en España. ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso del modelo de pensiones públicas?", *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013.

MURCIA CLAVERÍA, A.: "Derecho al trabajo y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

OIT: *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, 1984, p. 114.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Sindicatos y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

PEDROSA GONZÁLEZ, J.: *Relaciones actuales entre convenio y ley*, Bomarzo, Albacete, 2015.

PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1965.

PLÁ RODRÍGUEZ, A.: "Otra inversión de tendencias en la Seguridad Social: de la solidaridad al egoísmo", Comunicación mimeografiada presentada al *II Congreso Hispano-Latinoamericano de Seguridad Social*, Sevilla/1992.

RIVERO LAMAS, J., "Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 80, 1996.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Globalización y negociación colectiva: el papel del diálogo social en el futuro de Europa", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 5, 2005.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L.: «Organización del sistema productivo y Derecho del Trabajo», *Revista Estudios Financieros*, nº 49, 1996.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: "El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2015.

"Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", en *Tres décadas de Relaciones Laborales en España. Editoriales y Estudios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2015.

"El Derecho del Trabajo a fin de siglo", en *Tres décadas de Relaciones Laborales en España. Editoriales y Estudios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2015.

"El efecto "inter privatos" de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica*.

Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 15, 2014.

"Las claves de la reforma laboral 2012", *Relaciones Laborales*, nº 23/24, 2012.

"Sobre el contrato de trabajo "único", *Relaciones Laborales*, I tomo, 2009.

"Flexiseguridad: el debate europeo en curso", *Relaciones Laborales*, tomo II, 2007.

"El Derecho del Trabajo a fin de siglo", *Relaciones Laborales*, nº 24, 1999.

"Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral", en AA. VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, 1995.

"Las enfermedades del trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1995.

"La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1992.

"Flexibilidad, juridificación y desregulación", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1987.

"Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?", *Relaciones Laborales*, tomo I, 1987.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS, M.ª E. y VALDÉS, F.: "Una revista nueva", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2015.

ROMAGNOLI, V.: "Tecnocrazia e diritto del Lavoro", *Politica del diritto*, nº 1, 1970.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (Dir.), DEL VALLE VILLAR, J. M. y GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Editorial Civitas, 3ª ed., Madrid, 1996.

SALA FRANCO, T.: "La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

"El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo", en *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Universidad de Zaragoza, 1977.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

SANGUINETI RAYMOND, W.: "La "deconstrucción" del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un declinar inevitable?", *Relaciones Laborales*, nº 23, 2004.

"Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

"El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo", *Carta Laboral*, nº 35, 2000.

"El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994", *Revista de Estudios Financieros*, nº 50, 1996.

SANTIAGO REDONDO, K.: "Derechos inespecíficos y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014.

SASTRE IBARRECHE, R.: "Algunas claves para un sindicalismo también mundializado", *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003.

TARELLO, G.: *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Di Comunità, Milán, 2^a ed.

TREU, T.: "The European Social Dimension: Problems and Perspectives", en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

"Relaciones laborales ¿declinar inevitable?", *Relaciones Laborales*, I tomo, 1985.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: Voto particular a la STC de 16 de julio de 2014.

"Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012.

"La conciliación laboral", *Relaciones Laborales*, tomo II 2005.

"Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, 2002.

"Negociación colectiva concesiva y mejoras voluntarias de Seguridad Social: notas de un debate", en AA. VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000.

"Legislación negociada y concertación social: una aproximación", *Relaciones Laborales*, nº 2, 1997.

Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social, MTAS, Madrid, 1996.

"El sistema español de relaciones laborales: una aproximación", *Relaciones Laborales*, I tomo, 1996.

"Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva", en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

"Estado Social y Seguridad Social (I y II)", *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24, 1994.

"Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones", *Relaciones Laborales*, nº 17, 1987.

Ideologías pluralista y relaciones laborales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F. y BAYLOS, A.: "Un cierre patronal legislativo", escrito en *EL PAÍS*, 7 de junio de 2002.

WEISS, M.: "Perspectives for European Labour Law and Industrial Relations", en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

ZORRILLA RUIZ, J. M.: "Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución española", *Revista de Seguridad Social*, nº 25, 1985.

Bloque temático I: *Transformaciones y transgresiones en el Derecho del Trabajo*

ANEXO I

I. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA FIGURA DEL TRABAJADOR

“¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?”

Relaciones Laborales, La Ley, nº 2, 1998, pp. 7 a 40.
ISSN: 0213-0556.

Datos identificativos**¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?****Autor:**

Dueñas Herrero, Laurentino-Javier

Publicación:

Relaciones Laborales (LA LEY)

Revista N°:

2

Fecha de Publicación:

Quincena del 16 al 31 Ene. 1998

Sección:

Doctrina

Página:

171

Tomo:

1

LA LEY

5792/2002

Índice Sistemático

- ¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?
- I -- INTRODUCCION: LA IMPRONTA DEL CONTRATANTE DEBIL Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO
- II -- LA DOCTRINA EN EL PROCESO DE CONSTRUCCION Y CONSOLIDACION DEL DERECHO DEL TRABAJO
- III -- EL ORDENAMIENTO LABORAL: DE LA PACIFICACION A LA CRISIS
- IV -- TRANSFORMACIONES Y EQUILIBRIOS EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES (LA PERDIDA DE FUERZA SUBJETIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO)
- V -- LINEAS DE TENDENCIA: LA ADECUACION A LOS NUEVOS MODOS DE PRODUCCION Y EL CONTROVERTIDO SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS
- VI -- CONCLUSION: IDENTIFICACION Y ANAGNORISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Voces

- Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?

Laurentino Javier Dueñas Herrero

TEU Relaciones Laborales de Palencia. Universidad de Valladolid.

Relaciones Laborales, N° 2, Sección Doctrina, Quincena del 16 al 31 Ene.
1998, pág. 171, tomo 1, Editorial **LA LEY**

LA LEY 5792/2002

I -- INTRODUCCION: LA IMPRONTA DEL CONTRATANTE DEBIL Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO DERECHO

Una vez diferenciada la figura del trabajo subordinado en la realidad jurídica, se construye una disciplina típica del contrato de trabajo en la que el contratante débil se sitúa en el eje del sistema. La delimitación de la figura del trabajador ha centrado el debate de los presupuestos sustantivos que conceptualizan la relación individual de trabajo. El discurso sobre la identificación del elemento subjetivo por excelencia ha pretendido dilucidar qué trabajo es objeto del contrato, convirtiéndose «en uno de los episodios centrales en el reconocimiento de la dimensión real de la aplicación de la normativa laboral». En última instancia, todas las teorías sobre los presupuestos de tipo sustantivo «indagan sobre lo que acaece en el contrato de trabajo y que no se produce en otro tipo de negocios jurídicos, para después realizando un razonamiento abstracto, lograr establecer la naturaleza autónoma que sirva de índice de solución para calificar las situaciones fronterizas» (1) .

1. El derecho no surge *ex nihilo* de la mente del jurista, sino que «en parte es dado y en parte es elaborado, el derecho en parte se hace y en parte se descubre»; sobre todo, en el Derecho del Trabajo la realidad social es una referencia imprescindible y, desde luego, parece más cierto que en él, el derecho reproduce o refleja «las formas principales de solidaridad social» (2) . Las razones metajurídicas o, cuando menos, no puramente jurídicas, acaban siendo las causas últimas de la diferenciación en zonas del ordenamiento jurídico (3) . El devenir de los acontecimientos hizo que se constatara una realidad social que fue presionando el surgimiento del Derecho del Trabajo (4) . Pronto tal realidad se

transformó en conflicto social, apareciendo éste con una ventaja en el tiempo sobre la normativa laboral, que despertó al sonar de la *questión social* (5) . Esa acción legislativa se proyecta y sólo se produce cuando un determinado hecho adquiere una cierta relevancia social, no bastando una mínima ordenación jurídica del hecho laboral, ubicada dentro de las categorías unitarias del tronco civil (6) . Aunque a remolque de, fue la fuerza de los acontecimientos la verdadera causa de la segregación de las leyes sociales respecto del Derecho Civil. La necesidad de una ciencia jurídica nueva se hace sentir cuando el sistema tradicional no alcanza sus objetivos (7) ; y esto sucedió con el Derecho del Trabajo, su aparición se debe a la conjunción de una serie de factores que consiguen la juridificación de una realidad social, el trabajo dependiente y por cuenta ajena.

2. Los modelos nacionales de Derecho del Trabajo son la respuesta del sistema jurídico a un correcto problema social pues la aplicación del Derecho Civil --ordenamiento común de las relaciones privadas-- había contribuido a generar la problemática social que el Derecho del Trabajo trata de corregir (8) . En España, la promulgación de la Ley de Accidentes de 1900 sobre seguridad en el trabajo constituyó una de las primeras normas estatales en materia laboral, la cual junto a las relativas a menores y mujeres, conforman la base del Derecho industrial o Derecho de las fábricas (denominación sinónima a Derecho del Trabajo en el pasado) (9) . Por todo ello le deviene la calificación al Derecho laboral de tutelar, tuitivo o protector. Al hilo de la legislación obrera se fue perfilando la categoría general del Derecho del Trabajo, como alumbramiento de un Derecho nuevo y especial. El advenimiento viene determinado por el nacimiento de su propio elemento subjetivo, el trabajador libre, que configura el concepto de un trabajo prestado voluntariamente en la teoría, pero no en la realidad. El Derecho del Trabajo sólo surge cuando aparecen las circunstancias propicias para el establecimiento de relaciones laborales, es decir, a través del contrato de trabajo, figura singular que pronto es «trascentalizada» (10) ; y, más aún, cuando se pudo crear un sistema normativo propio que regulara tales relaciones (11) . A partir de ahí se empieza a hablar de la historia del Derecho del Trabajo. De hecho, es el surgimiento de un sistema de relaciones industriales --producto de la Revolución Industrial-- el que propició tal nacimiento. El tránsito hacia la consolidación de un derecho obrero y del trabajo requirió la concurrencia de un elenco de factores, tales como: el desarrollo acelerado de la propia legislación obrera; el reforzamiento del intervencionismo orgánico; la regulación singular del

contrato de trabajo al margen de los arrendamientos de servicios; la presencia del primer código o recopilación oficial de leyes del trabajo; la constitución de la Organización Internacional del Trabajo; y, en fin, la elaboración doctrinal; únicamente cabe añadir también como significativos la constitucionalización del Derecho del Trabajo y la respuesta obrera por medio de conflictos colectivos revolucionarios y de la unión sindical (12) . El proceso de «separación-exclusión» del Derecho Civil quedó reforzado por dos fenómenos adicionales: la aparición de un proceso y un orden judicial singular en materia de trabajo que dio lugar a una doctrina jurisprudencial propia y diferenciada; y, por otro lado, el que en las Constituciones se reconocieran como derechos fundamentales todos los relacionados con el Derecho del Trabajo (13) .

3. El desarrollo del nuevo Derecho transcurre paralelo al advenimiento del fenómeno económico de la «fábrica» como nueva forma de organización productiva y como ámbito idóneo para ejercer el trabajo en condiciones de alta rentabilidad (14) . La fábrica juega un papel importante, ya que en ella «la necesidad de una solidaridad de clase es más evidente, casi instintiva» (Giugni) (15) . Aparece un nuevo centro productivo de gran tamaño, que trae consigo el trabajo manufacturado y a gran escala, obligando al hacinamiento --más que agrupamiento-- del proletariado en los lugares de trabajo, así como en los barrios de la urbe. Todo ello describe unas condiciones de vida lamentables y un paisaje desolador, caldo de cultivo para cualquier revolución social. Pronto se hizo patente la necesidad de una legislación reguladora del trabajo dependiente y por cuenta de otro, más claramente a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Hasta entonces se realizaba desde el Derecho Civil, que reducía la regulación de las relaciones entre capital y trabajo al libre juego de la voluntad autónoma de las partes. Si se partía de una igualdad formal, inviable, mal se podía llegar a la igualdad sustancial o material; de ahí que, ante la insuficiencia del Derecho Civil, se hiciera necesaria la emergencia de un sistema normativo independiente que buscara --más que la igualdad de las personas-- la nivelación de desigualdades (16) . No se podía obviar la desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tenía su fundamento, no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro. He aquí el sustrato que sustenta la segregación del nuevo Derecho, la constatación de tales desigualdades --socio-económica y de posición de dependencia-- y la pretensión de reducirlas «mediante el adecuado

establecimiento de medidas igualatorias» (17) . Decididamente, era imposible mantener una regulación civilista del contrato de trabajo que amparaba la desigualdad efectiva en la realidad de las relaciones laborales y que mostraba unos cauces estrechos y anacrónicos en la regulación civil del contrato de trabajo. En nuestro país, la Ley de 1900 constituye una clara muestra de respuesta ante el Derecho Civil. «El trabajador es un contratante, pero en una situación no homologable a la del contratante que reside en el Derecho común, razón por la cual es necesario articular un régimen jurídico propio que discipline las condiciones peculiares de su contrato» (18) .

4. Ese divorcio vincular entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil está hoy en vías de revisión. El nuevo papel del contrato y de la autonomía negocial obliga, a su vez, a replantear el total alejamiento del Derecho del Trabajo del Derecho Civil (19) . El Derecho del Trabajo habría vuelto los ojos hacia el contrato individual de trabajo como institución central, abandonando su natural disidencia de la «colonización» ejercida por el orden civil o común para regresar a las categorías contractualistas de éste, retomando la vocación contractualista de nuestro sistema jurídico. No obstante, para Casas Baamonde, este retorno al contrato individual no se produciría hoy con el fin de desmontar la igualdad o identidad y compenetración de los contrarios, trabajadores y empresarios, y así su integración en la empresa. El retorno buscaría desmontar la igualdad de los trabajadores (20) . La individualización de las relaciones laborales es un fenómeno que como Jano nos presenta dos caras: una, real y honorable (conseguir una igualdad sustancial satisfactoria a partir de la cual se justifique la libertad de pactar la diferencia); la otra encubre una traición a los fines del Derecho del Trabajo, «es aquella que presenta el retorno al contrato de trabajo como una vuelta al Derecho Civil, sacrificando a la desregulación, como condición liberadora del mercado de trabajo, ese patrimonio de derechos de los trabajadores que permite conformar la protección de una igualdad horizontal entre los trabajadores dependientes» (21) . El retorno al contrato puede llegar a significar hasta la «muerte del Derecho del Trabajo» como Derecho separado del tronco del Derecho Civil. El tema de la autonomía individual «alude a una doble contraposición sobre la que se ha edificado históricamente el equilibrio del Derecho del Trabajo, la contraposición entre autonomía y heteronomía y la contraposición entre individual y colectivo» (22) . Ahora bien, «en el debate hay mucho más que la confrontación con una concreta opinión, basada en la expectativa de una minimización de la intervención estatal y una recuperación de

los tradicionales instrumentos civiles de regulación. En realidad, está en juego, por el contrario, el derecho del trabajador singular a ser tratado y respetado como persona y a participar en el debate social y político» (23) . En fin, la acusada inclinación a revalorizar el papel del contrato o de la autonomía individual, y su función reguladora de las condiciones de prestación del trabajo en la empresa, provoca manifestaciones en desmedro de las previsiones de origen legal o convencional (24) . El propio ordenamiento jurídico-laboral contribuye a relanzar el papel del contrato de trabajo creando paralelamente mecanismos encaminados a hacer posible su modificación unilateral cada vez que su contenido entre en conflicto con las necesidades empresariales (art. 41 ET) (25) .

5. Como se viene indicando, la preponderancia total de una de las partes en el contrato de trabajo ponía en evidencia que la libertad en la prestación del trabajador industrial era meramente formal; además, se prohibía cualquier tipo de asociación obrera que pudiera hacer de contrapeso al omnímodo poder empresarial. En nuestro país, el resultado fue una legislación excepcional, en cuanto recortó las disposiciones que sobre el arrendamiento de servicios regulaba el Código Civil de 1889 y se opuso a la inspiración liberal de la época. A partir de 1900 se puede considerar la fecha inicial efectiva del movimiento legislativo obrero resultado de una corriente francamente intervencionista (26) . Así, una matización positiva que destaca ALONSO OLEA para la aparición del Derecho del Trabajo, es «la "interferencia" estatal en materia laboral, penetrando paulatinamente hasta la entraña de las relaciones de trabajo», en vez de permanecer neutral en la solución del conflicto social. El Estado salió adelante frente a los poderosos elementos que jugaban en contra y orientó la convivencia por un camino de integración social y no de *laissez-faire* (27) (aunque seguramente esto fuera así por la fuerza de los acontecimientos). La acción del Estado viene a justificarse por exigencias de la estabilidad social e incluso por razones de supervivencia física (28) . «Que el Estado no es simple observador sino verdadero actor en el sistema de relaciones laborales, es afirmación que pertenece al reino de los lugares comunes» (29) . En efecto, la juridificación tiene su origen y presupone la intervención del Estado, pero la obligación primaria del Estado no debe ser la de absoluta neutralidad (30) . Sin embargo, parece percibirse en Europa una tendencia a trastocar las grandes dimensiones sobre las que históricamente se habían construido aquellas legislaciones sociales en las distintas realidades nacionales, como disciplinas encargadas de regular el

gobierno del conflicto industrial, surgido de las relaciones de producción (31) . Asistimos, por tanto, a un progresivo repliegue de la mediación del Estado en el campo de las relaciones laborales, que coincide con la crisis de la versión más fuerte de la concertación social que, al mismo tiempo, se acompaña por «la crisis de la función más clásica y típica de la ley laboral de uniformar y generalizar condiciones de trabajo, a la que, incluso, se asocia otra de mayor calado: la de la propia ley como expresión de la intervención del Estado en el mercado de trabajo con fines de defensa de la parte contractual más débil» (32) .

6. La figura del contratante débil se situó como eje del sistema y, sobre este presupuesto, la existencia de organizaciones constituidas por trabajadores y empresarios, la actividad de las mismas, la estipulación y los efectos de los convenios colectivos y las formas de autotutela ejercitadas, modelaron una serie de relaciones jurídicas que serán sistematizadas dentro del conjunto del Derecho del Trabajo. Es importante destacar que, en todo caso, el derecho --y muy especialmente el laboral-- es un factor político social vinculado a la estructura que lo produce (33) . Como hemos puesto de manifiesto, el Derecho del Trabajo se inserta en la gran lógica de la formación social del capitalismo. El fin de la normativa laboral no deja de ser «la defensa de la seguridad de cada régimen social establecido y la posibilidad de su evolución pacífica» (34) . La clara identificación de los centros de imputación de las normas jurídico-laborales permitió una explícita caracterización autónoma del Derecho del Trabajo, a la que no será ajena la dogmática en su construcción conceptual (35) . En este contexto, la posición jurídica del trabajador se sitúa como parte de una relación individualizada de trabajo y además como sujeto de una colectividad laboral y como miembro de una determinada formación social. Los distintos parámetros en que se ubica la condición de asalariado con el transcurso del tiempo han llevado a extender los confines iniciales del Derecho del Trabajo, ampliando su sistema institucional (36) . Tal hecho, como analizaré más adelante, encuentra una corrección material en la actualidad, mediante la restricción del área de aplicación de la normativa laboral como consecuencia de la expansión del trabajo autónomo y del trabajo «sumergido», lo que ha provocado esa tendencia superadora del derecho de la mera distribución, a un derecho de la producción y gobierno del mercado de trabajo (37) .

7. En definitiva, tres son las claves que pueden encontrarse en el advenimiento del Derecho emergente: una, relacionada con la relevancia de la persona del

trabajador (seguramente, uno de los primeros cometidos, fuera suplir una carencia del derecho de obligaciones y hacer posible el principio de «seguridad física» de las personas en el interior de la empresa) (38) . Los esquemas del Derecho liberal e individual del trabajo no tenían más valor que el de una justificación ideológica de la desigualdad material que separaba a las partes de la relación laboral. Por otro lado, en el Derecho del Trabajo, la autotutela privada goza de un protagonismo especial (39) . Y, por último, indicar que una característica peculiar del Derecho del Trabajo es la de dar entrada a intereses y poderes de naturaleza colectiva (40) .

Tras analizar el estudio por la doctrina española de los presupuestos sustantivos en orden a la delimitación de la figura del trabajador, como sujeto que se identifica en el trabajo objeto del contrato, GONZÁLEZ-POSADA manifiesta que todos los argumentos avanzados permiten incidir sobre la función y el papel atribuible al Derecho del Trabajo. La generalización del trabajo asalariado y la libertad individual en la contratación laboral están en el origen de la disciplina jurídico-laboral, como técnica reguladora de los poderes que se manifiestan en su ámbito (KAHN-FREUND). El Derecho del Trabajo es un sistema de límites a la autonomía privada (GIUGNI), restricciones que se legitiman en razón de la finalidad tuitiva. La función asignada al Derecho del Trabajo en la sociedad es integrar el conflicto dentro de las coordenadas que enmarcan un determinado modo de producción o sistema político, ubicándose en la más genérica categoría de los movimientos político- sociales (de aquí, su carácter contradictorio, LYON-CAEN) (41) .

II -- LA DOCTRINA EN EL PROCESO DE CONSTRUCCION Y CONSOLIDACION DEL DERECHO DEL TRABAJO

«No resulta objetable afirmar que la racionalización jurídica del Derecho moderno es debida fundamentalmente a la intervención de juristas constituidos en cuerpo social especializado. La evolución económica del mundo nacido de la revolución industrial creó las condiciones favorables a la institución de una vida jurídica, y libros jurídicos que reflejaban un pensamiento sistematizado coherente con las exigencias racionalizadoras de la época» (42) .

1. Por lo que se refiere a los orígenes en la evolución del Derecho del Trabajo, ésta se produce tanto por motivos sociales y económicos como por el avance de la reflexión jurídica. La ratio en las elaboraciones doctrinales expresaba, sin solución de continuidad, el paso de la esfera de la primera legislación social al

Derecho del Trabajo en su conjunto, encontrándose referencias concretas al contrato de trabajo (43) . Las primeras construcciones jurídicas van a tener su origen en autores de sólida formación civilista. Sobre esta base, planteamientos de distinta procedencia ideológica van a construir, en los primeros treinta años del presente siglo, las más significativas aportaciones a la dogmática jurídico-laboral. Los años posteriores, en plena dominación totalitaria y bajo presupuestos comunitarios de las relaciones de trabajo, no significan una paralización de la investigación jurídico-laboral, sino en todo caso una nueva orientación por parte de algunos autores en Alemania e Italia.

2. Con el fin de la II Guerra Mundial, van a producirse dos fenómenos en la doctrina especializada: uno, volver a las fuentes anteriores a la catástrofe europea; otro, rediseñar técnicamente el Derecho del Trabajo. En el primer supuesto es significativo el ejemplo francés (DURAND, SAVATIER y CAMERLYNCK) resituando la lógica *iuslaboralista* en las proximidades de la lógica *iuscivilista*. En el segundo supuesto, el ejemplo es el italiano (SANTORO-PASSARELLI es el más insigne representante de esta corriente pluralista frente a la liberal-contractualista de BARASSI, ARDAU, PERGOLESI, etc.) (44) . En cualquier caso, afirma GONZALEZ-POSADA, en los distintos países se viene a reconocer el carácter reequilibrador de la normativa jurídico-laboral y su funcionalidad protectora (45) .

3. A partir de finales de los años sesenta la doctrina en sus elaboraciones no se verá aislada respecto de las condiciones culturales y socio-políticas en que se ve inmersa. En las fundamentaciones sobre la relación jurídico-laboral, dos tradiciones con orígenes históricos distantes vinieron a otorgar basamento a la figura del contrato de trabajo: una bajo los esquemas romanistas de la *locatio operarum*, mediante la cual el trabajador a cambio de una contraprestación económica se ponía a disposición y servicio de otra persona; otra, bajo los esquemas germanistas de la relación de vasallaje, que suponía la sujeción del trabajador de manera fiel, obteniendo a cambio la protección personal del señor-empleador. Estas dos concepciones, incluso bajo la aceptación de los presupuestos de la Revolución Francesa --que suponen un ordenamiento construido sobre la libertad de trabajo o de pacto-- van a estar presentes no sólo en los primeros escritos de la dogmática jurídico-laboral, sino que van a seguir presentes de una u otra forma en la legislación y en la doctrina hasta el presente.

De aquí deduce GONZÁLEZ-POSADA que la figura del contrato sirvió para juridificar la puesta a disposición del empresario de la fuerza de trabajo, pero básicamente a través del arrendamiento y no de la compraventa. Si la relación obligacional excluía el elemento jurídico-personal, éste caracteriza la complejidad de la actividad laboral. Esta razón justificó las posiciones de GIERKE, al entender que la relación jurídica existente entre obrero y empresario evidenciaba la existencia de una comunidad entre las partes. Según ello, la incorporación del trabajador a la empresa constituiría el momento de integración en la Comunidad organizada y consecuentemente el origen del vínculo jurídico-laboral. Tal concepción llevó a la extirpación del conflicto en el seno de todo contrato, legitimando una política laboral autoritaria. No obstante, el planteamiento doctrinal citado puede considerarse de reducida influencia práctica una vez reconocida socialmente la concepción liberal-individualista (46) .

4. Si en el primer tercio del siglo XX el Derecho del Trabajo significa la afirmación de los grupos de intereses organizados (al referirse a esta cuestión, DURAND dirá que se produce el tránsito de un derecho impuesto a un derecho negociado), superándose así la idea de que la libertad y la igualdad de las partes se localiza en el contrato de trabajo; igualmente puede decirse que, en ese mismo espacio de tiempo, una teoría idealista de lo colectivo abrió parte del camino a la fundamentación antiliberal y totalitaria (*Vid. Laboratorio Weimar* y reflexiones de VARDARO en las primeras páginas del mismo).

La reacción posterior a la II Guerra Mundial, tras las primeras operaciones correctoras de la experiencia totalitaria, se concentró en la identificación de un modelo de organización del Derecho del Trabajo, buscando una síntesis entre el individualismo contractual y el monopolismo estatal. La influencia de la más incontaminada de las experiencias habidas durante los períodos anteriores, acabó ofreciéndose como modelo teórico: el pluralismo caracterizable por su antimonismo y antidualismo. A lo largo de los años cincuenta SANTORO-PASSARELLI va a ir perfilando las bases del pluralismo privatista liberal construido sobre la ley común de los contratos, que será reelaborado por GIUGNI, quien partiendo de la función normativa de los instrumentos jurídicos creados por la autonomía colectiva potenciará la acción de los agentes sindicales negociadores. Frente al modelo italiano, puede afirmarse que la tradición francesa y alemana no permite la aceptación del pluralismo en los términos reseñados; la primera probablemente debido a su historia jurídica

«contractualista» y la segunda, igualmente, debido probablemente a la existencia de toda una legislación en materia de convenios colectivos y sobre organización interna de la empresa que impedía asimilar el equilibrio dinámico propugnado por el pluralismo.

La línea conductora que se inicia en Italia con la teoría del ordenamiento intersindical continuará en su especificación con la modificación de la estructura de la contratación colectiva (teorización de la conflictividad permanente como instrumento coadyuvante a la emancipación de la clase obrera y análisis del derecho de huelga). Las distintas reflexiones teóricas durante los años setenta se sucederán con una especial dinamicidad y el uso alternativo del derecho y su decadencia, serán ejemplos de un debate que será puesto a fin con la «llegada» de la crisis económica, donde la gestión del sistema se hará crítica, exigiéndose la búsqueda de nuevos esquemas teóricos y prácticos.

5. En España, el tránsito del Derecho obrero al Derecho del Trabajo puede considerarse perfeccionado en el período republicano. La cuantitativa y cualitativa elaboración científica nos sitúa ya en un medio propio para la construcción jurídica (47) . Si en los años sesenta la doctrina se concentró en el significado delimitador que tenía la dependencia y/o ajeneidad sobre las relaciones jurídico-laborales, «de otro lado, y en la década siguiente de los años setenta se advierte una creciente preocupación por la teoría de la aplicación de las normas jurídico-laborales» (48) . La respuesta dogmática a la creciente complejidad en la regulación de las relaciones de trabajo reflejó la apertura de los objetos de investigación (49) . El Derecho del Trabajo postconstitucional y actual, en lo que se refiere a la vida propia de la ordenación del trabajo como fenómeno productivo, se ha concitado en la cuestión de los costes económicos ocasionados por la ordenación jurídica de la prestación de trabajo. La cuestión económica, nunca ajena a la historia del Derecho del Trabajo, ha adquirido un valor cualitativo sustancial y ha suscitado la preocupación en los estudios realizados (50) .

6. De una forma sintetizadora, cabe decir que en el origen de esta rama del Derecho bulle un debate ideológico que gira en torno a la intervención estatal o la regulación jurídica del mercado de trabajo con propósito tuitivo o compensador (51) . Más allá de este debate, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puede acabar «sometido a fortísimas presiones ideológicas» (52) .

La consolidación técnica del Derecho del Trabajo ha sido el resultado de una conformación normativa y de una reflexión doctrinal. La estratificación normativa ha ido generando a su vez una estratificación interpretativa, así como una plurifuncionalidad del conjunto jurídico laboral. La mencionada estratificación interpretativa ha significado la consolidación de dos grandes posiciones doctrinales: una, caracterizada por subrayar la especial posición subordinada del asalariado y la especificidad de los principios y técnicas elaboradas por el Derecho del Trabajo; otra, sustanciada en advertir el carácter promocional individual y colectivo atribuible a la disciplina jurídico-laboral. Según la posición adoptada por el jurista en una u otra de las concepciones señaladas, el planteamiento sobre el Derecho del Trabajo será diferente. Al fin y al cabo, el posicionamiento guarda relación con el pluralismo ideológico que encierra cada una de ellas y, así también, la elección realizada por el jurista en su toma de posición (53) .

III -- EL ORDENAMIENTO LABORAL: DE LA PACIFICACION A LA CRISIS

«Con razón se ha dicho que el Derecho del Trabajo se ha visto transformado en todos los episodios económico-políticos habidos en los últimos años, pasando en sólo una década de ser un derecho del capitalismo expansivo, a un derecho de la emergencia y, tras la estabilización de la recesión económica, a un derecho de la crisis. El hecho de que el Derecho del Trabajo viva históricamente significa básicamente que el mismo sea constitutivamente crítico, con lo cual derecho de la crisis, así como derecho y crisis son dos categorías intelectuales situadas en parámetros diversos» (54) .

1. En el proceso de aparición del Derecho del Trabajo se encuentra siempre latente el binomio: lucha sindical de los trabajadores y respuesta del Estado. Las soluciones normativas estatales tratan de salvar lo principal y conceden lo accesorio. BAYÓN CHACÓN expresó esta tensión afirmando que «el Derecho del Trabajo surge cuando el Estado deja de ser liberal para seguir siendo capitalista» (55) . La conjura del movimiento obrero implicaba una auténtica actividad revolucionaria, apareciendo el Derecho del Trabajo como una conquista social. La respuesta del Estado consigue transformar este logro haciendo que el Derecho del Trabajo sea una concesión estatal y, por lo tanto, uno de los báculos del sistema económico naciente que sirve para el mantenimiento de los nuevos poderes establecidos, dentro de un Estado que evoluciona fiel a sus principios.

Así, las primeras medidas legislativas convierten al Derecho del Trabajo, en menos revolucionario y más reformista. En todo momento, la regulación del trabajo juega con esta versatilidad, intentando aproximar los objetivos de paz a los de justicia social para asegurar la propia supervivencia. Todo el desarrollo del Derecho del Trabajo se mueve en la ambivalencia mencionada (56) .

2. La iniciativa casi siempre proviene de la realidad social (57) . La única reacción posible para los trabajadores fue el movimiento obrero --si bien, ante un sistema económico-social capitalista preexistente y ya configurado al que es reticente-- que sólo podía finalizar en revolución social. Esa aparente única salida exige la intervención del Estado a través de uno de sus medios principales: el derecho. Esta opción es preferida a otra más radical y de peores consecuencias, como pudo ser en ocasiones la represión; de manera que utiliza la norma para salvar el orden económico, social y político establecido, dando concesiones o mejoras controladas y ajustadas para desencauzar un movimiento social revolucionario -- que se estaba saliendo del orden establecido-- y dirigirlo hacia sus principios políticos. Si desde la dase trabajadora el Derecho del Trabajo podía haber sido revolucionario, desde el Estado burgués se transfiguró en reformista y, además, le imprimió un carácter defensor, teóricamente en beneficio del trabajador manufacturero.

De las generales líneas históricas dibujadas se deduce la doble naturaleza del Derecho del Trabajo que le ha venido caracterizando desde su origen, por un lado como un derecho conquistado, y por otro, es un derecho otorgado. Hablar sobre el Derecho del Trabajo siempre llevará aparejado la paradoja de este elemento contradictorio. A resultas de esto, se convierte en un elemento tuitivo o compensador del interés más desfavorecido de los trabajadores, que de esta forma podían conseguir una mayor igualdad por las garantías de mínimos establecidas por el Estado, a la vez que sirve como un instrumento importante de conservación del orden social. El derecho obrero no deja de ser un ordenamiento parcialmente conquistado por la clase trabajadora, una «primera concesión arrancada a duras penas al capital» (58) . Pero, como venimos indicando, al mismo tiempo se trata de un ordenamiento concedido, «en la proporción justa y precisa para integrar la contestación obrera conservando el sistema» (59) . El motivo del calificativo pacificador --o de ideología reformista (en cuanto instrumento de pacificación social)-- respecto del Derecho del Trabajo es, a nuestro modo de ver, recogido de forma original por PALOMEQUE LÓPEZ, que

regresa hasta 143 años para deducirlo de un «documento excepcional»: el proyecto de Real Decreto que en 1855 intentó la creación de una Comisión «para reconocer y apreciar en su justo valor las causas de las dificultades suscitadas entre los fabricantes y los trabajadores de nuestras provincias manufactureras, y proponer al Gobierno los medios más oportunos de terminarlas felizmente» (60) .

3. Si recogemos la línea de principios desarrollados por la normativa laboral, no podemos por menos indicar que nos encontramos ante una rama del Derecho «progresista». En su desarrollo histórico este sector del ordenamiento «rechaza la regresión» y evoluciona sólo en el sentido «unilateral» de favorecer los intereses de los trabajadores (61) . Esta evolución en sentido único del Derecho del Trabajo se prolongó hasta bien avanzada la década de los setenta, en que se dio el salto de la descripción histórica a la instrumentación institucional que aprestó determinados conceptos y elaboraciones doctrinales orientados a consagrar la «irreversibilidad» de los ordenamientos laborales (62) . La reforma laboral de 1994, «que aun sin recurrir a técnicas abiertamente desreguladoras que poseen muchas veces un claro sentido "regresivo" e incluso "pro patronal", casa mal con la concepción "clásica" del Derecho del Trabajo como ordenamiento unilateralmente dirigido a la protección de los trabajadores asalariados y encaminado a la mejora constante de los niveles de tutela asegurados a éstos» (63) .

El carácter siempre «progresista» y especialmente «sensible» del Derecho del Trabajo le viene atribuido por su ubicación en el centro de la producción de los sistemas económicos desarrollados, pudiendo ser considerado como un auténtico cardiograma del cuerpo económico-social (64) ; tal constatación permite decir que su contenido es a la vez nuevo --por su constante cambio y necesidad de adaptación a las mutaciones organizativas del modo de producción empresarial-- (65) e igualmente estratificado, debido a la heterogeneidad del componente que se ha ido acumulando en su evolución (66) . Es evidente que nunca ha existido un verdadero sistema unitario de Derecho del Trabajo, «el estadio actual del ordenamiento del trabajo "disperso" y fragmentado ha vuelto a poner de manifiesto la fragilidad de la "ilusión" del modelo del Estado Social orientado hacia la implantación de un Derecho del Trabajo uniforme» (67) .

4. En las últimas décadas, la «flexibilidad laboral» o «flexibilidad del mercado de trabajo» parece traer una línea de restructuración en una nueva concepción del Derecho del Trabajo. Las transformaciones del mismo en los años setenta y

ochenta, en un principio pudieron considerarse como un «paréntesis o fenómeno pasajero de carácter provisional o excepcional»; de ahí que los cambios normativos del Derecho del Trabajo se apuntaban como «medidas de emergencia destinadas a desaparecer tras la superación de una situación patológica de la economía de carácter transitorio» (68) . En la actualidad, la flexibilización e incluso la desregulación es moneda de cambio en todos los ordenamientos laborales de nuestro entorno, convirtiéndose el Derecho del Trabajo en una legislación excepcional que --lejos del carácter provisional-- parece imbuido -- como la crisis económica-- de un carácter de permanencia. Para MARTÍN VALVERDE, esto no significa que el Derecho del Trabajo sea «un edificio en demolición», pues al tiempo que desaparecen algunas normas o mecanismos de protección, se han implantado otros nuevos, apareciendo nuevas perspectivas de futuro para el Derecho del Trabajo de la sociedad postindustrial (69) .

Si el Derecho del Trabajo emergió como rama especial del ordenamiento jurídico, ha pasado recientemente por un proceso de legislación excepcional --y también provisional, en concordancia con una crisis económica así entendida--; pero ahora, superando tal excepcionalidad y buscando el criterio de la permanencia --sin perder el carácter especial que le sigue dando sentido existencial--, debe dejar de ser excepcional de su propia especialidad normativa (entendida ésta como generalidad de un Derecho autónomo con principios propios en permanente adecuación a la realidad económica y social que le toca vivir, no ya industrial sino postindustrial y terciarizada). La crisis económica ha abierto todo un complejo mecanismo de constante reajuste normativo, inicialmente centrado sobre los costes laborales y sobre la superación de la crisis de empresa, flexibilizando la entrada y la salida de mano de obra en la misma (70) . De todos modos, el modelo de sistema de relaciones laborales, por exigencia de sus propias señas de identidad, permanece a pesar de las profundas variantes --a veces, auténticas desviaciones-- introducidas por las sucesivas reformas.

«Los años posteriores al segundo tercio de este siglo se conducen entre el crecimiento y la crisis económica; entre el fin de la consolidación industrial y el principio de la era postindustrial; entre la concentración del trabajo y su descentralización productiva; entre la simplicidad y la complejidad de las relaciones laborales; en síntesis, en la pérdida de un centro y un vértice» (LUHMANN)... «Ninguna rama del derecho está expuesta a las evoluciones del ciclo económico y social como el Derecho del Trabajo, y ninguna normativa está

sujeta a las fluctuaciones de las relaciones de poder entre las varias clases sociales, como ocurre con la normativa laboral» (FERRARO) (71) . A partir de la crisis de los años setenta, se establece un tránsito hacia la sociedad postindustrial y de servicios, donde la copartamentalización y el individualismo rompen los presupuestos en que vino a crearse y recrearse el Derecho del Trabajo (72) .

IV -- TRANSFORMACIONES Y EQUILIBRIOS EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES (LA PERDIDA DE FUERZA SUBJETIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO)

«Si como se ha dicho la precarización del empleo y la fragmentación de la colectividad empresarial, debido a la exteriorización de las tareas, son aspectos que se pueden constatar claramente en los últimos años,... la subordinación y/o parasubordinación del trabajador constituirá uno de los índices de análisis para la aclaración del ámbito de aplicación de las reglas jurídico-laborales; la cuestión de la individualización...; el hecho de la desconcentración o descentralización..., la dualización encontrará la existencia de un régimen jurídico-laboral "especial" solapado al "común" y referido a los contratos temporales, los contratos a tiempo parcial...» (73) .

1. Del recorrido histórico realizado en torno a la configuración del Derecho del Trabajo, «hay bastante acuerdo en que (los factores) que más han influido en su emergencia, en su formación y en su desarrollo son seguramente los factores tecnológicos, los económicos, los políticos, los sociales y los demográficos» (74) . Los acelerados cambios económicos y políticos experimentados por los países europeos en la última década han tenido importantes repercusiones sobre el mundo del trabajo y han generado nuevas formas de organización de las relaciones industriales (75) . En concreto, el sistema de organización productiva que se hace patente en nuestro país a finales de los años setenta viene marcado por la introducción de las nuevas tecnologías, el incremento espectacular del sector terciario de nuestra economía y por el incesante proceso de fragmentación o descentralización productiva --con el consiguiente proceso de concentración o agrupación empresarial a través de los grupos de empresa o de desconcentración empresarial por medio de las contratas y subcontratas--. A estas circunstancias relacionadas con el sistema productivo hay que añadir la reestructuración del mercado laboral realizada. En esta última década se puede apreciar la impronta de la lógica empresarial sobre la norma laboral, lógica de empresa representada

por los principios de competitividad y de eficiencia económica (76) . Se constata una «recuperación cultural de los valores propios del mundo empresarial» (77) , re/apareciendo y acogiéndose unos «nuevos valores sociales, recuperadores del individualismo jurídico y exaltadores de la desigualdad y de la rivalidad, de la diferenciación de opciones, necesidades e intereses de trabajadores y empresarios y de su singular o individual elección y acomodación mediante el uso de la libertad contractual» (78) .

2. Estos cambios en el sistema de organización de la producción se han proyectado en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y han supuesto cierta ralentización de la *vis atractiva* laboral o, si se prefiere, la paralización de la tendencia expansiva del ámbito del Derecho del Trabajo. Si hasta hace unos años las modificaciones en la estructura productiva tenían como efecto la laboralización de las zonas anexas al Derecho del Trabajo, ahora, y sin perjuicio de posibles reflujo y contradicciones, lo que se aprecia es la contracción o reducción de la relación laboral típica (79) . Nos encontramos ante una pérdida de fuerza subjetiva del Derecho del Trabajo que empezó con la crisis, no tanto del Derecho del Trabajo, sino más bien de la forma tradicional de configuración del mismo (80) . El tema de la autonomía individual permite entrever un «cambio antropológico» que afecta al sujeto del Derecho del Trabajo y que impone revisar la imagen de hombre que está en el fondo de su orden normativo y de su sistema de valores (81) . Una manifestación de la tendencia a la «individualización de las relaciones laborales» es el incremento del margen de libertad reconocido a las partes en cuanto a la calificación como laboral o extralaboral del trabajo prestado «en desmedro de la hasta hace poco indiscutible tendencia expansiva del Derecho del Trabajo» (82) . En definitiva, cualquier modelo de Derecho del Trabajo siempre parte de la necesidad de preservar el sistema económico capitalista y, en palabras de GONZÁLEZ-POSADA, «la técnica iuslaboralista se pretende construir como un sistema en el que desaparece de manera creciente su carácter antropocéntrico, instalándose su eje cada vez más sobre una protección y mantenimiento del modo de producción de que se parte» (83) .

La crisis ocupacional de los años ochenta obligó a una «vertiginosa reestructuración del mercado laboral --aumento espectacular del trabajo atípico y consolidación de la economía sumergida, en detrimento de la contratación regular, indefinida y a tiempo completo--» (84) . Las modificaciones en las

distintas formas de acceder al mercado de trabajo supusieron la generalización de la flexibilidad, en contra de la supuesta rigidez del trabajo estable, sustituyéndose la regla general del contrato indefinido por la de la temporalidad. Paralelamente a esta reducción de la relación laboral típica, se observa un fenómeno de incremento de formas atípicas de trabajo y un aumento muy significativo de prestaciones de trabajo realizadas por cuenta propia (85) . Tales fenómenos dejan patente la necesidad de redibujar los contornos y el contenido de las notas tipificadoras del contrato de trabajo, en especial de la dependencia. El proceso de descentralización productiva se está llevando a cabo mediante el resurgimiento del contrato de arrendamiento de servicios, lo que evidencia no sólo la predicha relatividad de las notas de la relación laboral, sino de una nueva realidad social, los «autónomos dependientes». En este sentido, «cabe hablar de un trabajo autónomo por cuenta ajena (y de trabajo dependiente por cuenta propia), en ruptura de la correlación natural que mantienen los términos de estas clasificaciones» (86) .

3. El fenómeno de la autonomía individual permite entrever un cambio antropológico que afecta al ámbito subjetivo laboral. Se distinguen dos fenómenos en la situación actual del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: uno, la paralización en la paulatina extensión del ámbito de aplicación laboral; otro, la importancia adquirida por los denominados «autónomos dependientes». Ilustrativo del primer fenómeno es el art. 1.3, letra g) del ET que introdujo la Ley 11/1994, en virtud del cual se excluye del ámbito laboral a los transportistas que realicen su prestación de trabajo de la forma y con los requisitos exigidos en dicho precepto (87) . VALDÉS DAL-RÉ ha señalado que con esta exclusión se advierte la finalidad de «rectificar de raíz la doctrina elaborada por la jurisprudencia social y cuyo efecto más perceptible ha venido siendo la inclusión en el ordenamiento laboral del grueso de la actividad del transporte público por carretera» (88) . Asimismo, la Ley 12/1992, sobre el contrato de agencia, realizó una exclusión también muy debatida doctrinalmente, si bien su regulación presenta importantes afinidades con la de los representantes de comercio (89) . En este segundo caso aparece una de las posibles soluciones a tomar por el Derecho del Trabajo, pues queda patente cómo determinadas garantías o derechos de los trabajadores por cuenta ajena se han extendido paulatinamente por el legislador a determinados trabajadores autónomos por hallarse en situación similar a la del trabajador dependiente. Respecto a la importancia de los «autónomos dependientes», la propia disposición final primera

del ET recoge esta preocupación al establecer que «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente». Aunque apenas se ha desarrollado, junto al cauce siempre abierto contemplado en el art. 2.1, letra g) del ET, la fórmula de esta disposición ofrece la posibilidad de que el Derecho del Trabajo cumpla su función protectora o compensadora otorgando garantías típicamente laborales a determinados sujetos sin necesidad de laboralizar sus relaciones de trabajo (a ello también ha ayudado la inclusión de determinados trabajadores autónomos en el Régimen General de la Seguridad Social).

El perfil típico de la relación de trabajo se difumina, aparecen trabajadores autónomos que, pese a serlo, dependen de la empresa con la que entran en relación y, aunque desempeñan su función desgajada de la empresa, es ésta la que marca las pautas que requiere su realización (90) . A este tipo de trabajador autónomo --por ser particularmente dependiente-- podría extendérsele el Derecho del Trabajo, que no puede dejar escapar su imantación sobre esta «tierra de nadie», so peligro de que únicamente no sea de quien creemos corresponde.

4. La sustancial y extensa reforma del ET de 1994 --que afectó prácticamente a la mitad de los preceptos que conforman su articulado-- no tuvo como uno de sus objetivos la limitación de la proliferación del trabajo situado extramuros del Derecho del Trabajo, por lo que esta cuestión sigue como asignatura pendiente de solución legal. La finalidad de esta reforma fue la adaptación de la nueva normativa laboral a las exigencias de cambio permanente del mercado y del sistema productivo. Se persiguió superar y evitar las disfuncionalidades que provocaba una legislación reguladora esencialmente del trabajo o trabajador-tipo, en un contexto de progresiva reducción de éste en favor del trabajo o trabajador-atípico.

A mayor abundamiento, podemos concluir que el logro de la flexibilidad y de la especialidad, entendidas como elementos que agilizan la capacidad de reacción de la empresa frente a los cambios del mercado, parece que se contrapone a un sistema normativo que uniforme la puntual adecuación de las condiciones de trabajo. De todos modos, el Derecho del Trabajo no pierde el punto de referencia de siempre, la empresa, si bien ahora no en forma de fábrica, sino como lugar donde convergen, sin dejar de ser contrapuestos, múltiples intereses (91) . El Derecho del Trabajo sigue dirigiéndose igualmente a quienes desempeñan un

«trabajo dependiente y asalariado», que de cualquier forma no dejarán de existir. Esos mismos cambios del mercado, de la técnica o del contexto económico, parecen demandar también una remodelación de la propia estructura u organización de la empresa. Tal adaptación en las circunstancias presentes es un requisito ineludible de la flexibilidad. El objeto mediato del Derecho del Trabajo ya no está tanto en la atenuación del conflicto, que sigue constatándose por el enfrentamiento de intereses, sino en la posibilidad de controlar el contenido y el ritmo de la negociación en la imposición de las específicas condiciones de trabajo. Ésta es la nueva forma pacificadora, más bien controladora, del Derecho del Trabajo; por ejemplo, sobre el beneficio empresarial, deber de información o exigencia de nuevas garantías ante las nuevas formas de relación laboral, a veces encubiertas y que dificultan la imputación de responsabilidades.

V -- LINEAS DE TENDENCIA: LA ADECUACION A LOS NUEVOS MODOS DE PRODUCCION Y EL CONTROVERTIDO SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS

«En el debate abierto como consecuencia de la crisis de los años setenta, surgió la noción de flexibilidad como categoría abstracta, correctora de la rigidez normativa atribuida a la ordenación jurídico-laboral... En el razonamiento realizado, ha podido apreciarse la introducción de un nuevo concepto: desregulación. La expresión citada suele interpretarse como una técnica opuesta a la de la juridificación, pudiéndose en una primera y apresurada valoración considerar a ambas expresiones como antitéticas...» (92) .

1. El proceso productivo concreto, la particular organización del trabajo y la capacidad para asumir los costes, marcan el contenido y el valor económico de las condiciones de trabajo. Esta es la realidad que tanto la norma estatal como la negociación colectiva deben regular, y en su regulación procurar la adaptación a la misma. La empresa sigue siendo foro propicio para la consecución de la flexibilidad. En ella pueden adoptarse o negociarse cuantas medidas sean precisas para amoldar la actividad productiva y las condiciones de trabajo a las circunstancias cambiantes del mercado o del ciclo económico (93) . Tal capacidad de adaptación es el baremo de la flexibilidad y es un elemento a considerar para mejorar la propia competitividad de la empresa; de ahí que no es extraño que las normas que configuran el Derecho del Trabajo giren hoy en derredor de ella (94).

Uno de los supuestos de esta constante mutación en la estructura organizativa empresarial son los grupos de empresa (95) . A modo de ejemplo, merece la pena detenerse en un breve análisis de este modo normal de organización productiva y con esa excusa analizar las dificultades que puede llegar a presentar la identificación del empleador concreto, así como la imputación de responsabilidades. La primera afirmación que ha de hacerse es que los grupos de empresa no son un fenómeno jurídico, sino una realidad económica. Todas las ramas del ordenamiento jurídico se encuentran ante este fenómeno consolidado. Hoy el grupo es un prototipo organizativo de la empresa, que intenta eludir el plano jurídico, no así el económico. Se da una falta de coincidencia entre la unidad jurídica y la unidad económica; por ello, «una de las razones de ser de la constitución de tales grupos de empresa es la de permitir la permanente adaptación de la estructura empresarial a las constantes mutaciones de la producción y del mercado, motivo por el cual el grupo tiende a huir de toda formalización jurídica, particularmente de todo encorsetamiento propio de las rigideces y controles impuestos por la norma jurídica» (96) .

2. Si tradicionalmente las relaciones laborales colectivas e individuales se han desarrollado a nivel inferior --fábrica o centro de trabajo--, ahora el grupo de empresa aparece como una realidad impenetrable en el mundo de las relaciones de trabajo. El fenómeno de la concentración empresarial tiene como resultado directo --a los efectos laborales-- el incremento de la dimensión de la empresa --considerada en su conjunto económico (o a su disminución de tamaño, como resultado indirecto, si consideramos de modo individual cada empresa)-- y provoca una desmembración de la inicial situación de unidad, dando lugar a tres niveles diferenciados de actuación: 1.º) El preexistente nivel de empresa. 2.º) Un nivel de actuación en un ámbito inferior, el centro de trabajo (movimiento natural de desmembración por abajo). 3.º) Otro nuevo nivel de actuación superior, los grupos de sociedades o grupos de empresa (inverso al anterior o desmembración por arriba) (97) .

Estos grupos supraempresariales tienen como componente innato a su gestación la flexibilidad, determinada por las exigencias de la coyuntura económica. Al mismo tiempo exigen una flexibilización en el mercado de trabajo, que conlleva una rebaja de los fundamentos constitutivos del Derecho del Trabajo. La carencia de una plasmación jurídica de esta realidad socio-económica dificulta la elaboración de un concepto definitorio de grupos de empresas. Esta

concentración de personas físicas y/o jurídicas de empresarios tiende a la obtención de unas ventajas derivadas de la agrupación, en atención a la realidad y a las exigencias del tráfico económico, y conlleva unos complejos problemas en orden a la aplicación de las instituciones de Derecho del Trabajo (98) .

No hay que olvidar que los orígenes en la constitución de los grupos suelen encontrarse en la búsqueda de instrumentos que permitan una gestión más ágil y flexible, y --por ello mismo-- intentan eludir controles externos e incluso sindicales de las decisiones empresariales. La razón de ser del surgimiento de los grupos de empresa es la búsqueda de fórmulas de actuación descentralizada en los procesos de concentración empresarial, con vistas a asegurar una flexibilidad en el funcionamiento del grupo (la concentración empresarial conlleva la descentralización y la flexibilidad) (99) . El grupo --económicamente considerado-- es una forma normal de organización empresarial, aunque de suyo parece conllevar cierta repugnancia a ser encorsetado dentro de las líneas de la persona jurídica, pero --y también de suyo-- el Derecho del Trabajo, ante este intento de escape de la unidad de actuación y de sus consecuencias, pretende forzar la única empresa y destruir el fenómeno jurídico del grupo cuando éste se constituye, sí frente a la realidad económica, pero queriendo dar la espalda a las garantías y obligaciones jurídico-laborales. Si no se discute la figura de la sociedad anónima el grupo de empresas ha de ser considerado como una estructura empresarial legítima. Sigue, sin embargo, que los grupos de empresas son, en buena medida, una desvirtuación del modelo teórico de la sociedad anónima (100) .

La actividad productiva ha dejado de tener como único referente la empresa singular, en ella ya no se ubica la totalidad del ciclo productivo. Las empresas, obligadas por las circunstancias del mercado, van despojándose de parcelas del proceso productivo que encargan a otras en régimen de reparto cara al producto final. El carácter locativo del Derecho del Trabajo industrial «modelo fábrica» que depende de sí misma, donde empieza y termina todo el proceso, tiende a su desaparición y la adecuación exige tener en cuenta distintos centros de producción conectados en lo económico pero independientes en lo jurídico. Aparece un entramado de relaciones que va más allá de la empresa única con centros de trabajo inferiores, aunque en muchas ocasiones se quiere esconder la realidad de una dependencia que actúa de otra manera pero no deja de responder al esquema de la unidad económica. De cualquier modo, la empresa

ha perdido el significado de ser la que en exclusiva asume la titularidad de la actividad, entendida en términos económicos (101) .

3. El fenómeno del grupo es desconocido en gran medida para el mundo del Derecho del Trabajo, a pesar de que la noción de «grupo» como centro de imputación laboral viene siendo reclamada insistente por la doctrina laboral. Esta carencia de intervención legislativa existe también en los ordenamientos de nuestro entorno, como tampoco han cristalizado las propuestas de Directivas europeas en relación con los grupos de dimensión comunitaria. Los grupos de empresas aparecen en lugares aislados en la legislación laboral vigente, pero podemos hablar de laguna legal, en cuanto que falta un concepto laboral propio o respecto a su tratamiento como empresarios o empleadores (102) . Ante esta situación, la integración ha sido realizada por el juez mediante la resolución de soluciones uniformes para cada supuesto concreto (103) . En España hay un indudable vacío legal. El hecho de que no exista una regulación sustantiva sistemática de los grupos de empresa significa que los mismos no están prohibidos, más exacto a decir que están reconocidos. Por ello, la jurisprudencia sólo excepcionalmente ha concedido sustantividad jurídica propia al grupo, lo cual es congruente con la falta de reconocimiento del grupo de empresas en el Derecho positivo (104) . La jurisprudencia laboral guarda sus cautelas sobre la actuación de los grupos de empresas. En conclusión, aunque no hay una legislación laboral específica, sí existe un Derecho del Trabajo aplicable para los servicios prestados en el ámbito de tales grupos. El punto central de su problemática jurídico-laboral es el tema de la identificación del empresario y, consiguientemente, la determinación o exigencia de responsabilidades. Si, en principio, la cualidad de empresario la ostenta exclusivamente la sociedad titular del correspondiente contrato, en determinados casos simulatorios de la realidad económica existente --«jurisprudencia de indicios acumulativos»-- se produce una extensión o ampliación de sujetos pasivos con las responsabilidades inherentes a aquella cualidad, descubriendose la existencia de una única empresa, no obstante la pluralidad de personas jurídicas. Los tribunales acaban apreciando la responsabilidad solidaria o comunicación de responsabilidad a aquellas sociedades que, constituyendo una unidad económica empresarial, han actuado de forma abusiva. En la práctica se contrata sin que aparezca el grupo, sin que éste se exteriorice como tal, ya que el grupos de empresas no se constituye formalmente como parte empleadora.

Es esta lógica de imputación parcial o reparto por cuotas de la actividad --y consiguientemente de los costes-- la que está presente en la descentralización productiva con o sin concentración empresarial. En todo caso, hay una desmembración de la inicial situación de unidad empresarial mediante dos modelos de organización diferentes, pero que se explican por una misma razón, la situación de un mercado que fluctúa con demasiada frecuencia y que obliga a las empresas a adaptarse continuamente a sus nuevas exigencias. La flexibilidad se ha instalado en la relación de trabajo y exige la desaparición de la rigidez también en cuanto a los factores que intervienen en el proceso productivo (105) . La reducción de riesgos y costes o la flexibilidad no tienen por qué responder a una intención fraudulenta, aun cuando siguen detectándose prácticas de descapitalización de empresas que sólo persiguen la elusión de la responsabilidad propia del empresario, remisiones de partes de actividad a empresas cuyos costes son más bajos porque son más precarias también sus condiciones de trabajo (106) .

4. De cualquier modo, el Derecho del Trabajo se ve obligado a evolucionar por causas distintas a las que le vieron nacer y justificaron su surgimiento, las líneas de tendencia ya no están, ni son los movimientos sociales ni el conflicto social. El Derecho laboral debe dejar de ser un derecho de la crisis, de la emergencia o de la excepcionalidad, y olvidar la provisionalidad de la situación ante el evidente asentamiento de los nuevos modos de producir (107) .

5. La Ley 11/1994 apostó por la descentralización contractual, por la negociación colectiva en la empresa, que ha pasado a concebirse por el legislador como el *locus* más apropiado para contratar las condiciones de trabajo más vinculadas al objetivo de la adaptabilidad (108) . No siempre la norma está atenta a estos cambios, ni traduce la realidad de la evolución producida en las formas de organizar la empresa; a veces, tampoco la jurisprudencia o las soluciones adoptadas por los tribunales. Parece evidente que tanto estos cambios palpables o las meras tendencias tienen por contexto el logro de la eficiencia económica del sistema (109) . En el intento de encontrar las causas y las consecuencias de la actual exaltación de la empresa no se sabe si ésta es el fruto o la razón de ser de los valores imperantes: flexibilidad, eficiencia económica, pleno empleo y competitividad (110) . Se declara abiertamente que, cuanto mayor sea la capacidad de competir, mayor será también el grado de eficiencia económica de cualquier sistema, y mayor será también la propia capacidad de éste para

generar bienestar, riqueza y empleo. Ante estas circunstancias no es extraño que el legislador haya injertado la lógica de la empresa y, con ella, la de la competitividad y la eficiencia económica en el Derecho del Trabajo (111) . En la sobrevaloración de las repercusiones económicas de las normas laborales o la postura de presentar el Derecho del Trabajo como un coste para la empresa, subyace un excesivo determinismo económico que debe rechazarse (112) . No obstante, aunque se empuja al discurso económico los matices a incluir por el Derecho del Trabajo deben ser de grandes dimensiones (113) , lo que significa que no estamos, ni resulta previsible que vaya a serlo en el futuro, ante un «edificio en demolición» (114) . De todos modos, las posiciones «conservadoras» del «Derecho del Trabajo en cuanto tal», no están reñidas con --no son un «freno» para-- la consecución de objetivos tales como el alto rendimiento económico, la mágica competitividad o la eficiencia y productividad de los mercados de trabajo (115) .

6. Por su parte, podemos asignar a la reforma de 1994 el momento en que se incorporan los principios que van a guiar el camino de las nuevas tendencias del Derecho del Trabajo. Tras varios años de experiencia se constata que la flexibilidad laboral no es algo coyuntural o que esté sumido en un concepto de provisionalidad (116) , ante su prolongación y acentuación, «la actitud mental que, definitivamente, exigen el arraigo e incardinación actuales de la flexibilidad en el ordenamiento laboral es la de entenderla, al menos en algunas de sus manifestaciones, como un elemento natural del régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las actuales sociedades postindustriales, con el que hay que aprender a convivir, y cuya aportación es preciso comprender en toda su dimensión (117) . La reforma a que fue sometida buena parte de la legislación laboral en 1994 se puede considerar como ese punto de inflexión, si bien «incierto», a partir del cual se cifran las distintas tendencias del Derecho del Trabajo. A veces se constata cómo el alcance de la reforma no ha llegado a la adecuación de las normas laborales a la nueva realidad de la descentralización productiva (118) . Si el eje central de la reforma de la legislación laboral fue la flexibilidad, ésta se reconduce a un doble sentido en la reforma: «primero, como adaptación a las diversas singularidades de cada sector, empresa o tipo de trabajo; segundo, como capacidad de adaptación al cambio de circunstancias (119) .

7. Si en un sistema de economía de mercado, o mejor capitalista, el problema empresarial --más allá de su organización productiva-- no deja de ser de costes económicos; del otro lado, el problema de obligada adecuación del Derecho del Trabajo, no deja de ser de costes sociales. En este juego de valores encontrados, se enfrentan intereses que difícilmente pueden ser comunes, sino más bien, por su propia naturaleza, antagónicos (120) . La solución está en la versatilidad que debe ofrecerse desde ambos lados, haciendo gala de verdaderas concesiones a la contraparte. Así, se encontrará un justo equilibrio, al obligarse a crear puntos de encuentro en posiciones que sólo pueden ser divergentes. En la inteligencia de lo que se exige y de lo que se concede, cada uno debe saber jugar la baza de su propio coste, esto es lo inmediato; sin olvidar que, mediáticamente, deben buscar la solución del conflicto --que es económico y que es social-- (121) . Desde este modo de enfrentarse a la realidad económico-social es desde donde los agentes sociales pueden afrontar la negociación al más alto nivel y aportar soluciones de auténtica política legislativa --que aunque tengan su justificación en la permanente recurrencia de facilitar la creación de empleo, ésta puede resultar ayudada, pero permanece en la epidermis de cualquier reforma laboral-- (122) , cuyo último sentido no es otro que el de siempre, la integración del inmanente conflicto de intereses y el equilibrio de las relaciones de poder entre los sujetos protagonistas (123) . En otro orden de cosas, uno de los equilibrios más palpables en el actual sistema de relaciones laborales es el paradigma de la concertación social que --como singular proceso de toma de decisiones-- ha dado como resultado una modalidad de leyes que puede ser nominada como ley negociada (cuya característica reside en incorporar al derecho estatal el contenido de previos acuerdos celebrados entre poderes públicos y organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios o entre aquéllos y alguna de estas organizaciones, señaladamente la de trabajadores). «En su aplicación al ámbito de las relaciones laborales, termina diciendo VALDÉS DAL-RÉ, el fenómeno de la legislación negociada constituye el procedimiento normativo de síntesis en el que se funden los dos cauces históricos de jurisdicción de aquellas relaciones sociales; en el que convergen, en suma, soberanía política y autonomía privada (124) .

8. Si la reforma laboral tuvo una trascendencia cualitativa, ésta vino derivada de la función que a la misma se atribuyó en relación al modelo de relaciones laborales en nuestro país. Sería exagerado hablar de un cambio de modelo, «no obstante ello, parece claro que la reforma surge de un análisis de las

consecuencias que ha originado en la práctica el modo de funcionamiento del modelo español de relaciones de trabajo y se traduce en una transformación, reformulación o adaptación de aquellos rasgos que el legislador consideró causantes de tal modo de funcionamiento (125) . De todas formas, el modelo que en ella se alienta ni responde a tendencias neocorporativas ni su designio es, como sí hicieran otras leyes anteriores, favorecerlas o incentivarlas (126) . Merece la pena, por tanto, ordenar y orientar las tendencias corporatistas que registran los sistemas de relaciones laborales, porque es de interés defender este singular proceso de adopción de decisiones: la legislación negociada, «expresión jurídica de un modelo de relaciones entre Estado y Sociedad» (127) , que nos recuerda los grandes pactos sociales de la primera mitad de los ochenta (128) .

En lo que afecta a las relaciones industriales y su autonomía o no respecto del mercado (y en el conjunto de normas precisas o genéricas que regulan las relaciones de trabajo)... dos grandes teorías: el pluralismo y el (neo) corporativismo social o negociado. El pluralismo nace bajo los presupuestos de una neta separación entre Estado y economía. El corporativismo surge ante el incremento intervencionista del Estado, «... dicho de otra manera, los agentes de la negociación, básicamente sindicales, ante la pérdida de autonomía del sistema de relaciones industriales acaban insertándose en el plano político más general, siendo así que la acción sindical, debido a la alteración de la naturaleza de la negociación se ubica en el plano de la negociación política, incrementando su dimensión institucional en/sobre el Estado (129) . En este mismo sentido, GONZÁLEZ-POSADA manifiesta que «la propia configuración del Estado Social y democrático de Derecho habrá de conllevar la exigencia de participación, haciendo que la regulación normativa despliegue su eficacia con el consenso de los afectados, lográndose así una mejor adaptabilidad a la realidad social existente en cada espacio y en cada momento» (130) .

VI -- CONCLUSION: IDENTIFICACION Y ANAGNORISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO

«La función asignada es integrar el conflicto... Función por tanto que exige determinar unos parámetros individuales y colectivos mínimos de protección, unos instrumentos normativos que faculten una adecuada gestión de los intereses en conflicto, así como una organización pública y/o privada que posibilite la garantía de la tutela cuando la gestión autónoma no se vea satisfecha» (131) .

1. De la exposición realizada se deduce una posición favorable a la concertación social o legislación negociada, siempre que no adopte en sus contenidos la sola inclinación hacia el determinismo económico del Derecho del Trabajo. En la búsqueda de su objeto, el Derecho laboral sigue marcando el camino de los sujetos protagonistas; es más, la limitación estricta del objeto recorta o estrecha el ámbito del Derecho del Trabajo. Paralelamente a la «huida» o aminoración subjetiva del Derecho del Trabajo que *ut supra* hemos mencionado, parece romperse la idea de que es el concepto de trabajador el que nos sirva para determinar si hay o no contrato de trabajo en el sentido recogido por el art. 1.1 ET. Esto, sin embargo, no se puede cuestionar pues el trabajador por cuenta ajena sigue siendo el punto de referencia por excelencia, el centro subjetivo principal (132) . Pero si miramos hacia la otra parte, del empleador, nos encontramos con la dificultad en la identificación del concepto de empresario. El problema aparece ahora más que nunca por las nuevas formas de organización de la actividad productiva y de la empresa en sí misma. Sin negar principalidad a la noción de trabajador, preocupa que cuando se den las notas típicas de la relación laboral, allí donde halla un trabajador habrá un empresario responsable. En un primer estrato la dificultad estriba en determinar quién recibe la prestación laboral (133) , quien --finalmente-- recibe el interés del objeto del contrato de trabajo, para poder imputarle, en su caso, las oportunas responsabilidades que se deriven de su verdadera situación en la relación de trabajo. Importa la exigencia de responsabilidades salariales o de Seguridad Social cuando haya necesidad de imputación, utilizando, o mejor, superando las normas del Código Civil con una sutil incorporación de las mismas en beneficio propio del Derecho del Trabajo. Ahora bien, resuelto el juego de responsabilidades, lo determinante es que haya un sujeto concreto que de una u otra manera pueda ser responsable empresarial (134) .

2. La primera reflexión, en los albores del Derecho del Trabajo, fue que la necesidad de un nuevo Derecho estuvo en la impronta del «contratante débil». Dicha tesis permanece al final del *excursus* realizado; hoy «es patente que las nuevas formas de organización de la empresa y los también nuevos modelos de organización de la producción... de alguna manera han de influir sobre el propio y particular sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y la intensidad de los poderes de la parte jurídica y económicamente "fuerte" del contrato sometido a su "jurisdicción"» (135) . Esto es: ¿una transgresión o una transformación en el Derecho del Trabajo? Quizás, todo se reduzca al giro en sentido contrario que se

ha producido en la relación entre la realidad social y las instituciones jurídicas que intentan regularla, en la pretensión de que sea el Derecho del Trabajo quien cambie los comportamientos y ofrezca soluciones a la carta, cuando lo más que puede hacer es adaptarse a los tiempos que corren, pero fiel a sus principios, desde el «contratante débil», en el entendimiento de que sigue siéndolo: por ahí la creatividad y la transformación; por el otro lado, o del «contratante fuerte», la adaptación, que no transgresión. Es, por ello, obligatorio un acercamiento de los sindicatos a los lugares de trabajo (que ayudará a solventar su crisis de representatividad) y la superación de la segmentación del mercado de trabajo entre trabajadores protegidos» y «no protegidos», porque «los cambios económicos y sociales, en suma, acentúan las diferencias íntimas entre los trabajadores, poniendo en peligro los valores de solidaridad» (136) .

3. La última palabra no está del lado de la eficiencia económica; que no sea así es también función del jurista. El estudioso del Derecho del Trabajo es al mismo tiempo vigilante de sus más sanos principios, y si en sus interpretaciones debe plegarse medianamente a la individualización de las relaciones laborales o a las exigencias de las nuevas formas de organización del mercado y de la estructura productiva, también es cierto y correcto que debe seguir --en todo caso-- el norte de los orígenes y principios que consolidaron y han configurado el Derecho del Trabajo como un sector del ordenamiento jurídico dotado de autonomía y sustantividad propias (137) . Si en los momentos de desarrollo la funcionalidad del sistema laboral ha sido un factor normalmente despreciado de cara al crecimiento económico y del empleo (138) : ¿Por qué darle ahora un papel tan determinante? Es más, «el grado de renovación de la normativa laboral es, no sólo entre nosotros, mucho más intenso que en otras áreas del ordenamiento, por lo que el grado de obsolescencia de las normas es aquí sensiblemente menor» (139) . La adaptabilidad llevada a cabo no ha sido poca ni falta de intensidad, «pero, desde luego, en ningún caso expresiva de una mutación o cambio sustancial en los objetivos o la funcionalidad clásica de esta disciplina» (140) . La función que se atribuya a cualquier reforma no consentirá que se hable de un cambio de modelo, en cuanto ruptura, desde el momento en que las bases de éste se encuentran en la Constitución (141) . Plegarse al viento de los principios pro empresa / pro competitividad / pro beneficio es un factor de riesgo que puede provocar una pérdida de identidad y llegar a convertir en espurio al Derecho laboral (142) . El Derecho del Trabajo no tiene por qué mirarse en/desde la lógica del mercado (función espejo), sino seguir aportando su

germen de luz cara a la justicia social e igualadora (función lámpara); aquí permanece su revolución romántica, que no romanticismo utópico.

4. En fin, si la dimensión del Derecho del Trabajo se agrandó a partir del estudio de los presupuestos sustantivos, de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación, debe volver a sus orígenes dejando el papel deuteragonista al empresario e identificando el principal en la otra parte. A pesar de su crisis, como en la dramaturgia griega, la anagnórisis del Derecho del Trabajo sigue en la persona del trabajador y reconocerse desde él, posiblemente, continúa siendo la pista más destacada de su objeto, fundamento y seña de identidad.

A modo de singular recensión, en este trabajo se recogen algunas consideraciones a propósito de la reciente publicación del profesor Elías GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.

(1)

Vid. GONZÁLEZ-POSADA, E., El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica, cit., págs. 9-25.

[Ver Texto](#)

(2)

El Derecho, en la medida en que se hace, no surge *ex nihilo* de la mente del jurista ni simplemente de «la intención y el cálculo del legislador que es más lo que encuentran que lo que crean» (IHERING), sino del atenimiento de uno y otro a las realidades que van a ser objeto de ordenación. Según pensara también IHERING, «la primera regla jurídica... fue el primer intento de la mente para elevarse sobre lo sensualmente obvio». El Derecho no es simplemente constatación de hechos, sino de hechos singulares, de expectativas sociales, fundadas en algo más que en la mera repetición de ocurrencias. Siguiendo estas máximas, «si el atenimiento a la realidad social no trasciende de ésta, nos hallamos ante una forma larvada de positivismo jurídico, que a la postre no consiste sino «en derivar de factores exclusivamente reales la validez del ordenamiento» (ROUSSEAU). *Vid.*, ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 9-11.

[Ver Texto](#)

(3)

«En el sentido de que no encuentran toda su razón de ser en el Derecho mismo; lo que hay en el fondo son procesos sociales de diferenciación y de individualización que van creando categorías especiales de sujetos, de objetos y de relaciones», *ibidem*, pág. 7.

[Ver Texto](#)

(4)

Ibidem bis, págs. 53 y ss.

[Ver Texto](#)

(5)

La cuestión social o cuestión obrera --como la que dio en llamarse cuestión agraria--, no es otra cosa que «la dulcificada envoltura semántica de la explotación sistemática de las clases trabajadoras por obra de la industrialización y el maquinismo dentro del modo de producción capitalista». Las alarmantes proporciones que pronto adquirió, habían de justificar la intervención estatal en las relaciones de trabajo, PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., *Derecho del trabajo e ideología*, 4.^a ed. revisada, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 30. «El paso siguiente, una vez aceptada la generalidad del factor trabajo, es su publicidad o exteriorización merced a la acción conflictual producida por quienes tienen la condición de asalariados; este hecho motiva el reconocimiento de una cuestión social, no resoluble ni bajo los parámetros liberales, ni en el marco de la legislación civil, y que exige una reforma social», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 65.

[Ver Texto](#)

(6)

«En España como en otros países, cuando el factor trabajo concita por su generalización y publicidad la atención de los gestores sociales, puede decirse se ha iniciado uno de los prolegómenos necesarios en la actividad normativa del Estado», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 64.

[Ver Texto](#)

(7)

BORRAJO DACRUZ, E., «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo», *RIT*, núm. 6/1954, pág. 236.

[Ver Texto](#)

(8)

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», *Relaciones Laborales*, tomo 1996-II, pág. 63.

[Ver Texto](#)

(9)

«Al menos hasta principios de siglo no existe un conjunto de reglas jurídicas ordenadoras del trabajo, manteniéndose el rechazo a reconocer la existencia de una cuestión obrera. Será la Ley de accidentes de trabajo de 1900 la que inicie esta nueva era», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 69. De todos modos, se constata «la ausencia de un cuerpo normativo coherente de normas jurídico-laborales unidas por un vínculo común de imputación, como habrá de ser en el futuro el contrato de trabajo», *ibidem*, pág. 71. Estas medidas estatales específicas --que sólo trataban de reaccionar frente a supuestos específicos de «abusos» empresariales-- muy vinculadas, como es sabido, a la búsqueda de medios para reducir las causas del «conflicto social», iniciaron el proceso de «juridificación de las relaciones de trabajo», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación y desregulación», *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I, pág. 26.

[Ver Texto](#)

(10)

El Derecho del Trabajo, en sus primeras expresiones, se desarrolla sobre la disciplina del contrato de trabajo. «Igualmente, puede subrayarse que pronto la figura singular de la relación contractual es "trascendentalizada" en la medida en que el trabajo dependiente forma parte de una colectividad de sujetos afectados por un interés, que incluso afecta al cuerpo social. Nace de esta forma todo un proceso de agregación de intereses que deviene en un momento asociacionista, determinante de un ordenamiento autónomo y que posteriormente el Estado llega a reconocer/regular, naciendo el Derecho Sindical o Colectivo», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 57-58. La relación de trabajo nace de una manifestación de la autonomía privada, de un contrato típico. La relación nace del contrato pero no se agota en el contrato, éste no agota las dinámicas normativas de las relaciones laborales, donde se articulan también intereses no patrimoniales, que

trascienden a los intereses privados de los contratantes. El acuerdo es fuente de la relación, pero no la disciplina. «Ley y contratación colectiva en los diversos niveles,... colocan el baricentro de los fenómenos de regulación de las relaciones de trabajo más allá del horizonte del contrato, porque es más allá del horizonte individualista del contrato en donde se articulan...», D'ANTONA, M., «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, págs. 291-293. El contrato de trabajo fue el título jurídico que, respetando los principios inspiradores de la nueva sociedad capitalista, permitió el funcionamiento de los mecanismos económicos de explotación del trabajo. «El contrato de trabajo es, pues, la figura jurídica característica de la ordenación de las relaciones de producción en la sociedad capitalista», DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 78/1996, pág. 602.

[Ver Texto](#)

(11)

El Derecho del Trabajo surge por razón y por necesidad, apoyado en unos fundamentos sociales, económicos y jurídicos que le son propios. Para que tenga vida en sí, pronto se abre un largo proceso de conformación normativa en Europa a lo largo de los siglos XIX y XX. Este proceso es expuesto por GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., en el Capítulo I, concretamente en las págs. 35 a 43.

[Ver Texto](#)

(12)

Todos ellos han sido alineados por PALOMEQUE, y señala que, en la etapa inicial, a partir de 1900, se desarrolla una «legislación protectora de las clases trabajadoras, no puede decirse, sin embargo, que durante una fase inicial se haya conformado un derecho obrero como conjunto coherente de principios y normas sobre un núcleo unitario de imputación», PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., *Derecho del Trabajo...*, cit., pág. 59.

[Ver Texto](#)

(13)

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La emancipación del...», cit., pág. 2. Por ejemplo, para el caso de Italia, GONZÁLEZ-POSADA señala que «no puede olvidarse como factor

dinamizador la actividad desarrollada por los tribunales que resolvían los distintos tipos de conflicto, siendo de subrayar..., cómo los *Probiviri industriale* supusieron una importante aportación jurisprudencial esencial en las primeras andaduras del Derecho italiano» (ROMAGNOLI), GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 39-40.

[Ver Texto](#)

(14)

GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 28-29. *Vid.*, la descripción realizada por WEBER, M., en *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10.^a reimpresión de la 2.^a ed. en español, 1993, págs. 106-107.

[Ver Texto](#)

(15)

DURÁN LÓPEZ, F., «Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar», *Relaciones Laborales*, tomo 1996-I, pág. 552.

[Ver Texto](#)

(16)

«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 entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico», RADBRUCH, citado por BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 96-97. Asimismo, BORRAJO manifiesta que el nuevo Derecho Social «tuvo que revisar el principio de que habla 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», *ibidem*, pág. 96. MARX, en *El Capital*, había indicado que «el contrato de trabajo era no sólo la expresión de un intercambio de equivalentes, sino también la sanción de relaciones de apropiación específicas, ya que además tras la igualdad formal que implica la relación jurídica hay relaciones entre dominantes y dominados. El contrato de trabajo, según MARX, supondría la subsunción formal de los trabajadores en las relaciones de producción, con lo cual el derecho sólo secundariamente significaría

protección y primariamente coerción», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., cita a pie núm. 38, págs. 32-33. En palabras de nuestro más Alto Tribunal, el específico carácter del Derecho laboral está en que, «mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre las que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales» (STC 3/1983, de 25 de enero, *BOE* de 17 de febrero).

[Ver Texto](#)

(17)

Vid. de nuevo la esclarecedora STC 3/1983, de 25 de enero. De hecho, «desde un principio el proceso de intervención normativa se conectó dialécticamente, no tanto con la autonomía de las partes del contrato, sino con los poderes de decisión unilateral del empresario... a través de aquellas intervenciones se trata también de sustituir, con disposiciones obligatorias externas (heterónomas), la regulación contractual de las partes, reduciendo su poder de decisión, aunque en la medida en que ese poder de decisión efectivo reposa en manos empresariales, se reduce sobre todo y en gran medida el margen de actuación de los poderes empresariales», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación...», cit., pág. 26.

[Ver Texto](#)

(18)

«Existe por tanto la aceptación de la condición obrera, al igual que su reconocimiento especial dentro de la relación contractual», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 70-71.

[Ver Texto](#)

(19)

«La búsqueda de una regulación laboral menos rígida y más adaptable ha supuesto una reorganización del papel del contrato y la libertad contractual, recobrando el trabajador una libertad de la que había sido expropiado y considerándose la normativa laboral como un presupuesto para el libre ejercicio de la autonomía individual..., sin desconocer el fundamental papel normativo que sigue

correspondiendo a la norma legal y a la norma colectiva», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La emancipación del...», cit., págs. 2 y 3.

[Ver Texto](#)

(20)

«Si éste (el Derecho del Trabajo tradicional) hubo de nacer y desarrollarse contra el Derecho Civil o común e igual para todos los ciudadanos, esto es, contra sus esenciales postulados de libertad e igualdad formal de las partes contratantes..., para, presentándose como un derecho derogatorio del común, afirmar la radical desigualdad entre ellas y la subordinación del trabajador al empresario, el contrato de trabajo, desembarazado del Derecho del Trabajo, serviría en la actualidad para expresar y atender, no ya la desigualdad y oposición de intereses entre las partes contratantes, sino la desigualdad y oposición o, al menos diferenciación de intereses, entre los distintos trabajadores contratantes y contratados...», *vid.*, CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, págs. 402-405.

[Ver Texto](#)

(21)

RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT*, núm. 80, 1996, pág. 982.

[Ver Texto](#)

(22)

«El Derecho del Trabajo tradicionalmente ha desarrollado su propia función de ordenamiento protector a través del dominio de la heteronomía sobre la autonomía y a través de la subordinación de lo individual a lo colectivo... (el énfasis actual sobre la autonomía individual puede indicar la tendencia hacia «un Derecho del Trabajo menos heterónomo y menos colectivo o, si se prefiere, más autónomo y más individual,...»). A continuación el autor se plantea dos líneas de discusión: sobre el retorno al contrato y la individualización del Derecho sindical. *Vid.*, D'ANTONA, M., «La autonomía individual...», cit., págs. 284 y ss.

[Ver Texto](#)

(23)

DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», *cit.*, pág. 616.

[Ver Texto](#)

(24)

Entre ellas, pueden verse las enumeradas por SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994», *Revista Estudios financieros*, núm. 50/1996, págs. 32-36. Concretamente, «el renacimiento del contrato no se explica exclusivamente en clave de recuperación de los espacios de libertad individual. En realidad, si se concede un mayor espacio a la autonomía individual no es sólo porque ello favorezca las aspiraciones de los individuos, sino también porque esa aplicación es funcional a la necesidad actual de las empresas de una mayor adaptación de las condiciones de trabajo a sus circunstancias específicas (la revalorización del contrato de trabajo coincide con la necesidad empresarial de adaptación de la misma a su peculiar situación --BAYLOS--)», *ibidem*, pág. 35.

[Ver Texto](#)

(25)

«Naturalmente, dentro de este sistema, las aspiraciones individuales sólo tienen cabida en la medida en que coincidan con los intereses empresariales, pudiendo ser sacrificadas en caso contrario», *ibidem bis*, pág. 36.

[Ver Texto](#)

(26)

Ante la clara necesidad de sacar del sistema normativo del Código Civil las normas sobre el nuevo modo del trabajo, y ante su manifiesta insuficiencia, las normas laborales van apareciendo aisladamente durante los últimos años del siglo XIX y primeros del siglo XX. La primera ley laboral española data de 1873, Ley Benot de 26 de julio, sobre trabajos peligrosos de menores y las correspondientes sanciones a quienes los emplearan en ellos. Las normas sobre legislación obrera tuvieron un carácter limitativo o prohibitivo y sus preceptos básicos estaban relacionados con la edad y el sexo (parece que la legislación obrera comienza elaborando discriminaciones positivas por estos motivos). La Ley de 24 de julio de 1873 sobre «regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos性os», es la primera disposición protectora de rango superior, la

llave maestra de la historia española de la «legislación obrera» y con ella de nuestro Derecho del Trabajo. Hasta 1873 tan sólo puede hablarse de precedentes aislados de relevancia escasa y, en todo caso, de proyectos y preparativos normativos. En España, el encaje normativo de la figura contractual se hacía a través del Código Civil de 1889, aún vigente, a través de la figura del arrendamiento de servicios, servicio de criados y trabajadores asalariados, siendo ésta toda regulación de las relaciones de trabajo existente, recogido en los arts. 1583 a 1587. No dejaban de ser cinco «exiguos y, ya entonces, insuficientes preceptos», MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975, pág. 251. De todos modos, es conveniente afirmar que la importancia trascendental de la Ley Benot, haciendo abstracción de su contenido, consiste en ser la primera huella para rastrear el camino seguido por el ordenamiento jurídico-laboral, PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., *Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 29-30, 58 y 67. Certo es que tales normas no se cumplieron ni podían cumplirse, entre otras razones, porque «no se cumplen ni pueden cumplirse leyes que pugnan con los intereses de las clases dominantes». De ahí, la muy escasa incidencia práctica y la petición a los poderes públicos, por ejemplo, respecto a la Ley Benot, de que fuese publicada de nuevo en la *Gaceta*; *vid.* las citas realizadas por PALOMEQUE, *ibidem*, en las págs. 81 y 82; también, DE LA VILLA GIL, L. E., «La elaboración científica en el Derecho del trabajo», *ACJ*, núm. I/1971, pág. 154; DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., *Introducción a la economía del trabajo*, Vol. I, 2.^a edición, Debate, Madrid, 1979, págs. 146-147. Respecto a la obra que estamos recorriendo, indicar que el Capítulo II describe el «Origen y evolución del Derecho Español del Trabajo» (págs. 63-140; recogiendo -- como ya indiqué-- toda la conformación normativa que se desarrolla en Europa en las págs. 35-43), sobre la base de la distinción entre lo que constituye la política social, el reconocimiento de la libertad asociativa de los agentes sociales y lo que propiamente representa el moderno Derecho del Trabajo. *Vid.* GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit.

[Ver Texto](#)

(27)

La intervención estatal «vino a ser una prolongación y confirmación de otras muchas, en terrenos socio-económicos múltiples, que actuando conjuntamente convirtieron el *laissez faire* de la historia moderna en una "aberración breve" dentro de una "ortodoxia" de intervención estatal», ALONSO OLEA, M., *Introducción...*, cit., págs. 291-294.

[Ver Texto](#)

(28)

«El intervencionismo social tendrá un carácter ambiguo, ya que será consecuencia de las reivindicaciones, y al mismo tiempo de las necesidades del modo de producción que le permitan reproducirse. Toda intervención tendrá al mismo tiempo la limitación del propio sistema económico, con lo que la finalidad última será canalizar las tensiones en el mismo,... Esta primera legislación responde a una exigencia de globalidad del entero sistema político-económico, en cada país según el volumen de desarrollo y crecimiento capitalista, habiéndose de señalar que los distintos episodios normativos coinciden con momentos históricos en que los sindicatos carecían de reconocimiento jurídico», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 36-37. Más adelante, como consecuencia de un nuevo planteamiento GONZÁLEZ-POSADA afirma que hay una «drástica superación del Estado liberal no intervencionista --paradójicamente desaparecido-- a través del intervencionismo absoluto», *ibidem*, pág. 53.

[Ver Texto](#)

(29)

Y pertenece a su razón histórica. «La mediación del Estado en las relaciones de intercambio de trabajo subordinado por salario se ha manifestado a través de la más clásica política legislativa», *vid.* VALDÉS DAL-RE, F., «El sistema español de relaciones laborales: una aproximación», *Relacio-nes Laborales*, tomo 1996-I, págs. 124-131.

[Ver Texto](#)

(30)

«Ni la intervención del Estado necesariamente supone esa juridificación, ni tal juridificación se traduce tampoco en una necesaria "rigidez" o falta de flexibilidad», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación...», cit., pág. 28. Es más, la absoluta neutralidad del Estado, «sin tomar en consideración si lo que está en juego son las expectativas empresariales o las reivindicaciones de los trabajadores», la desregulación, en definitiva, «como vuelta al mercado no hace ascos, sin embargo, a una intervención estatal, aunque esta vez en apoyo de la autonomía individual; una intervención estatal que tienda así a reducir el apoyo estatal a la autonomía colectiva», *ibidem*, pág. 29.

[Ver Texto](#)

(31)

CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de...», *cit.*, pág. 403.

[Ver Texto](#)

(32)

VALDÉS DAL-RE, F., «Legislación negociada y concertación social: una aproximación», *Relaciones Laborales*, tomo 1997-I, pág. 12.

[Ver Texto](#)

(33)

Vid. ROMAGNOLI, V., «Introduzione», en *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1974, págs. 5 y ss.

[Ver Texto](#)

(34)

«Finalidad que siendo propia de todo Derecho aparece en las normas laborales con una intensidad mayor que en los demás sectores del ordenamiento jurídico. Lo que referido a nuestra disciplina en el momento actual lleva a considerar que la misma tiende a la defensa del sistema capitalista intervenido, sistema que abdica de algunos de sus postulados iniciales para garantizar su propia supervivencia (BAYÓN CHACÓN - PÉREZ BOTIJA); *vid.* MONERO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 16 y 21-22 (y las referencias bibliográficas que allí se mencionan).

[Ver Texto](#)

(35)

Sobre tal hecho, *Vid.*, entre otros, por lo que se refiere al Derecho individual del Trabajo, SCOGNAMIGLIO, R.: *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1989, págs. 26 y ss. Sobre el Derecho Colectivo, aparte del conocido libro de TARELLO titulado *Teoría e ideología en el Derecho Sindical*, *vid.* GIUGNI, G.: «Azioni sindacale, politica giudiziaria, dottrina giuridica», en *Lavoro, Leggi, contratti*; Il Mulino, Bolonia, págs. 221 y ss., recogido por GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, *cit.*, en nota a pie 4, pág. 10.

[Ver Texto](#)

(36)

Vid., DE LA VILLA GIL, L. E., «En torno al concepto del Derecho del Trabajo español», *RT*, núm. 26/1969, págs. 101 y ss.; igualmente, *vid.*, *RT*, núm. 41-42/1973, págs. 371 y ss. *Vid.*, también, SALA FRANCO, T., «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 0/1974, págs. 49 y ss.

[Ver Texto](#)

(37)

Cfr., TREU, T., «Diritto del Lavoro (voce per el Digesto 2000)», *Giornale di Diritto del Lavoro e di relazioni industriali*, núm. 36/1987, pág. 727.

[Ver Texto](#)

(38)

«La idea de la seguridad física se halla, pues, en el centro mismo del Derecho del Trabajo. Aparece en el origen histórico de todos los Derechos del Trabajo europeos, y constituye la parte irreductible del Derecho impuesto por el Estado, aun en los sistemas jurídicos más decididamente abstencionistas. Se encuentra, además, en el corazón de la construcción del Derecho social europeo, según se observa, por ejemplo, en el Acta única. Es, en suma, una idea central, aunque no siempre la tengan en cuenta debates como los relativos a la distribución del tiempo de trabajo», SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (Dir.), DEL VALLE VILLAR, J. M. y GIL y GIL, J. L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 3.^a edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 37-44.

[Ver Texto](#)

(39)

El permanente conflicto de intereses que separa a empresarios y trabajadores halla su correspondencia en una generalización de las formas de autotutela privada. La autonomía de la voluntad no dejaba de ser una ficción destinada a legitimar el poder de hecho que el empresario ya ejercía (nace el Derecho del Trabajo como técnica de regulación del poder social: KAHN-FREUND), *ibidem*, págs. 39-43.

[Ver Texto](#)

(40)

En el plano colectivo, trabajadores y empresarios pueden tutelar unilateralmente sus propios intereses, mediante la huelga, la paralización de actividades en caso de riesgo inminente de accidente y el cierre patronal. «Hay, pues, en el surgimiento y en la evolución ulterior del Derecho del Trabajo, una tensión inmanente entre los aspectos individuales y colectivos. Dicha tensión es extraña al modelo de Derecho Civil... Son, pues, tareas del Derecho del Trabajo: la juridificación de los poderes empresariales y la limitación del poder colectivo de las organizaciones de trabajadores», *ibidem bis*, págs. 42-44.

[Ver Texto](#)

(41)

Vid., GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 15-25, concretamente, 23, 24 y 25. Sin duda, «los sistemas de relaciones laborales reflejan, al igual que otras instituciones sociales, la estructura socio-económica en la que se han desarrollado y en cuyo interior sirven, o deben servir, para gobernar las relaciones laborales», Treu, T., «Relaciones laborales ¿declinar inevitable?», *Relaciones Laborales*, tomo 1985-I, pág. 155.

[Ver Texto](#)

(42)

GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 44. Es intencionado recoger en este epígrafe el tenor literal de las páginas redactadas por GONZÁLEZ-POSADA para describir la elaboración doctrinal que discurre en paralelo a la consolidación del Derecho del Trabajo. La amplitud de la literalidad en el hilo conductor de este apartado se justifica por la densidad de su contenido. *Vid.* las págs. 44-57.

[Ver Texto](#)

(43)

En el terreno doctrinal se manifiesta cómo el contrato de trabajo es un «dominio bajo la máscara de un acuerdo» o que la libertad contractual no es más que «la máscara puesta al poder unilateral del empresario». Las primeras construcciones ponen de manifiesto que existía una relación profundamente asimétrica y desigualitaria, en virtud de la cual podía el empresario imponer unilateralmente las condiciones de trabajo; aparte de la reacción colectiva de los trabajadores, las distintas teorías

construyen todo el Derecho del Trabajo desde la restricción del poder directivo del empresario, DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», *cit.*, págs. 603-605.

[Ver Texto](#)

(44)

«El contrato y la interpretación de las relaciones colectivas en clave jurídico-privada fueron la institución y el método empleados por la doctrina europea continental de posguerra (NIPPERDEY, KAHN-FREUND, CAMERLYNCK, SAVATIER, BARASSI o SANTORO) para emprender la reconstrucción democrática y liberal --liberalizadora, también-- de sistemas de relaciones laborales basados en la contraposición de intereses, frente a la concepción comunitaria-personalista y organicista de la relación laboral individual, de origen germano, y al pensamiento corporativista italiano, publificador o administrativizador de las relaciones colectivas», *vid.* CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización...», *cit.*, pág. 404.

[Ver Texto](#)

(45)

Más contundentemente, la apreciación anterior será desarrollada desde los inicios de los años sesenta a través de autores como SCOGNAMIGLIO, BALZARINI, CESSARI, SANTORO-PASARELLI, LYON-CAEN y CAMERLYNCK; pero quizás el fruto más significativo de esta época girará en torno al Derecho colectivo del trabajo (GIUGNI recrea la noción del ordenamiento intersindical, aplicable a la experiencia italiana). Con ello se va a iniciar una tendencia, aún no cerrada, en que la autonomía colectiva va a presidir gran parte de las elaboraciones doctrinales de los treinta años posteriores. A partir del análisis colectivo, la visión de lo individual no se sitúa al margen de la reflexión crítica de la doctrina, sino que no podrá hacerse de la misma forma, y de ello será testigo todo el debate suscitado en los años ochenta como consecuencia de la crisis económica (VARDARO).

[Ver Texto](#)

(46)

Según el planteamiento relacionista (época de Weimar) y el institucionalista (traducción del institucionalismo de HAURIOU al campo jurídico-laboral), la institución-empresa, bajo la dirección del empresario integra y absorbe el vínculo

jurídico-laboral, sometiendo los impulsos individualistas del contrato a la normativación ejercitada por la legislación laboral en general.

[Ver Texto](#)

(47)

«Sin lugar a dudas, la práctica legislativa no fue posible sin la teórica, y al mismo tiempo ésta hizo posible, al estudiar la legislación..., proceder a una exegética y sistemática propias de la dogmática jurídica; en este último episodio es cuando puede hablarse del Derecho del Trabajo», GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 94-95.

[Ver Texto](#)

(48)

«En síntesis la cuestión sobre la ajeneidad y/o dependencia atiende a la situación jurídica del trabajo respecto al ordenamiento laboral y la discusión sobre la aplicación del derecho expresa el interés sobre la especificación de la tutela estatal o colectiva sobre el trabajador», *ibidem*, págs. 110-111.

[Ver Texto](#)

(49)

«Que sintética y no exhaustivamente pueden ser concretados en los siguientes: a) carácter no estático ni unidimensional de la figura clásica del contrato de trabajo; b) configuración de la posición del empresario como consecuencia del contrato de trabajo; c) vicisitudes en la ordenación de la prestación de trabajo; d) vicisitudes sobre los contratos de trabajo como consecuencia de las alteraciones en la organización productiva de la empresa; e) extinción del contrato de trabajo... la mayor parte de la exégesis sistemática realizada resulta ser de una gran utilidad en la etapa postconstitucional, lo que viene a significar el grado de abstracción dogmática de la producción doctrinal», *ibidem bis*, págs. 111-113.

[Ver Texto](#)

(50)

Ibidem ter, págs. 128-130.

[Ver Texto](#)

(51)

MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea», *REDT*, núm. 77/1996, pág. 405.

[Ver Texto](#)

(52)

Estas presiones ideológicas, así como los cambios en la estructura económica y social de cada momento histórico, llevan a un resultado obvio: «Las disposiciones legales o, si se quiere, las normas de origen estatal aparecen y desaparecen dentro de un proceso de cambio permanente, que arrastra consigo a la doctrina judicial y a la propia doctrina científica, sin que una y otra encuentren el basamento necesario para elaborar un verdadero sistema jurídico», BORRAJO DACRUZ, E., «¿La ignorancia de la Ley laboral excusa de su cumplimiento?», *AL*, núm. 31/1996, pág. 577.

[Ver Texto](#)

(53)

De entre los primeros citamos a Paul DURAND como uno de los más prestigiosos sostenedores de la doctrina que otorga al Derecho del Trabajo una finalidad tuitiva, con una autonomía desprovista de implicaciones «foráneas» y donde los principios generales del Derecho Civil actúan de manera funcional, según su adaptabilidad a los principios propios del orden laboral. La segunda posición estaría representada por GERARD LYON-CAEN, quien afirmando el carácter existencial y no esencial del Derecho del Trabajo, amplía la visión autónoma anteriormente apuntada y propone una neutralización de la influencia de las instituciones típicas del derecho privado en las peculiares del Derecho del Trabajo; *vid. «Du role des principes généraux du droit civil en droit du travail»*, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, núm. 2/1974. *Vid. GONZÁLEZ-POSADA, E., El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, *cit.*, págs. 11-13.

[Ver Texto](#)

(54)

Vid. GONZÁLEZ-POSADA, E., El Derecho del Trabajo. Una reflexión..., *cit.*, Capítulo III, «Entre la complejidad y el enigma. Los condicionamientos de la evolución; a) Crisis y equilibrio del sistema de relaciones laborales», págs. 141-148.

[Ver Texto](#)

(55)

BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 12.^a edición, Marcial Pons, Madrid, puesta al día por VALDÉS DAL-RÉ, F., 1977/1978, pág. 51.

[Ver Texto](#)

(56)

«A medida que se progresó en el conocimiento de las condiciones de vida y de trabajo de las clases trabajadoras, se fue promulgando una legislación orientada por estos dos grandes objetivos: de una parte propiciar y, a la vez, fijar los procedimientos para la composición pacífica de los conflictos de intereses y, de otra, dispensar una protección especial a los trabajadores más necesitados», BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al...*, cit., pág. 97. Ante la rápida implantación del movimiento obrero en España, las primeras leyes laborales respondieron a un «doble y paradójico ingrediente: la convicción de que la sociedad y el Estado burgueses han de proteger al trabajador en cuanto ser desvalido y necesitado de tutela, y la convicción paralela de que la sociedad y el Estado burgueses han de cuidarse frente a la amenaza de los trabajadores unidos en asociaciones», MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1975, pág. 11.

[Ver Texto](#)

(57)

Tal deducción puede hacerse en cualquier tiempo y lugar al hilo de las alteraciones habidas en el régimen jurídico de las distintas instituciones. En este sentido, «aunque pueda fijarse en la fecha de entrada en vigor de una ley la alteración del régimen jurídico de una determinada institución o materia, tal alteración suele haberse generado o vislumbrado antes en la realidad social que dicha ley regula», RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo y Derecho del Trabajo», *Revista Estudios Financieros*, núm. 49/1996, pág. 6. «Nunca se sabe con sobrada certeza si los hechos se alteran porque antes se alteraron las ideas o si, por el contrario, las nuevas ideas añoran de la interpretación de unos hechos, de una realidad que también es nueva (al hilo de la reflexión lanzada por BAYLOS de la actual exaltación de la empresa, ¿fruto o razón de ser de los valores que imperan?)», *ibidem*, pág. 26.

[Ver Texto](#)

(58)

Ordenamiento conquistado, una vez que la clase trabajadora tuvo conciencia de su situación y de su fuerza; es conquistado «en la medida en que la presión y la exigencia obrera han ido arrancando progresivamente de la burguesía condiciones de trabajo y de vida cada vez mejores, que han quedado sancionadas por normas estatales mínimas», *vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., Derecho del Trabajo..., cit.*, pág. 95.

[Ver Texto](#)

(59)

PALOMEQUE afirma que no se acierta a ver cuál sea la línea divisoria sólida de ambas vertientes y, en todo caso, no deja de ser arbitraria la adscripción de los diversos contenidos normativos a una y otra. Decididamente, la característica ideológica de la opción reformista se encuentra en la base de la legislación obrera, *ibidem*, págs. 95-96.

[Ver Texto](#)

(60)

De la exposición de este Real Decreto entresaca los principales elementos ideológicos que van a fundamentar posteriormente las primeras y sucesivas «leyes protectoras del trabajo prestado en régimen de ajeneidad y dependencia». Los postulados ideológicos enumerados son:

A) El «lento camino de las reformas» en evitación del «violento de las revoluciones», mediante una «solución pacificadora» (L. E. DE LA VILLA) para contener el incendio social (A. MONTOYA).

B) La defensa de la propiedad privada y el orden económico capitalista. De manera que, mediante la legislación del trabajo el Estado «reprime y previene el desorden social» (A. BUYLLA). «Cada nueva ley en favor del obrero es una satisfacción a la justicia y un palmo de terreno arrebatado a la anarquía... El intervencionismo desempeña así una doble misión conservadora y de reforma» (E. DATO).

C) La concepción armónica de las relaciones entre el capital y el trabajo. Capital y trabajo son, en consecuencia, armónicos y no antagónicos (A. MONTOYA).

D) La actitud moralizante y paternalista hacia la clase obrera. Lo que se ha denominado el «lenguaje de la caridad» de las primeras leyes laborales (A. MONTOYA).

E) Una reforma integral del hombre y de la sociedad. Para la corriente más pura del reformismo español --el pensamiento krausista-- la reforma de las relaciones de trabajo no será sino una página del libro de la reforma integral de la sociedad (G. de AZCÁRATE).

Vid., en PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., *Derecho del trabajo...*, cit., págs. 111-118 y todas las citas a pie allí realizadas.

[Ver Texto](#)

(61)

«El Derecho del Trabajo marcharía así por una ruta de dirección única o «unívoca»: la de la mejora de las condiciones de trabajo y empleo», MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 408, y nota a pie 3, donde cita a CAMERLYNCK y LYON-CAEN, *Droit du Travail*, traducción española de la 5.^a ed., realizada por RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., Aguilar, Madrid, pág. 17.

[Ver Texto](#)

(62)

Ibidem, pág. 408.

[Ver Texto](#)

(63)

«Frente al sentido "unidireccional" de las primeras etapas de su evolución,... se estaría transitando en la actualidad hacia una fase distinta, dentro de la cual primaría la consideración equilibrada de los intereses laborales y empresariales», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., pág. 55. La línea de tendencia tomaría un perfil «bidireccional» (de doble principio: *pro operario* y *pro empresa*), BORRAJO DACRUZ, E., «¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?», *AL*, núm. 34/1994, pág. 549.

[Ver Texto](#)

(64)

Debido a su posición estratégica, ha sido calificado como «Derecho de frontera». ROMAGNOLI, V., «Tecnocrazia e diritto del Lavoro», *Política del diritto*, núm. 1/1970, pág. 89.

[Ver Texto](#)

(65)

GIUGNI, G., «Diritto del Lavoro (Voce per un'enciclopedia)», en *Lavoro, Loggi, contratti*, Il Mulino, Bolonia, 1989, pág. 247.

[Ver Texto](#)

(66)

Vid., JAVILLIER, J.-C., *Droit du Travail*, Ed. L.G.D.J., París, 1988, págs. 11 y ss.

[Ver Texto](#)

(67)

La actual tendencia a la aparición de nuevas «zonas grises» con el surgimiento de diversas modalidades atípicas de trabajo o las formas de trabajo para-subordinado; así como los fenómenos contradictorios en relación con la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, han llevado a un proceso de fragmentación de la disciplina globalizadora del mercado de trabajo. La fuerza expansiva del contrato de trabajo parece haber perdido algún terreno en la frontera con el trabajo autónomo. «Todo ello podría llevar a una pérdida del valor unificador de los presupuestos sustantivos que caracterizan la relación de trabajo (es decir, del sistema normativo interno) y, en cualquier caso, conduce a un nuevo replanteamiento de la vieja cuestión de la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo... En el fondo, se trata de volver sobre el problema de la unidad dogmática del Derecho del Trabajo». *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre...*, cit., págs. 76 y ss.

[Ver Texto](#)

(68)

Estos cambios normativos se explican como manifestaciones de un llamado «Derecho del Trabajo de la emergencia» (doctrina laboralista italiana), destinado a desaparecer con la superación de la crisis económica a la que pretendía hacer frente. En términos más asépticos, estos cambios normativos se han analizado desde el «Derecho del

Trabajo de la crisis», MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 409 y nota a pie 6.

[Ver Texto](#)

(69)

Nuevas normas o mecanismos de protección que se implantan, referidos a aspectos muy importantes de las relaciones de trabajo, son --como en los años setenta fueron la doctrina de la condición más beneficiosa o el principio de norma más favorable, en la configuración de las fuentes secundarias como normas suplementarias o de mejora-- «la progresiva implantación del principio de no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, el auge de la normativa de salud y bienestar laboral, y la creciente importancia de las normas de regulación del mercado de empleo», MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 410. Esta implantación de nuevos o renovados principios es una buena línea de defensa de otras técnicas o tendencias que, como la desregulación, suponen poner en duda los principios mismos del Derecho del Trabajo --que «partió de la premisa de que el trabajo no es un bien económico como los demás»--, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación...», cit., pág. 28. Si en determinadas áreas la protección se atenúa o cambia de sentido en pro de la flexibilización, «hay también otras en las que la misma no sólo persiste, sino que ve incrementada su intensidad. En la última etapa estos avances resultan especialmente importantes en el terreno de la tutela de la persona del trabajador», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., págs. 58-59. Así, la aplicación de algunos principios, reglas y elementos civiles que el Derecho del Trabajo no puede marginar, tales como: la defensa del contratante débil, la llamada a la equidad, la concepción de la autonomía como instrumento de libertad, la defensa de la intimidad, de la dignidad, de la integridad física, de la libertad, de lo moral, el respeto de la vida privada, etc. «Desde la lógica contractual se defiende hoy una esfera infranqueable de protección de la dignidad de la persona del trabajador y de sus derechos fundamentales», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La emancipación del...», cit., págs. 2-3.

[Ver Texto](#)

(70)

GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 147.

[Ver Texto](#)

(71)

Ibidem, págs. 41-42.

[Ver Texto](#)

(72)

Esta crisis, además, inició los límites del Estado de Bienestar, la sociedad industrial y la fábrica, como modelo de actividad productiva, *ibidem bis*, pág. 143.

[Ver Texto](#)

(73)

Ibidem ter, págs. 154-155.

[Ver Texto](#)

(74)

Vid. el breve desarrollo que de estos factores hace MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., págs. 412-413.

[Ver Texto](#)

(75)

Estos importantes cambios (líase la puntual enumeración realizada) han sido las causas de una mayor complejidad, descentralización y dispersión de los intereses en juego, que caracterizan las nuevas formas de organización de las relaciones industriales, CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de...», cit., págs. 402-403.

[Ver Texto](#)

(76)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., pág. 66. Si bien, «hay que rechazar la idea de que el progreso social deba frenarse para recuperar la competitividad económica, y, por el contrario, se afirma que unos elevados niveles de protección social son un importante factor del éxito de las economías de los países más avanzados. No son sólo, esto es, una concesión a las exigencias sociales, sino parte integrante de un modelo económico competitivo», DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», cit., pág. 608.

[Ver Texto](#)

(77)

«La década de los años ochenta ha traído una revalorización, probablemente sin precedentes históricos, de las ideas de la empresa y del beneficio empresarial como elemento imprescindible e insustituible del progreso social y del bienestar económico, ideas éstas, por otra parte, que han ido acompañadas por una renovada y activa presencia de los empresarios en los escenarios políticos», VALDÉS DAL-RÉ, F., «El sistema español de...», cit., pág. 122. Un marco adecuado (y flexible) de relaciones laborales contribuye «a mejorar la competitividad y el buen funcionamiento de las empresas». En este sentido, la nueva redacción de las causas del art. 52 c) del ET se vincula «a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos», *Introducción* del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo (7 de abril de 1997).

[Ver Texto](#)

(78)

CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de...», cit., pág. 408.

[Ver Texto](#)

(79)

Una de las tensiones recientes en las relaciones laborales se sitúa en la denominada «huida del Derecho del Trabajo», de tal forma que se avanza, paradójicamente, hacia una situación en la que una normativa cada vez más protectora, protege a cada vez menos personas. «Y con estos fenómenos de huida del Derecho del Trabajo se alienta, además la paradoja... de que los sectores de la población trabajadora más necesitados de protección son aquellos a los que, precisamente, se presta menos protección», DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», cit., pág. 608.

[Ver Texto](#)

(80)

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Derecho del Trabajo y concertación social como instrumentos de la política de empleo», en *Jornadas Técnicas sobre Concertación Social y Empleo*, IELSS, Madrid, 1982, pág. 144.

[Ver Texto](#)

(81)

Porque una vocación profunda del Derecho del Trabajo ha sido, desde sus orígenes, la de ser un «derecho a la medida del hombre» (ROMAGNOLI), cit. en D'ANTONA, M., «La autonomía individual y...», cit., pág. 310.

[Ver Texto](#)

(82)

«Lo que de este modo se intenta es poner límites a un cierto "imperialismo" del Derecho del Trabajo en cuanto al tratamiento de las "zonas grises", que ha conducido muchas veces a incluir dentro de su ámbito de aplicación todo tipo de relaciones,... desvirtuando así lo que constituye la esencia misma de su finalidad tutelar», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., pág. 32.

[Ver Texto](#)

(83)

GONZÁLEZ-POSADA, E., «Recomposición del Sistema Económico y Derecho del Trabajo», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Ed. Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1984, pág. 25.

[Ver Texto](#)

(84)

Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los contratos temporales del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores. Aspectos de la contratación temporal», en AA.VV., Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 115.

[Ver Texto](#)

(85)

El fenómeno de la aparición de figuras atípicas de trabajo se enmarca «en el proceso más complejo de los cambios radicales que se están originando en los procesos productivos y en la composición de la fuerza de trabajo. De una fase de «asalarización como fórmula privilegiada de integración en el proceso productivo» se está pasando a otra de descentralización productiva y de exteriorización de la fuerza de trabajo que convierte en puntas de lanza de su estrategia la desjuridificación y la autonomía de la voluntad. Se trata de una nueva dinámica de segmentación, que se

debate entre el progreso y la precarización del empleo», GOÑI SEIN, J. L., «Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (coord. RIVERO LAMAS), *La flexibilidad laboral en España*, IRL, Zaragoza, 1993, pág. 71. Sobre el trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo, *vid.*, extensamente, RUIZ CASTILLO, M.^a M., «Delimitación subjetiva del derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado"», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, págs. 135-188.

[Ver Texto](#)

(86)

Así, los denominados «autónomos dependientes» o «trabajo dependiente autónomo», por MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno...», cit., pág. 236.

[Ver Texto](#)

(87)

Una visión crítica de tal exclusión postulando su carácter constitutivo, *vid.* en PEDRAJAS MORENO, A., «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex art. 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, núm. 21/1995, págs. 315 y ss.

[Ver Texto](#)

(88)

Con dicha previsión legal, el legislador persigue reconducir la citada doctrina a sus términos más originarios; aquellos que tuvo al dictarse la primera sentencia de los «mensajeros», VALDÉS DAL-RÉ, F., «Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia», *Relaciones Laborales*, tomo 1994-II, págs. 36-37.

[Ver Texto](#)

(89)

Vid. LÓPEZ MORA, F., «La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral. A propósito de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia», *TS*, núm. 28/1993, págs. 20 y ss. También, PEDRAJAS MORENO, A., «Consejeros-delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», *AL*, núm. 23/1993, págs. 425 y ss.

[Ver Texto](#)

(90)

Son «formas nuevas de establecimiento de las obligaciones mutuas de prestación de servicios o suministro de bienes, en las cuales las relaciones de dependencia con la empresa principal se acentúan», CRUZ VILLALÓN, J., «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», *RTSS*, núm. 13/1994, pág. 18. En suma, hay un mercado interno de trabajo entre las distintas empresas, y ésta es la razón principal por la que se hace muy difícil la determinación del empresario responsable. Lo primero que hay que identificar es al empleador para determinar el juego de las responsabilidades que se pueden imputar a las distintas empresas. Todos estos aspectos ponen de relieve las dificultades para averiguar la concurrencia o no de la dependencia como nota que avala la inclusión del sujeto que realiza la actividad en el ámbito del Derecho del Trabajo; es decir, hay una gran dificultad para encontrar confirmadas la ajeneidad y la dependencia, bases de la existencia de una relación laboral y, al mismo tiempo, se constata la dificultad añadida para encontrar al empresario a quien se le puedan imputar los beneficios de la prestación de trabajo y último responsable, en su caso, de las consecuencias derivadas del contrato de trabajo, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo y...», cit., pág. 14.

[Ver Texto](#)

(91)

Vid., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo y...», cit, págs. 14-20.

[Ver Texto](#)

(92)

Vid., GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...* cit., págs. 149-156. El propio autor concluye que «podrá corroborarse cómo en los últimos años, bajo la cobertura de las leyes del mercado exigiendo un Derecho del trabajo flexible, se han desarrollado móndadas fragmentadas y errantes que convierten en inflexible la ordenación social situada en los cimientos del Derecho del Trabajo», *ibidem*, pág. 155. Para terminar la obra apostando por la «versión más equilibrada de la flexibilidad --combinación dinámica entre fuentes de producción estatal y convencional, a través de las cuales la ordenación jurídico-laboral se completa

gracias a la participación de los agentes sociales--, (que) puede significar una reconducción desde la flexibilización unidimensional a una flexibilización global de las distintas fuerzas en litigio, consolidando así una democracia de las relaciones laborales», *ibidem bis*, pág. 156. Todos estos términos, que no son otra cosa que auténticas técnicas o procedimientos de subsunción de la realidad en el ordenamiento jurídico y, por ende, de normación del conflicto, son analizadas por RODRÍGUEZ-PIÑERO diferenciándolas linealmente: 1) La juridificación o predominio de la norma legal sobre el contrato individual en el campo del trabajo (que ha producido un doble proceso, de intervención administrativa y de judicialización o justicialización de las relaciones laborales; 2) La desregulación o desreglamentación que acentúa el momento individual y el papel del contrato de trabajo y supone una «drástica reducción de los actuales niveles de protección legal e incluso colectiva, para conseguir un retorno al juego del mercado de trabajo: la "reprivatización" de éste»; 3) La flexibilidad, que encuentra algunos puntos de coincidencia con el debate sobre la desregulación, pero «mientras que la desregulación persigue, sin más, la eliminación de las reglas protectoras, la flexibilización propone una revisión del patrimonio normativo», y aún más, «no se plantea el problema de cambiar normas, sino más bien el de cambiar métodos normativos» (GIUGNI). En todo caso, «al hablarse de flexibilidad no se están revisando los fines y los objetivos del Derecho del Trabajo, el proceso de juridificación que éste supone, sino los medios e instrumentos para conseguirlo», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación...», *Relaciones Laborales*, *cit.*, págs. 26-31. Sobre el debate y perspectivas de la flexibilidad, encuadre y planteamiento general, puede verse, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?», *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I, págs. 14-18. Por su lado, la juridificación de las relaciones de trabajo ha tenido lugar históricamente a través de dos grandes procedimientos: la legislación/reglamentación estatal y la negociación/contratación colectiva, ambas técnicas «no pueden entenderse como procesos estancos de adopción de reglas» y sí como «un singular proceso de toma de decisiones»: la concertación social o la nominada como ley negociada, VALDÉS DAL-RE, F., «Legislación negociada y concertación social...», *cit.*, págs. 1-2.

[Ver Texto](#)

(93)

Si a través del modelo organizativo taylorista-fordista, basado fundamentalmente en mano de obra fija, la empresa pudo sentar las bases para garantizar su posibilidad

de expansión en el mercado, la inestabilidad del entorno económico, y la discontinuidad de las previsiones, han creado exigencias de mayor flexibilidad tanto en el plano macrosocial como en el plano microsocial de la empresa, y ello produce incoherencias entre reglas creadas para una determinada situación y para un determinado modelo de empresa, y las nuevas situaciones y el nuevo tipo de empresa, que requiere un mayor grado de adaptabilidad que no siempre puede garantizar la normativa laboral anterior. Se cuestiona, por tanto, el modelo mismo de empresa estable, y por ello el Derecho del Trabajo que se basa en y que configura a esa empresa estable. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II, pág. 5.

[Ver Texto](#)

(94)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., pág. 20.

[Ver Texto](#)

(95)

Vid. BAYLOS, A. y COLWO, L., ed., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1994.

[Ver Texto](#)

(96)

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Prólogo a CRUZ VILLALÓN, J., en *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Ed. Trotta-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1992, págs. 14-15.

[Ver Texto](#)

(97)

CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores...*, cit., págs. 28 y 36.

[Ver Texto](#)

(98)

SANTIAGO REDONDO, K., «Consideraciones en torno a los grupos de empresa. En especial las prácticas de circulación de los trabajadores», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, págs. 454-456.

[Ver Texto](#)

(99)

CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de...*, cit., pág. 195.

[Ver Texto](#)

(100)

Apartar el artificio de la personalidad jurídica de las sociedades para decidir los casos según la realidad implica la ruptura del hermetismo de la personalidad societaria. Aquí está la justificación última para «levantar el velo» de la personalidad jurídica o jurisprudencia realista que contesta a la concepción formalista de la personalidad, DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, 1981, págs. 171 y ss. En estos supuestos existe una realidad jurídica y una realidad de hecho, constatándose una disociación entre ambas realidades, PÉREZ ALONSO, M.^a A., «Algunas cuestiones laborales sobre los grupos de empresa», *RTSS*, núm. 8/1992, pág. 84. Resumiendo el pensar de la mayoría de la doctrina, MONEREO manifiesta expresamente que «tal situación -- concentración de empresas e internacionalización del capital-- ha puesto de manifiesto el divorcio entre el derecho y el hecho: el derecho ignora la existencia del grupo de empresas», MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos laborales de los grupos de empresa», *REDT*, núm. 21/1985, pág. 90. El denominador común de la jurisdicción laboral que ha conocido sobre el fenómeno jurídico y económico de los grupos de empresa sigue siendo el previo reconocimiento de la condición de empresario laboral a las personas jurídicas y, por ende, la frecuente necesidad de prevenir los abusos y fraudes que al socaire del hermetismo que caracteriza a la persona jurídica pueden cometerse. Especial interés reviste la posibilidad de que la doctrina del levantamiento del velo alcance también a responsabilizar personalmente a quien aparece como único titular del capital social; *vid. AS*, núm. 8/1996, pág. 9 y, en concreto, la STSJ Castilla-La Mancha de 18 abril 1996 (*AS* 1996, 1379).

[Ver Texto](#)

(101)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., págs. 8-10.

[Ver Texto](#)

(102)

Se puede entender que existe una comunidad de intereses entre los empresarios agrupados, comunidad que no aparece regulada en nuestro ordenamiento, lo que conforma un germen de conflictos teleológicos sobre la normativa laboral vigente y su aplicabilidad a los grupos de empresa, SANTIAGO REDONDO, K., «Consideraciones en torno a...», cit., pág. 457.

[Ver Texto](#)

(103)

Vid. DUEÑAS HERRERO, L. J., «El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993», *Relaciones Laborales*, tomo 1995-II, págs. 565-580.

[Ver Texto](#)

(104)

MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos laborales de...», cit., pág. 117. «En efecto, fuera de la reciente consideración como empresario laboral de las Empresas de Trabajo Temporal legalmente constituidas (art. 1.2 ET, *in fine*, en redacción procedente de la Ley 11/1994, de 19 de mayo), la definición laboral de empresario no repara en la rica y variadísima gama de fenómenos descentralizadores, de agrupación de empresas o simplemente interpositarios que muchas veces hacen imposible discernir quién es el verdadero empresario laboral y, por tanto, quién ha de responder de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo», *AS*, núm. 8/1996, págs. 7-8.

[Ver Texto](#)

(105)

«La flexibilidad ha traspasado la barrera de la relación de trabajo para instalarse en la propia organización de la empresa», RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., pág. 8. «Tal flexibilidad en la utilización de todos los factores productivos caracteriza, al tiempo, la fragmentación de la actividad económica», *ibidem*, pág. 9.

[Ver Texto](#)

(106)

Esto es la descentralización productiva, un empresario principal que opta por desgajar fases del ciclo productivo para encomendárselas a otro empresario por contrata o subcontrato. Los resultados de la actividad patrimonial del trabajador serán para su inmediato empleador, pero el empresario principal está involucrado y a él se pueden imputar responsabilidades como si fuera el propio contratista o subcontratista. En todo este proceso de fragmentación del proceso productivo las responsabilidades salariales y de Seguridad Social, respecto del empresario principal de la actividad, no debieran encontrar dificultades añadidas. «Aun así, no puede desconocerse que, en otras muchas ocasiones, la finalidad de la nueva organización de la actividad empresarial no es evitar la aplicación de un régimen laboral más o menos oneroso, la de «economizar» sin más el coste de las relaciones de producción, sino la de buscar la especialidad en el desempeño de ciertas funciones y la más pronta adecuación a las cambiantes condiciones del mercado como factores de incremento de la competitividad», *ibidem bis*, pág. 10 y las notas a pie realizadas.

[Ver Texto](#)

(107)

Los cambios en los medios y técnicas de producción, y su fuerte impacto sobre el sistema productivo y el sistema de necesidades, están marcando los pasos recientes del Derecho del Trabajo. «El factor económico ha pasado así al primer plano de la escena», MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 416.

[Ver Texto](#)

(108)

«Pero esa promoción de niveles descentralizados muestra, simultáneamente, una pérdida de confianza del poder público en la capacidad de las cúpulas de las organizaciones de representación de intereses --en realidad, de las organizaciones sindicales-- de articular estrategias contractuales al servicio de ese objetivo de la adaptabilidad», VALDÉS DAL-RÉ, F., «Legislación negociada y concertación social...», cit., pág. 9.

[Ver Texto](#)

(109)

La justificación de la reforma ha sido «la inadecuación del sistema laboral español al actual momento de funcionamiento de la economía y la necesidad de su modificación para favorecer el desarrollo económico y la creación de empleo», *vid.* MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», en dir., VALDÉS DAL-RÉ, F., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 19-21.

[Ver Texto](#)

(110)

Hay un «renacimiento del universo cerrado de la empresa», *vid.* BAYLOS GRAU, A., *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, págs. 87-89.

[Ver Texto](#)

(111)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., pág. 26. Con todo, se pueden colegir posibles tendencias representativas de que «hay algo que está cambiando en el interior de esas manifestaciones emblemáticas de la autonomía o peculiar conformación jurídica del Derecho del Trabajo. Cambios, quizá, tendencialmente dirigidos a modificar la función misma de este Derecho», *ibidem*, pág. 6. Los cambios en la organización del sistema productivo, la fragmentación de la producción y de la actividad económica, la flexibilidad laboral y en la propia organización de la empresa, imprimen su marca sobre las relaciones de trabajo, colectivas e individuales; por ejemplo, es claro que «las finalidades de la fragmentación y posterior recomposición del ciclo productivo o actividad a través de los vínculos entre las empresas de alguna manera han de influir sobre la propia conformación de las relaciones laborales», *vid.*, *ibidem bis*, págs. 11-14.

[Ver Texto](#)

(112)

«La vía "flexibilizadora" aparece como una solución de síntesis entre las radicales alternativas de desregulación total y mantenimiento a ultranza de los niveles protectores alcanzados con anterioridad, que no cuestiona en principio la existencia del Derecho del Trabajo como tal, ni su función protectora» (DEL REY GUANTER). «La presencia de posturas de este tipo ha hecho posible que la noción de flexibilidad actúe en muchos casos esencialmente como un elemento mistificador, en incluso justificador, de la introducción de cambios en el sistema normativo que no vienen

necesariamente impuestos por exigencias adaptativas o encubren el puro favorecimiento de las posiciones empresariales», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., págs. 44-46.

[Ver Texto](#)

(113)

Y el primero de ellos debe consistir en restar «la importancia recientemente atribuida al cambio laboral (cualquiera, de presente, pasado o futuro) como instrumento para permitir el desarrollo económico y la competitividad de las empresas, (que) posee, en ocasiones, algo de solución «mágica», especialmente cuando se centra en él la totalidad de la solución»; seguramente su explicación reside en que «el sistema laboral constituye prácticamente el único factor sobre el que el Estado conserva su plena capacidad de actuación, y sobre su flexibilidad se centra buena parte de ésta», MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., pág. 20.

[Ver Texto](#)

(114)

«Buena prueba de ello es que, al tiempo que desaparecen algunas normas o mecanismos de protección, se han implantado otros nuevos en aspectos muy importantes de las relaciones de trabajo que antes estaban más desguarnecidos», MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 410. *Vid.* las referencias realizadas en la nota 70 de este trabajo.

[Ver Texto](#)

(115)

Las técnicas de redistribución y de igualación e integración normativas de partida del Derecho del Trabajo son imprescindibles para el funcionamiento efectivo del trabajo y de la producción, CASAS BAAMONDE, M.^a E., «La individualización de...», cit., pág. 421.

[Ver Texto](#)

(116)

Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Ordenación y flexibilidad...», cit., págs. 3-9.

[Ver Texto](#)

(117)

MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura...», cit., pág. 410.

[Ver Texto](#)

(118)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo...», cit., pág. 7.

[Ver Texto](#)

(119)

MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., pág. 22.

[Ver Texto](#)

(120)

Es necesario un «intenso diálogo entre juristas y economistas». La desconfianza -- casi genética-- de los laboralistas ante el nuevo modelo económico les impidió percibir el alcance de la crisis, aferrándose a debates cuya consistencia, en muchos casos, ha sido sólo semántica o les ha llevado a refugiarse en el análisis jurídico-formal. Esta actitud llevó a que las reformas jurídico-laborales vinieran dictadas por los responsables de la política económica. Este juego de valores exige la no minimización de los principios tradicionales del Derecho del Trabajo a costa de espacios que se conceden a la autonomía individual. Exige, al mismo tiempo, la sana disputa entre el mantenimiento del «garantismo» laboral y el robustecimiento del poder de dirección del empresario. El debate sobre la flexibilidad y las reformas no permite miedo alguno por reconocer este doble juego de intereses, «sólo desde el conocimiento del funcionamiento del sistema económico y, en particular, del mercado, va a ser posible proponer mecanismos de regulación de las condiciones laborales capaces de otorgar tutelas eficaces. La reflexión tendente a conciliar la racionalidad económica y los instrumentos normativos de tutela no puede dar más que frutos», PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-I, págs. 88-92.

[Ver Texto](#)

(121)

«La crisis de la concertación social en España tendrá lugar cuando se reconsiderere por sus actores el cálculo coste-beneficio a resultas de las nada desdeñables

transformaciones económicas, sociales, políticas, ideológicas y tecnológicas que se producen», *vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.*, «Legislación negociada y concertación social...», cit., págs. 6-9.

[Ver Texto](#)

(122)

«Un modelo de relaciones laborales concebido como sistema no ha de tener como fundamento ni la creación de empleo, ni la mejora de la productividad, competencias ambas atribuibles al comportamiento de los actores del sistema a través de los pactos que logren... Pura consecuencia de todo ello es que el incentivo de la contratación laboral, o la creación de empleo, puede considerarse como una variable independiente del sistema de relaciones laborales», lo contrario sería «atribuir un peso exorbitante a la variable jurídico-laboral en la dimensión del mercado de empleo, olvidando aquellas otras que coadyuvan de manera más neta a su volumen», GONZÁLEZ-POSADA, E., «La reforma del sistema de relaciones laborales...», cit., págs. 410-411. La exigencia al Derecho del Trabajo de resultados económicos o de objetivos improprios, como la promoción de empleo, buscan criterios o valores de eficiencia económica que no han operado históricamente en nuestra disciplina. «Las normas laborales dejan de ser consideradas, así, como puros elementos de una regulación equilibrada del uso de la fuerza de trabajo, para convertirse simultáneamente en instrumentos para la consecución de otras finalidades», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., pág. 30. Un marco adecuado de relaciones laborales más flexible es sólo una variable más que puede ayudar a mejorar la tasa de empleo, «el crecimiento económico sostenido es necesario para la creación de empleo... (pero) el empleo es la resultante de múltiples variables, entre ellas, una política económica que lo potencie, así como un marco adecuado de relaciones laborales...», *Introducción del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo* (7 de abril de 1997).

[Ver Texto](#)

(123)

«En tal sentido la combinación de la estabilidad social como objetivo, y la adaptabilidad del sistema de relaciones laborales al nuevo mercado, parecen objetivos razonablemente perseguitibles... Desde tal perspectiva podría considerarse que el ámbito en el que mantendría vigencia la concertación tripartita y corporativista, habría de concentrarse en las cuestiones estratégicas que determinan

las políticas sociales, mientras que en el nivel medio operaría la contratación colectiva donde se definiría el contenido propio de las relaciones laborales», GONZÁLEZ-POSADA, E., «La reforma del sistema de relaciones laborales...», cit., pág. 409. No se puede --ni debe-- negar la subsistencia del conflicto, ni la importancia del mismo (aquí está el sentido de la existencia misma del Derecho del Trabajo). «El conflicto seguirá siendo el principio inspirador del progreso de las sociedades libres y el motor de su desarrollo, y, por supuesto, las relaciones de trabajo seguirán estando fundamentadas en un conflicto irreductible. Pero la frontera entre conflicto y participación es una frontera móvil, y en las actuales circunstancias económicas esa frontera se ha movido aumentando el terreno de la participación y reduciendo el terreno del conflicto o el de la revindicación», DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», cit., pág. 611. MATÍA PRIM en su análisis sobre el sentido y alcance de la reforma de 1994, afirma: «La modificación laboral traduce y reformula una idea en modo alguno nueva. La de que el sistema laboral, es decir, el conjunto de normas y prácticas de ordenación y gestión de las relaciones de trabajo, posee por propia naturaleza un doble significado y función. De un lado, su funcionalidad de cara al sostenimiento y desarrollo del sistema económico en que se inserta; de otro, su función de garantía y progreso de los derechos y de la posición de los trabajadores que no quedan estrictamente sometidos a las reglas del mercado. Como es obvio, el concreto equilibrio alcanzado es el que define cada sistema». Indica, además, que «como es obvio, también, el punto de equilibrio del sistema ni está, ni puede estar, definido para siempre en un nivel concreto sino que es, en buena parte, dependiente de factores externos», MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., págs. 20-21.

[Ver Texto](#)

(124)

Vid., VALDÉS DAL-RE, F., «Legislación negociada y concertación social...», cit., págs. 1-9.

[Ver Texto](#)

(125)

MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., pág. 16.

[Ver Texto](#)

(126)

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Legislación negociada y concertación social...», cit., pág. 1.

[Ver Texto](#)

(127)

Se trata del neocorporatismo, neocorporativismo o corporatismo liberal, societario o concertado y que, a su vez, constituye una crítica a otro modelo: el pluralista, donde el Estado asume el papel de árbitro de los grupos de intereses. En el modelo neocorporativo de relaciones laborales las organizaciones de trabajadores y empresarios tienen atribuido un cierto estatus público y la negociación y el consenso constituyen el método de adopción de decisiones políticas. Estas prácticas neocorporatistas exigen y «precisamente es este juicio de evaluación coste/beneficio el que ofrece las claves de las decisiones del sindicato para iniciar, prorrogar o cancelar las políticas de economía concertada», *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., «Legislación negociada y concertación social...», cit., págs. 2-6. Esto lleva a introducir una flexibilidad consistente, no sólo en suprimir rigideces de la normativa laboral en materia de contrato de trabajo, sino también mediante una reordenación de las fuentes reguladoras del propio contrato, en favor de la autonomía colectiva, «lo que ha hecho que el grado de flexibilidad o rigidez en muchas ocasiones repose no tanto en una regla estatal, que haya de ser objeto de corrección, sino en una actitud adoptada por las partes sociales en ejercicio de su autonomía colectiva», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Ordenación y flexibilidad...», cit., pág. 6.

[Ver Texto](#)

(128)

En un triple sentido: 1.º) de implicación política (relación sistema laboral-sistema político y no relación sindical-empresarial); 2.º) de generación de expectativas de cambio, que posteriormente no se satisfacen, y 3.º) que los pactos salariales globales o la paz laboral comprometida dan salida a problemas económicos sin necesidad de abordar otros problemas de inadaptación del sistema económico y laboral que quedan, así, pospuestos. MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., pág. 18. Así pueden entenderse las modificaciones normativas necesarias que en el Acuerdo «los interlocutores sociales estiman oportuno proponer a los poderes públicos»; o el hecho de que «las partes firmantes del Acuerdo han acordado dirigirse a la Administración para que se constituya un Grupo de Trabajo Tripartito que analice y proponga aquellas medidas que permitan un mejor funcionamiento de las Empresa de Trabajo Temporal», *Introducción* del Acuerdo

Interconfederal para la Estabilidad Del Empleo (7 de abril de 1997). En este mismo sentido, las normas de configuración del Titulo Primero del Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos.

[Ver Texto](#)

(129)

GONZÁLEZ-POSADA, E., «La reforma del sistema de relaciones laborales ¿hacia un neopluralismo?», *Relaciones Laborales*, tomo 1993-11, págs. 408-409.

[Ver Texto](#)

(130)

GONZÁLEZ-POSADA, E., *Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 154.

[Ver Texto](#)

(131)

GONZÁLEZ-POSADA, E., *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., págs. 24-25. «Decir en este momento que alterar el modelo de relaciones laborales o el contenido de los intercambios contractuales, exige proponer como método menos costoso la obtención de consensos sobre la dirección de las reformas es presupuesto que está en la propia naturaleza de las cosas», GONZÁLEZ-POSADA, E., «La reforma del sistema de relaciones laborales...», cit., pág. 412.

[Ver Texto](#)

(132)

Ello no impide constatar que «el concepto funcional de trabajador, que nació a la sombra del sistema de producción industrial fordista, se coarta en el presente ante las nuevas formas de empleo y la terciarización de la economía», RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades...», cit., pág. 975 . «El concepto de empresario es desde el punto de vista conceptual y jurídico-positivo un concepto traslativo (cfr. art. 1.1 y 2 LET)», MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre...*, cit., pág. 80. En Derecho del Trabajo la noción de empresario es mero reflejo o traslación de la de trabajador. Nacido para regular la prestación personal de trabajo dependiente y por cuenta ajena, el contrato de trabajo mira al empresario como puro acreedor del trabajo prestado bajo tales condiciones (art. 1.2 ET), AS, núm. 8/1996, pág. 7. La desigualdad de posiciones y la necesaria intervención compensadora del Derecho del

Trabajo, hace que éste siente sus raíces sobre la configuración esencialmente inequitativa de la misma y no exclusivamente sobre factores económicos, lo cual permite aventurar que no sólo subsistirá mientras el trabajo asalariado continúe actuando como soporte básico del sistema productivo y permanezca el conflicto a él subyacente, sino que habrá de hacerlo proveyendo instrumentos compensadores de dicha desigualdad. «Por ello, su presencia, de una forma u otra, resulta esencial mientras la subordinación continúe siendo el vehículo a través del cual se articulen las relaciones entre los hombres en el mundo del trabajo», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., págs. 59- 60.

[Ver Texto](#)

(133)

Quien recibe servicios prestados en régimen de ajeneidad, dependencia y asalariado es empleador, cualesquiera que sean sus circunstancias; sin que se dé nunca a la inversa. En este sentido lo define el art. 10.5.º.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; MOLERO MANGLANO, J. C., «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», *AL*, núm. 27/1996, pág. 506.

[Ver Texto](#)

(134)

«Una de las cuestiones más complejas en la actualidad en el ámbito del derecho laboral es, no ya tanto quién deba ser tenido legalmente por trabajador, sino a la inversa (...), a quién deba dirigirse la declaración de condena en los conflictos laborales, sea por su condición neta de empleador o sea como consecuencia de la ampliación final de la responsabilidad a personas, físicas o jurídicas, distintas del mismo», STSJ Castilla-La Mancha 18 de abril de 1996 (AS 1996, 1379).

[Ver Texto](#)

(135)

«Hay algo que está cambiando en el interior de esas manifestaciones emblemáticas de la autonomía o peculiar conformación jurídica del Derecho del Trabajo. Cambios, quizás, tendencialmente dirigidos a modificar la función misma de este Derecho»,

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., «Organización del sistema productivo y...», cit., pág. 6.

[Ver Texto](#)

(136)

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Legislación negociada y concertación social...», cit., pág. 7. A este efecto dualizador o segmentación del mercado de trabajo, «ha de añadirse la generada en determinados sectores como consecuencia de la descentralización productiva», GONZÁLEZ-POSADA, *El Derecho del Trabajo. Una reflexión...*, cit., pág. 138.

[Ver Texto](#)

(137)

«En la valoración y análisis de la legislación laboral, incluso en su evolución, se ha partido tradicionalmente de una relativa diferenciación entre sistema laboral y sistema económico y productivo.

Es esta diferenciación la que ha ido quebrando en los últimos tiempos», MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma ...», cit., pág. 20.

[Ver Texto](#)

(138)

Ibidem pág. 20

[Ver Texto](#)

(139)

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación ...», cit., pág. 30.

[Ver Texto](#)

(140)

A pesar de que se haya producido «un retroceso de los niveles de tutela y un correlativo incremento de los espacios de ejercicio del poder patronal», SANGUINETI RAYMOND, W., «El discurso de la crisis...», cit., pág. 56. «Que la ordenación laboral haya ido transformándose paulatinamente con el fin de hacerse más flexible... no significa que haya terminado por asumir una postura de total neutralidad frente a la

desigualdad estructural de poderes que caracteriza a las relaciones laborales», *ibidem*, pág. 58.

[Ver Texto](#)

(141)

Vid. MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma...», cit., págs. 15-19.

[Ver Texto](#)

(142)

El Derecho del Trabajo del futuro deberá ser una ordenación que, sin renunciar a sus principios inspiradores, pueda dar respuesta a las exigencias de flexibilidad y de adaptabilidad de la actividad económica en general y de la actividad productiva de la empresa en particular (en el que tiene cabida la recuperación del papel regulador del contrato de trabajo, la descentralización de la negociación colectiva y la apertura al juego de acuerdos colectivos de empresa o centro de trabajo, en una misma línea de tendencia), DURÁN LÓPEZ, F., «El futuro...», cit., págs. 609 y ss.

[Ver Texto](#)

ANEXO II

II. LAS PRIMERAS DIFICULTADES EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR: LOS GRUPOS DE EMPRESAS

“El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993”

Relaciones Laborales, La Ley, nº 2, 1995, pp. 92 a 107.
ISSN: 0213-0556.

Datos identificativos**El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta
del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993****Autor:**

Dueñas Herrero, Laurentino-Javier

Publicación:

Relaciones Laborales (LA LEY)

Fecha de Publicación:

1995

Sección:

Comentarios de jurisprudencia

Página:

565

Tomo:

2

LA LEY

968/2001

Índice Sistemático

- El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993
- I.--ANÁLISIS PREVIO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS. CAUSAS. CLASIFICACIÓN. DEFINICIÓN. LA FALTA DE REGULACIÓN EN NUESTRA NORMATIVA LABORAL
- II.--DIFICULTADES PARA SU IDENTIFICACIÓN COMO EMPLEADOR. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD
- III.--LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JUNIO DE 1993. SUCESIÓN DE EMPRESA ENCUADRABLE EN EL ART. 44.1 ET (VENTA DE DOS EMPRESAS PERTENECIENTES AL GRUPO). NO HAY LUGAR A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. CONCLUSIONES PERSONALES EN TORNO AL FALLO
- IV.--REFLEXIONES FINALES DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN NUESTRO PAÍS. LA NECESIDAD DE ROMPER EL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Voces

- Grupos de empresas
 - Determinación de su posición contractual en la relación de trabajo
 - Criterios
 - En general
 - Existencia de responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo

**El grupo de empresas y la sentencia de la Sala Cuarta del
Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (1)**

Laurentino-Javier Dueñas Herrero ()**

*(**) Profesor Ayudante de Derecho de la Seguridad Social de la Escuela
Universitaria de Relaciones Laborales de Palencia.*

Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1995, pág.

565, tomo 2, Editorial **LA LEY**

LA LEY 968/2001

**I.-- ANÁLISIS PREVIO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS. CAUSAS.
CLASIFICACIÓN. DEFINICIÓN. LA FALTA DE REGULACIÓN EN
NUESTRA NORMATIVA LABORAL**

Los grupos de empresa (GE en adelante) no son una realidad jurídica sino económica. Todas las ramas del ordenamiento jurídico se encuentran ante este fenómeno consolidado; hoy el prototipo organizativo de la empresa es el grupo, que intenta eludir el plano jurídico, no así el económico. Hay una falta de coincidencia entre la unidad jurídica y la unidad económica; así, «una de las razones de ser de la constitución de tales grupos de empresa es la de permitir la permanente adaptación de la estructura empresarial a las constantes mutaciones de la producción y del mercado, motivo por el cual el grupo tiende a huir de toda formalización jurídica, particularmente de todo encorsetamiento propio de las rigideces y controles impuestos por la norma jurídica » (1).

Hay una repugnancia del GE a ser encorsetado dentro de las líneas de la persona jurídica, pero el Derecho -sobre todo del trabajo- intenta forzar la única empresa y destruir el fenómeno del grupo.

El primer desarrollo jurídico de los GE proviene en todos los países del derecho mercantil y miméticamente se toma para las otras disciplinas; así desde un punto de vista jurídico-mercantil los componentes del GE son realidades jurídicas independientes. Sin embargo, esto es cada vez menos útil desde el punto de

vista laboral donde puede haber una unidad de empresa y no un GE o grupo de sociedades.

Si tradicionalmente las relaciones laborales colectivas/individuales se han desarrollado a nivel inferior -fábrica o centro de trabajo-, ahora el GE aparece como una realidad impenetrable en el mundo de las relaciones laborales.

El fenómeno de la concentración empresarial tiene como resultado directo -a los efectos laborales- el incremento de las dimensiones de las empresas y provoca una desmembración de la inicial situación de unidad, dando lugar a tres niveles diferenciados de actuación:

1.- El preexistente nivel de empresa.

2.- Un nuevo nivel de actuación en un ámbito inferior: surge el centro de trabajo (desmembración por abajo).

3.- Otro nivel de actuación superior: la aparición de los grupos de sociedades o grupos de empresa (inverso al anterior o desmembración por arriba) (2) .

Los GE pueden adoptar una pluralidad de formas, de manera que los supuestos no responden a un mismo mecanismo: hay grupos creados por subordinación y otros por coordinación. Así los GE o grupos de sociedades pueden adoptar modelos organizativos tales como: sociedades agrupadas en cadena, en estrella (holding) o con una filial común. Con frecuencia esta estructura organizativa, basada en criterios formales y estáticos, no coincide con la estructura dinámica de los GE (3) . Existen GE de carácter público y privado, nacionales y transnacionales, aparte de un permanente proceso de cambio en los componentes integrantes del GE. Por ello no puede existir un régimen jurídico laboral común para realidades tan distintas. En definitiva, los modos de constitución genética de los GE responden básicamente a dos modelos: concentración empresarial y descentralización productiva.

Estos grupos supraempresariales tienen como componente innato a su gestación la flexibilidad, determinada por las exigencias de la coyuntura económica. Al mismo tiempo exigen una flexibilización en el mercado de trabajo, que conlleva a una rebaja de los fundamentos tutivos del Derecho del Trabajo (4) .

Hemos de advertir la importancia de acuñar como concepto básico en esta materia el de grupo de empresas (mejor, incluso, que el de grupo económico o grupo económico financiero) frente al de grupo de sociedades, por una razón

fundamentalmente: la mayor amplitud del primero, ya que son susceptibles de ser también subsumidas en él las personas físicas-empleadoras y no solamente personas jurídicas societarias (5) .

Podemos definir al GE como «la situación de varios empresarios jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general, constituyen una unidad económica» (6) .

Las notas de un GE son:

- a) Varios empresarios, no necesariamente sociedades.
- b) Dirección única. Hay una dirección y control por los órganos directivos de la empresa principal o matriz de los GE de subordinación o de coordinación.
- c) Unidad económica y pluralidad jurídica. La unidad económica no va acompañada de una paralela unidad jurídica, sino de una autonomía jurídica (7) .

De todas estas notas algunos autores destacan o ponen mayor énfasis en la dirección económica única (8) . El grupo consiste, por tanto, en un complejo constituido por empresas jurídicamente autónomas o independientes y económicamente sometidas a una dirección unitaria.

La carencia de una plasmación jurídica de esta realidad socio-económica dificulta la elaboración de un concepto definitorio de GE. Esta concentración de personas físicas y/o jurídicas de empresarios tiende a la obtención de unas ventajas derivadas de la agrupación, en atención a la realidad y a las exigencias del tráfico económico y conlleva unos complejos problemas en orden a la aplicación de las instituciones de Derecho del Trabajo (9) .

Las sociedades son independientes desde un punto de vista jurídico formal, pero actúan con arreglo a criterios de subordinación, más allá de aquella pluralidad, manteniendo una unidad económica. Son momentos de organización jurídica de un único tejido económico (10) .

¿Cuál es la finalidad constitutiva del GE? El legislador y el juez tienen una enorme desconfianza, pues ven en ellos la generalización de un fenómeno patológico de intentar eludir algo (fraude de ley): la responsabilidad jurídica. Sin olvidar que hay GE de carácter fisiológico, los juristas empiezan siempre rompiendo el velo de la personalidad jurídica para ver lo que hay detrás como realidad de fondo.

Podemos hablar de una comunidad de intereses entre los empresarios agrupados, comunidad que no aparece regulada en nuestro ordenamiento, lo que

conforma un germen de conflictos teleológicos sobre la normativa laboral vigente y su aplicabilidad a los GE (11) .

El fenómeno del GE es desconocido en el mundo del Derecho del Trabajo, a pesar de que la noción de «grupo» como centro de imputación laboral viene siendo reclamada insistente por la doctrina laboral. Esta carencia de intervención legislativa existe también en los ordenamientos de nuestro entorno, como tampoco han cristalizado las propuestas de Directivas europeas en relación con los grupos de dimensión comunitaria. Los GE aparecen en lugares aislados en la legislación española laboral vigente:

- Art. 3 del RDL 1/92, de 3 de abril; luego Ley 22/92, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, en la Disp. Adicional 4.^a se refiere a los mismos para posibles subvenciones (12) .
- Arts. 16.2 y 80.1b) de la Ley de Procedimiento Laboral, referente a la legitimación ordinaria para ser parte en el proceso.
- RD 1382/85, de 1 de agosto, de la Relación Laboral de los Altos Cargos, por ejemplo su art. 9.1.
- De forma marginal en el desarrollo reglamentario de los Planes de Formación Profesional Continua.
- La Directiva Comunitaria 92/56, sin plasmación en la legislación propia española.
- Por último decir, que en la reforma laboral aprobada no ha habido respuesta a la solicitud de tratar a fondo los GE por parte del CES, que sí ha emitido algunos informes.

Ante esta situación de laguna jurídica la integración puede hacerla el juez acudiendo a los Principios Generales del Derecho; también podemos acudir a la analogía ante la inexistencia de preceptos reguladores de los GE.

II.-- DIFICULTADES PARA SU IDENTIFICACIÓN COMO EMPLEADOR. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Al tratar este fenómeno de los GE hemos de diferenciar por un lado quién es el empleador --como uno de los sujetos del contrato de trabajo- y por otro, la responsabilidad a imputar, una vez determinado el mismo, como algo formalmente diferente. Por ello, determinar el empleador conlleva la determinación de la responsabilidad.

En la práctica se contrata sin que aparezca el GE, sin que éste se exteriorice como tal. El GE no se constituye formalmente como parte empleadora.

Cuando se presenta el litigio económico el trabajador pretende traspasar el ámbito de la primera sociedad y va contra la empresa madre, diciendo que el verdadero empleador es el grupo como tal, no la filial. Si circunscribiéramos la responsabilidad a una sola de las sociedades o empresas del grupo posiblemente vulneraríamos los derechos de los trabajadores, dado que el grupo actúa como una unidad de empresa (13) .

Procesalmente no hay problemas, pues no hay excepción por falta de legitimación pasiva -arts. 16.2 y 80.1 b) LPL-.

Desde una perspectiva estrictamente sustancial, son empleadores los que dice el art. 1.2 ET, que hace hincapié en la persona del trabajador como elemento decisivo para determinar que existe relación laboral; así, si se dan las notas típicas, allí donde haya un trabajador habrá un empresario. Si, por consiguiente, no hay duda de la relación contractual, paradigmáticamente no es tan fácil determinar quién recibe realmente la prestación de los servicios.

Doctrina y jurisprudencia dan la solución desde la perspectiva de la comunidad de bienes, art. 1.2 ET, que permite que entidades sin personalidad jurídica puedan ser empleadoras; así, el GE puede ser considerado como una comunidad de bienes regulada por los arts. 392 y ss. del Código Civil (CC). Sin embargo, nuestro Código asimila a la comunidad de bienes aquellos procesos embrionarios de una futura transformación en persona jurídica, pero cuando nos situamos en el GE ya existen -previamente- distintas personalidades jurídicas creadas.

Una interpretación voluntarista del art. 1.2 ET es que éste recoge el tipo - comunidad de bienes- en vez de la categoría general -entes sin personalidad- (14) . Solución que es poco convincente, sobre todo si se hace una interpretación literal, dado que el ET únicamente habla de las comunidades de bienes cuando se refiere a entes desprovistos de personalidad jurídica.

El art. 1.2 ET silencia a los GE, no los toma en consideración como parte contractual de la relación laboral. Nos vemos obligados a acudir, analógicamente, a otros preceptos del ET, tales como:

- art. 42: contratas y subcontratas, que es una fórmula de descentralización productiva. Es también algo que, sólo en supuestos muy particulares, sucede en los GE.

- art. 43: cesión de trabajadores, que sin embargo es un supuesto marginal, pues en los GE normalmente no se da la cesión.

De lo dicho hasta aquí deducimos que el GE no es empleador, sino las sociedades que se integran dentro del mismo. Esta regla general puede tener algunas excepciones que, como veremos en el apartado siguiente al analizar la STS de 30 de junio de 1993, se fundamentan, más que desde la comunidad de bienes, desde la presunción de un fraude de ley -art. 6.4 CC- o de un abuso de derecho -art. 7.2 CC-.

En situaciones particulares la doctrina jurisprudencial considera que el GE es el empleador y ha declarado la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes, por encima de formalismos jurídicos y superando las rigideces propias de la figura de la persona jurídica (15) . Para que esto suceda, y haya unidad de empresa, deben darse unos requisitos de manera acumulativa (16) :

- 1.- confusión patrimonial o caja única desde un punto de vista económico;
- 2.- prestación laboral al grupo de forma indiferenciada o indistinta, dándose una simultánea cotitularidad patronal. Existe una plantilla única;
- 3.- dirección unitaria: gestión única, uniforme y global del GE;
- 4.- utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de terceros, en este caso, de los trabajadores. La apariencia o exteriorización de unidad en el tráfico jurídico, pues quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a quien de buena fe acepta tal apariencia como realidad.

Koldo SANTIAGO piensa que no debe haber unos criterios rígidos y rigurosamente tasados, añadiendo otros, tales como fraude a la ley, quebrantamientos de obligaciones, abusos de derecho y prácticas empresariales para la obtención de fines ilícitos (17) .

El GE puede ser centro de imputación de la normativa laboral, tiene personalidad laboral, es sujeto de derecho, aunque carezca de personalidad jurídica reconocida. Esto se puede fundamentar desde la comunidad de bienes; si bien en la mayoría de las ocasiones nuestros tribunales corren el velo de la personalidad jurídica y van más allá para ver la realidad de los hechos.

Para explicar esto se acude a categorías jurídicas como el fraude de ley o el abuso de derecho. Pienso que nos encontramos ante un supuesto de fraude de

ley, pues se emplea la institución de la personalidad jurídica buscando algo contrario al ordenamiento jurídico para así eludir responsabilidades. Este fraude sólo existe cuando se dan -acumulativamente- los supuestos o requisitos mencionados que rompen la regla general de unidades estancas o personalidades jurídicas independientes, sin relación entre las mismas.

La fenomenología de los GE es difícilmente integrable en el mundo del Derecho, pues su actuación pretende escapar a un control jurídico. Esta dificultad no es exclusiva del ordenamiento laboral, se produce en igual medida en el resto de las ramas del Derecho donde este fenómeno tiene su incidencia, particularmente en el ámbito mercantil y en el terreno fiscal (18) .

En conclusión, no todo grupo de sociedades -independientemente consideradas y con personalidad jurídica propia- desde un punto de vista mercantil lo es también para el Derecho Laboral, para quien puede haber una única empresa, aunque para el Derecho Mercantil haya grupo de sociedades (19) .

Es opinión de toda la doctrina que con la creación de un GE «se busca la configuración de agrupaciones económicas a las que no se les apliquen las reglas de responsabilidad ni las normas de control de su funcionamiento previstas legalmente para cualquier persona jurídica» (20) , pretendiendo escapar a las mismas.

Como dijimos up supra, traspasada la frontera formal de la personalidad jurídica, si el GE -como tal- puede ser considerado empleador, entonces se le puede imputar responsabilidad empresarial.

Resuelta esta consideración previa, nos preguntamos por el objeto o tipo de responsabilidad.

El ET desconoce el GE pero busca fenómenos de asimilación:

- El art. 42, contratas y subcontratas, establece una responsabilidad contractual con independencia de que se le impute a sujetos que no son parte del contrato. Si bien los GE escapan a la responsabilidad de este artículo.
- El art. 43, cesión de trabajadores, es un artículo expresado en clave de prohibición que se interpone cuando hay un ánimo defraudatorio y de perjuicio al trabajador, lo cual no tiene porqué ocurrir en los GE.
- Los supuestos más importantes de GE no son encuadrables en ninguno de los dos dichos anteriormente, por lo que no nos queda más remedio que

supletoriamente ir al CC, en cuyo art. 1902 se recoge la responsabilidad extracontractual o aquiliana. De esta manera aunque el empleador sea la filial por fraude de ley (art. 6.4) o abuso del derecho (art. 7.2) se puede imputar responsabilidad al GE o sociedad madre, aun siendo la empresa filial la incumplidora.

Aunque hay un silencio por parte del legislador (no así en la legislación brasileña ni alemana) y al GE no se le puede considerar empleador, sino a la sociedad filial; como hay un abuso de derecho o un fraude de ley, se puede ir contra todo el patrimonio del GE (21) .

¿Qué tipo de responsabilidad le imputamos? La situación es distinta según la vía que utilicemos de imputación de responsabilidad:

- arts. 42 y 43 ET: literalmente hay una responsabilidad solidaria, el trabajador puede dirigirse directamente frente al empresario principal o empresario usuario.
- art. 1.2 ET: si el GE es empleador como si fuera una comunidad de bienes, acudimos al CC y su art. 1137 nos manifiesta como regla la responsabilidad mancomunada y parciaria, pues la responsabilidad solidaria debe aparecer determinada expresamente. Ante esta dificultad buscamos un mecanismo jurídico que nos lleve a la responsabilidad solidaria; así, la mayoría de las sentencias no lo fundamentan, únicamente rompen el velo y lo dan por supuesto.

La dificultad sigue residiendo en que la institución de la responsabilidad limitada es propia de la personalidad jurídica; es decir, la separación de patrimonios y pluralidad de entidades jurídicas hace difícil la exigencia de responsabilidad al grupo en su conjunto.

La razón de ser para traspasar la frontera de la personalidad jurídica es el art. 6.4 CC o fraude de ley, es decir la utilización de la personalidad jurídica para evitar una responsabilidad patrimonial. Por ello, la doctrina introduce la solidaria, pues la subsidiaria o parciaria no satisface plenamente al art. 6.4 CC.

En conclusión, si existe un empresario único a efectos laborales se pueden imputar las responsabilidades dimanantes del contrato de trabajo al GE, quedando afectadas todas las sociedades del mismo, que se confunden con esa única empresa. Sin embargo, la teoría general de las obligaciones recoge el principio de la no presunción de solidaridad (art. 1137 CC); si bien, con un marcado carácter tuitivo, la posición jurisprudencial acoge la solidaridad como

regla que resulta menos gravosa para el trabajador que la mancomunidad o parcialidad de los empresarios, aparentemente independientes (22) .

III.-- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JUNIO DE 1993. SUCESIÓN DE EMPRESA ENCUADRABLE EN EL ART. 44.1 ET (VENTA DE DOS EMPRESAS PERTENECIENTES AL GRUPO). NO HAY LUGAR A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. CONCLUSIONES PERSONALES EN TORNO AL FALLO

El fallo del Tribunal Supremo concluye que la Sala es incompetente para declarar que las ventas realizadas son nulas o constitutivas de delito. Hay grupo de empresas pero no procede aplicar la técnica del «levantamiento del velo» porque no existe actuación fraudulenta ni se dan acumulativamente los requisitos que los pronunciamientos de esta Sala vienen manteniendo. Por ello no ha lugar a responsabilidad solidaria y sí a la aplicación del art. 44 ET como si de una válida sucesión de empresas se tratara; de ahí que se desestime el recurso de casación presentado.

La pretensión del recurrente es que la transmisión o venta de las sociedades «X» y «B» sea declarada nula por ser un negocio simulado; de este modo intenta que se exija a las empresas cedente y cessionaria el máximo de responsabilidad. Subsidiariamente, si el negocio realizado es lícito, que se declare que la transmisión es fraudulenta, aunque esto sea así «a los efectos puramente laborales». Se pretende que, al no haber una válida sucesión de empresa, no se aplique el art. 44.1 ET, pero sí el art. 44.2 ET al considerar la venta nula a los solos efectos laborales (23) .

Asimismo se pretende que quede constancia de la creación de un GE alegando motivos tales como: que una de las empresas es cabecera del grupo que integra varias filiales; que hay una comunicación patrimonial de créditos y bienes; que todas las sociedades del GE actúan bajo los mismos dictados y coordenadas, bajo las decisiones del Grupo Directivo; que existe un trasvase de personal entre las empresas del GE durante un determinado período de tiempo; que todas sociedades del GE «T» se presentan externamente como una única empresa frente a los posibles inversores, entidades financieras y trabajadores del GE.

Si bien, la Sala reafirma, como ya antes la Audiencia Nacional, que efectivamente está probado que se ha creado un GE (nos encontraríamos ante un grupo de sociedades agrupadas en «estrella»). Por ello, el recurrente, demostrada la

existencia del grupo, pretende la declaración de responsabilidad solidaria de todas las sociedades que lo componen, mediante la aplicación de la técnica del levantamiento del velo. Ante este planteamiento la Sala realiza una recopilación de sus propios pronunciamientos haciendo un recorrido por las sentencias del TS que ponen de manifiesto una serie de constantes en todas ellas que sirven como fundamento a la responsabilidad solidaria, de entre ellas quiero destacar las siguientes:

- a) SS de 3 de marzo y 8 de octubre de 1987 (Ar. 1987, 1321 y 6973). La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de formalismos jurídicos, evitando que el trabajador tenga que indagar interioridades negociales y en aras de la seguridad jurídica.
- b) S de 22 de enero de 1990 (Ar. 1990, 180). La responsabilidad solidaria en el ámbito laboral exige, además de las conexiones económicas o financieras, la existencia de una plantilla única o indistinta.
- c) S de 30 de enero de 1990 (Ar. 1990, 233). La responsabilidad solidaria exige además de la actuación unitaria del GE, la confusión patrimonial, la prestación laboral al GE de forma indiferenciada, la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada empresa en perjuicio de los trabajadores.
- d) S de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 1990, 8605). Exige para que se declare la comunicación de la responsabilidad que haya en el GE: confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Independientemente del concepto de GE en el campo mercantil o fiscal, en el del Derecho del Trabajo no se refleja con claridad cuándo estamos ante un GE y cuándo cabe afirmar que tal GE se ha constituido en sujeto del contrato de trabajo con entidad objetiva propia, aunque no jurídica, para que se le pueda imputar una responsabilidad solidaria. Si se constata una disociación entre la realidad jurídica y la realidad de hecho la solución más deseable para el Derecho del Trabajo es considerar la única empresa, pero no lo es tanto para quienes - mercantilistas- piensan que el establecimiento para todos los empresarios de una responsabilidad patrimonial unitaria implicaría contradecir la figura misma del grupo, que simultanea la unidad económica con la independencia jurídica (24) , como una posibilidad totalmente legítima.

El fallo de la Sala es la inexistencia de responsabilidad solidaria al considerar inconsistente el propósito del recurrente, para quien dado que hay GE y éste se incardina en el art. 1.2 ET, todas las sociedades del GE son solidariamente responsables de la relación de empleo.

Efectivamente, para el Tribunal Supremo existe GE desde un punto de vista económico-fisiológico más que patológico; y no hay responsabilidad solidaria por los siguientes motivos:

- 1) No existe verdadera confusión de patrimonios (25) .
- 2) Menos, aún, confusión de plantillas (26) .
- 3) Por último, no hay una sólida apariencia externa unitaria capaz de influir en el ámbito de los contratos de los trabajadores en las distintas empresas del GE (27)

Así, en su F.J. Duodécimo, termina diciendo la sentencia que «en el presente caso ni siquiera han quedado constantes situaciones jurídicas inequívocas; sino, precisamente, la falta de movilidad de plantillas». Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado.

En resumen, se deberá estar, como recoge el TS, a los límites de la buena fe y abuso del derecho/fraude a la ley, y en la medida en que estos límites se sobreponen será de aplicación la responsabilidad solidaria (28) .

José L. MONEREO opina que la noción de grupo sería relevante a los efectos de la inaplicabilidad del art. 44 ET cuando entre varias empresas del grupo se pretenda llevar a cabo un cambio ficticio de la titularidad empresarial, como mero artificio para vulnerar los derechos de los trabajadores, aunque jurídico-formalmente hubiera cambio de titularidad. Así, responderíamos al recurrente que es oportuna la utilización del criterio de la unidad de empresa-grupo para impedir la aplicación del art. 44 ET cuando la transmisión de empresa se realiza con la finalidad de defraudar los derechos de los trabajadores. En conclusión, será necesario determinar la concurrencia del fenómeno fraudulento para levantar el velo de la personalidad jurídica y descubrir las personas y el substrato patrimonial que se ocultan tras las empresas agrupadas (29) .

Si bien el mismo autor explica que, si se da identidad económica «absoluta» -lo cual niega la sentencia que estamos analizando, al considerar que «no ha habido una verdadera confusión de patrimonios»- entre las empresas agrupadas no se

cumpliría con el requisito exigido en el negocio jurídico de transmisión de empresa, es decir, la existencia de dos subjetividades diversas, para que se opere el cambio de titularidad previsto en el art. 44 ET (30) . Por consiguiente, si no hay identidad de patrimonios o económica -grupo de empresas-, hay multiplicidad de empresas -jurídicamente y económicamente independientes-, que se pueden transmitir conforme al art. 44 ET.

El supuesto de hecho del art. 44 ET es un cambio de titularidad empresarial, de centro de trabajo o de unidad productiva autónoma de la empresa. Va dirigido a establecer unas garantías de estabilidad de los trabajadores cuando cambia la titularidad empresarial, con derechos de información a los representantes legales de los trabajadores. El objetivo del art. 44 ET es garantizar la estabilidad en el empleo, y puede garantizarlo sin precisar del «lifting the veil» -o afirmación de la unidad de empresa-; sólo si esto no fuera posible habría que proceder a demostrar que el empleador sigue siendo el mismo y no ha habido cambio efectivo.

Cosa distinta hubiera sido que la venta se hubiera realizado -de modo fraudulento- sin salir del GE, pues nos encontraríamos ante un auténtico cambio de estructuración empresarial interno. Entonces, jurídicamente no habría cambio de titular, el empleador seguiría siendo el mismo y desde un punto de vista laboral la nueva sociedad o cesionaria, no dejaría de estar integrada en el GE.

La sentencia recalca su posición indicando el futuro incierto de este GE, pues ni siquiera se sabe si continuará existiendo como tal grupo (31) .

IV.-- REFLEXIONES FINALES DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN NUESTRO PAÍS. LA NECESIDAD DE ROMPER EL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA. PERSPECTIVAS DE FUTURO

CAMPS Ruiz (32) expresa que la razón de ser de los GE o grupos de sociedades se conecta originariamente con las exigencias de la concentración económica y la necesidad de reducir los riesgos de inversiones cuantiosas. La concentración puede adoptar manifestaciones centrípetas (fusión) y centrífugas (creación de filiales). El GE permite una gestión más ágil y flexible que la gran empresa unitaria.

No se puede olvidar que los orígenes en la constitución de los grupos suelen encontrarse en la búsqueda de instrumentos que permitan una gestión más ágil y flexible y, por ello mismo, intentan eludir controles externos e incluso sindicales de las decisiones empresariales. En definitiva, la razón de ser del surgimiento de los GE es la búsqueda de fórmulas de actuación descentralizada en los procesos de concentración empresarial, con vistas a asegurar una flexibilidad en el funcionamiento del grupo (la concentración empresarial conlleva la descentralización y la flexibilidad) (33) .

Si no se discute la figura de la sociedad anónima el GE ha de ser considerado como una estructura empresarial legítima. Sigue, sin embargo, que los GE son, en buena medida, una desvirtuación del modelo teórico de la sociedad anónima (34) .

En España hay un indudable vacío legal. El hecho de que no exista una regulación sustantiva sistemática de los GE significa que los mismos no están prohibidos, más exacto a decir que están reconocidos. Por ello la jurisprudencia sólo excepcionalmente ha concedido sustantividad jurídica propia al grupo, lo cual es congruente con la falta de reconocimiento del GE en el Derecho positivo (35) .

La jurisprudencia laboral guarda sus cautelas sobre la actuación de los GE. Podemos hacer la siguiente recapitulación crítica sobre la misma:

- a) La doctrina laboral ha propuesto un tratamiento mixto de los GE, combinando independencia a nivel fisiológico y subsidiariedad -o mejor, solidaridad- en el nivel patológico. El problema de la imputación de responsabilidad va más allá de la sociedad formalmente contratante y se plantea con ocasión de una situación de crisis o insolvencia de la misma.
- b) Los pronunciamientos jurisprudenciales no se apoyan en un único motivo para fundamentar su decisión. Los criterios son indicios o pistas para demostrar que a efectos laborales se ha producido una utilización desviada de un instrumento formal en principio admisible: la sociedad de sociedades. Se necesita una respuesta que evite la consolidación de unos resultados contrarios a los fines del ordenamiento laboral, recurriendo a técnicas de alcance general: abuso de derecho, fraude a la ley y privación de efectos a conductas simulatorias.

Para CAMPS Ruiz estamos ante una jurisprudencia de indicios que, en defecto de normativa clarificadora que defienda la existencia del GE, se revela como la única

capaz de garantizar la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores. A pesar de que esta jurisprudencia de los tribunales laborales puede ocasionar cierta disfuncionalidad entre el tratamiento jurídico dado a los GE por parte del Derecho del Trabajo y el derivado de otros sectores del ordenamiento, singularmente el derecho de sociedades (36) .

La situación actual en España es la siguiente:

- 1) No hay una legislación laboral específica relativa a los GE.
- 2) Sí que existe un Derecho del Trabajo aplicable para los servicios prestados en el ámbito de tales GE.
- 3) El punto central de su problemática jurídico-laboral es el tema de la identificación del empresario y, consiguientemente, la determinación o exigencia de responsabilidades.

En principio la cualidad de empresario la ostenta exclusivamente la sociedad titular del correspondiente contrato. En determinados casos -«jurisprudencia de indicios acumulativos» se produce una extensión o ampliación de sujetos pasivos con las responsabilidades inherentes a aquella cualidad, descubriendose la existencia de una única empresa, no obstante la pluralidad de personas jurídicas. Se aprecia la responsabilidad solidaria o comunicación de responsabilidades a aquellas sociedades que, constituyendo una unidad económica empresarial, han actuado de forma abusiva.

Son pocos los países que cuentan con una regulación sistemática y sustantiva de los GE, aunque en la legislación extranjera se detecta una gran sensibilidad respecto a la regulación de los GE como manifestación de una empresa única. En cualquier caso es de significar que determinados países europeos (Alemania y Francia) y latinoamericanos (Brasil, Venezuela y Argentina) poseen una normativa jurídico-laboral específica, más o menos completa, sobre los grupos económicos (37) .

El único texto comunitario aprobado sobre GE es la Séptima Directiva, de 13 de junio de 1983, de cuentas consolidadas; en su art. 1 define el concepto de empresa madre.

Por otra parte, el proyectado Estatuto de Sociedad Anónima Europea admite la creación de una sociedad holding, de una filial común o de una sociedad filial y regula los grupos de sociedades como aquéllos que se forman por una empresa

dominante y una o varias sociedades dependientes, que se colocan bajo la dirección única de la empresa dominante.

¿Es conveniente que exista en España una regulación explícita de la problemática jurídico-laboral de los GE? CAMps Ruiz (38) daba en 1986 algunas razones afirmativas que, aún hoy, podemos considerar plenamente actuales; al hilo de su enumeración iremos dando pautas para su discusión:

1.º Sería conveniente una coordinación legislativa entre los diferentes sectores del ordenamiento, especialmente Derecho de Sociedades y Derecho del Trabajo.

Ciertamente ambos sectores están negativamente coordinados en el silencio legislativo existente en torno a los GE. Analizado ya el desconocimiento normativo en el mundo del Derecho del Trabajo, indicar que la tramitación parlamentaria del actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 supuso que se eliminase un caso de «levantamiento de velo» referido a uno de los supuestos más conocidos, la sociedad anónima de un solo socio (39) .

2.º Igualmente, sería positivo establecer por parte del ordenamiento societario una responsabilidad de la sociedad dominante frente a terceros, subsidiaria o solidaria como en el campo laboral. Dicha responsabilidad es inexistente en ambos ordenamientos; exclusivamente el carácter tuitivo del segundo hace que los juzgadores del orden social se decanten por una responsabilidad solidaria; no obstante, también encontramos una extensión de la responsabilidad en el orden mercantil (40) . La aplicación de la técnica del «levantamiento del velo» o «tirar de la manta», encuentra un campo apropiado en las sociedades mercantiles de capital, pues este tipo de sociedades tienen el privilegio de la limitación de la responsabilidad de los socios al importe de sus aportaciones, rompiendo la norma general del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del CC. La limitación de la responsabilidad no deja de ser una situación privilegiada, contraria al principio general de responsabilidad universal, que la ley admite en determinados casos. Sin embargo, para otros supuestos no hay razones que justifiquen el mantenimiento de la limitación de la responsabilidad establecido legalmente (arts. 1 LSA y 1 LSRL) (41) .

3.º Es también necesario, superar la tradicional noción personalista de la figura del empresario para que entes desprovistos de personalidad jurídica distintos a las comunidades de bienes y figuras análogas tengan consideración jurídico-laboral. Así, por ejemplo -como hemos visto-, la regulación brasileña concede

relevancia laboral al grupo en sí. Esto permitiría el ajuste del Derecho del Trabajo a las formas actuales de concentración del capital y la superación de la antinomia derecho-economía (42) .

4.º Por último, ante la inexcusable dificultad de que entes desprovistos de personalidad jurídica tengan consideración jurídico-laboral, necesariamente hemos de conservar la validez de los criterios jurisprudenciales, que han llevado a la creación de una jurisprudencia de indicios acumulativos» o a la aplicación de la técnica del levantamiento del velo» cuando se dan algunos «grupos de casos». Esto ocurre así tanto en la jurisprudencia del orden social como civil.

Por consiguiente, es necesario mantener la validez de estos criterios jurisprudenciales que concluyen en la existencia real de una única empresa, pese a la presencia de más de una personalidad jurídica, cuando se advierta una confusión de plantillas o de patrimonios, o una actuación unitaria de las diversas sociedades o empresas.

Cuestión discutible es si estos criterios deben estar rigurosamente tasados o son simplemente un *numerus apertus*. Pienso que no debe haber, en este aspecto, unos criterios rígidos y rigurosamente tasados, así podrán incluirse otros indicios tales como, fraude a la ley, quebrantamientos de obligaciones, abuso de derecho y cualquier otra práctica empresarial para la obtención de fines ilícitos (43) .

Ahora bien, si los jueces han de fallar ateniéndose al riguroso sistema de fuentes establecido en el art. 1 del CC, ¿no choca con la idea de creación judicial del derecho más propia de los países anglosajones?

Esta pregunta encuentra la siguiente respuesta, tanto desde un punto de vista laboral como mercantil: lo que se intenta es facilitar el trabajo del juez y, al propio tiempo, reducir la inseguridad de los que esperan su sentencia; pues ésta ha de basarse exclusivamente en la aplicación de conceptos legales genéricos - pero tasados-, como la buena fe, el fraude de ley, el abuso de derecho o la equidad. Si bien, a veces, la búsqueda de la justicia material hace pensar en la consideración de un *numerus apertus* de estos motivos.

En conclusión, nos encontramos ante una manifestación de lo que se conoce como «jurisprudencia de intereses» cuyo planteamiento consiste en atender e investigar los intereses que se hallan en juego en cada caso, más allá de conceptos y formalismos jurídicos. Se trata de una jurisprudencia antiformalista - o realista- que atiende más a los intereses protegidos por una norma, que a la

norma misma, cuando ello es necesario para la consecución de la justicia material en un caso concreto (44) .

La doctrina del «levantamiento del velo» debe aplicarse, excepcionalmente, cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva; en este caso el juez puede descartar la persona jurídica para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, desbaratar las múltiples personalidades jurídicas de cada uno de los miembros componentes. Este abuso de su utilización tiene lugar cuando la persona jurídica se usa para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos o, en general, para defraudar.

(1)

Puede consultarse esta Sentencia en Relaciones Laborales, tomo 1993-II, pág. 633.

[Ver Texto](#)

(2)

CRUZ VILLALÓN, J., ob. cit., págs. 28 y 36.

[Ver Texto](#)

(3)

CAMPS Ruiz, L. M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, MTSS, Madrid, 1986, pág. 16.

[Ver Texto](#)

(4)

SANTIAGO REDONDO, K., «Consideraciones en torno a los grupos de empresa. En especial las prácticas de circulación de los trabajadores», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, pág. 454.

[Ver Texto](#)

(5)

CABERO MORÁN, E., «Negociación colectiva y representación de los trabajadores en los grupos de empresa nacionales y multinacionales» *AL*, núm. 32/1990, pág. 372.

[Ver Texto](#)

(6)

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Concepto y significado de los grupos de empresas» en Homenaje a Roca Sastre, Vol. III, Madrid, 1977, págs. 533 y ss.

[Ver Texto](#)

(7)

CABERO MORÁN, E., ob. cit., pág. 373.

[Ver Texto](#)

(8)

Los grupos son uniones de empresas que, «sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan todas ellas sometidas a una dirección económica única ejercitada por la sociedad dominante del mismo».

EMBID IRUJO, J.M., «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo», Relaciones Laborales, tomo 1985-I, pág. 567.

En este mismo sentido, si bien con significativos matices, CRUZ VILLALÓN, J., indica que «lo que caracteriza a la empresa filial es -a diferencia del centro de trabajo- ser algo más que una mera descentralización a efectos técnico-organizativos, por el hecho de ostentar una finalidad económica propia, si bien -a diferencia del grupo- dentro de una dependencia a una dirección única también a efectos económicos». El matiz que realiza este autor está en que -aunque existe una «confusión de patrimonios- debe haber una descentralización o autonomía económica propia de cada empresa integrante, «pues de lo contrario no habría auténtico grupo, sino exclusivamente una sola empresa que en términos formales se presenta al exterior como una pluralidad de sociedades», ob. cit., págs. 38-39.

[Ver Texto](#)

(9)

SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit., págs. 32-33.

[Ver Texto](#)

(10)

CAMPS Ruiz, L. M., ob. cit., pág. 11.

[Ver Texto](#)

(11)

SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit., pág. 33.

[Ver Texto](#)

(12)

En esta Disp. Adic. 4.^a de la Ley 22/1992, aparece la única definición de grupo de empresa contenida en nuestra legislación laboral: «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio».

[Ver Texto](#)

(13)

PÉREZ ALONSO, M.^a A., «Algunas cuestiones laborales sobre los grupos de empresa», RTSS, octubre-diciembre 1992, pág. 85.

En este mismo sentido, GONZÁLEZ BIEDMA, E., «La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales», Relaciones Laborales, tomo 1989-II, pág. 213.

Igualmente MONERO PÉREZ, J. L., concluye que en el ámbito laboral para garantizar eficazmente los derechos de los trabajadores «... es conveniente la imposición de un régimen de responsabilidad solidaria entre los empresarios agrupados, pudiendo dirigirse el trabajador contra cualquier empresario del grupo, accionando frente al más solvente o contra todos a la vez, a elección del propio trabajador o acreedor», «Aspectos laborales de los grupos de empresa» REDT núm. 21/1985, pág. 117.

Es interesante destacar la STCT de 4 de julio de 1984 (Ar. 1984, 6053), que acoge la comunicación de responsabilidad o solidaria para el orden laboral: «cuando en el orden estrictamente laboral el complejo formado por varias individualidades se presenta y actúa en el interior y en el exterior como un único patrono, el tratamiento jurídico de la situación impone apreciar una comunicación de responsabilidad, con el

carácter solidario del débito salarial y, en definitiva, de todas las consecuencias del contrato».

[Ver Texto](#)

(14)

PALOMEQUE LÓPEZ, M-C., «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», REDT, núm. 2/1980 Y MONEREO PÉREZ, J. L., «Aspectos laborales de los grupos de empresa» ob. cit., son exponentes de esa interpretación voluntarista.

[Ver Texto](#)

(15)

TSJ Andalucía Sala de lo Social de Málaga S 11 de junio de 1993, Relaciones Laborales, Suplemento Especial 1/1994 «Doctrinajudicial de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia», pág. 72 (TSJ-654 R): « La doctrina jurisprudencial ha declarado la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo en los siguientes casos: a) prestaciones laborales indiferenciadas; b) confusión de patrimonios sociales; c) apariencia externa unitaria, y d) dirección unitaria».

[Ver Texto](#)

(16)

STS de 30 de enero de 1990 (Ar. 1990, 233).

[Ver Texto](#)

(17)

SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit, págs. 36-37.

[Ver Texto](#)

(18)

CRUZ VILLALÓN, J., ob. cit., pág. 191.

[Ver Texto](#)

(19)

La Sala 1A del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de mayo de 1984, se pronuncia por extender la responsabilidad hasta la sociedad dominante, también en el derecho societario.

Literalmente se expresa de la siguiente manera:

«Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe (art. 7.1 del CC), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley concede personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del CC) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del CC) en daño ajeno o de los "derechos de los demás" (art. 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 del CC) ».

[Ver Texto](#)

(20)

CRUZ VILLALÓN, J., ob. cit., pág. 192.

[Ver Texto](#)

(21)

TSJ Andalucía Sala de lo Social de Málaga Sentencia 11 de junio de 1993, cit. en nota 15, señala: «pese a que la jurisprudencia proclama la no comunicación de responsabilidades y la independencia entre las sociedades implicadas en un grupo de empresas, la misma pone de manifiesto también que la solución puede ser distinta si se acredita la existencia de un abuso de derecho o de un fraude de ley, accediendo los Tribunales españoles a levantar el velo de la personalidad jurídica, extendiendo las responsabilidades empresariales más allá de la sociedad contratante, cuando concurren determinadas circunstancias, fundamentalmente la presencia de una organización única o de un patrimonio único».

[Ver Texto](#)

(22)

SANTIAGO REDONDO, K., ob. cit, pág. 39. Así la STS de 3 de marzo de 1987 (Ar. 1987, 1321), establece una responsabilidad solidaria como interpretación de la voluntad de las partes o como garantía de los acreedores, en particular de los trabajadores.

La STS de 8 de octubre de 1987 (Ar. 1987, 6973) falla la responsabilidad solidaria basándose en la búsqueda de la realidad de los hechos para que el trabajador no tenga que indagar las interioridades societarias.

La STS de 7 de diciembre de 1987 (Ar. 1987, 8851), indica que hay responsabilidad solidaria pese a no presumirse en el art. 1137 CC, por darse algunos indicios laborales como la prestación indistinta de servicios por el trabajador .

Concluimos este apartado como lo empezamos -vid. nota 14-, es decir, que en el orden estrictamente laboral se impone una comunicación de responsabilidad con carácter solidario (STCT de 4 de julio de 1984, Ar. 1984, 6053).

[Ver Texto](#)

(23)

El art. 44.1 ET establece la subrogación del nuevo empresario y si el acto de transmisión es inter vivos una responsabilidad solidaria durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión. Por su parte, el art. 44.2 ET completa más esa responsabilidad solidaria al exigirla respecto de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

[Ver Texto](#)

(24)

PÉREZ ALONSO, M.^a A., ob. cit., pág. 85.

[Ver Texto](#)

(25)

El F.J. Undécimo de la Sentencia no reconoce una verdadera confusión de patrimonios a pesar de que ha quedado vista la participación de la empresa matriz en las filiales del grupo, así como la comunicación patrimonial de créditos y bienes.

[Ver Texto](#)

(26)

El F.J. Sexto da por acreditado que «todas las sociedades del grupo actúan bajo los mismos dictados y coordenadas, decidiendo el grupo directivo las inversiones, política comercial, líneas de producción y estructura»; pero no la «movilidad del personal de todas las sociedades», pues el trasvase de personal fue durante un determinado período de tiempo, como medida puntual y transitoria.

MONEREO PÉREZ J. L., estima que ante el hecho de empresas indistintamente receptoras de los servicios prestados por el trabajador merced al interés común que les mueve para conseguir sus fines, la conclusión a que ha de llegar no puede ser otra que la de que en cada uno de los empresarios agrupados concurre la condición de empleador. Recepción indistinta de servicios que no queda demostrada para la Sala en el caso que nos ocupa. Literalmente, manifiesta este autor: «La jurisprudencia se inclina acertadamente -ante la unidad de hecho y la comunidad de personal- por apreciar que en tales supuestos existe un único contrato de trabajo con pluralidad de empresarios, esto es, un vínculo contractual único que liga indistintamente al trabajador con varios empleadores, resolviéndose, pues, en cotitularidad patronal del contrato de trabajo» ob. cit., pág. 112.

En este sentido, resumiendo el pensamiento jurisprudencial, la sentencia del TSJ de Andalucía Sala de lo Social de Málaga, de 11 de junio de 1993, citada, afirma que «en los supuestos en que los trabajadores, con independencia de cuál sea la sociedad a la que estén formalmente adscritos, realicen su prestación de modo simultáneo o indiferenciado a varias sociedades del grupo, constatándose la existencia, de hecho, de una plantilla única, se llega a la afirmación de la existencia paralela de una empresa también única».

[Ver Texto](#)

(27)

PÉREZ ALONSO, M.^a A., ob. cit., pág. 79, indica que el fundamento de la argumentación sería la de considerar que los GE constituyen una forma normal y

generalizada de actuación de las sociedades y que únicamente en los supuestos en los que puedan verse afectados los derechos de terceros quedaría justificado proceder a la consideración unitaria del mismo. Mientras que, por el contrario, cuando estos intereses de terceros resulten salvaguardados habrá que considerar la independencia de cada una de las sociedades.

CAMPS Ruiz, L. M., ob. cit., págs. 56-58, indica que respecto al criterio de la apariencia externa unitaria, el fundamento de la extensión de responsabilidad está ligado a la doctrina del empresario aparente. La apariencia unitaria voluntariamente creada y la confianza generada a los trabajadores que se relacionan con el grupo justificarían la desestimación de la personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)

(28)

PÉREZ ALONSO, M.^a A, ob. cit., pág. 89.

[Ver Texto](#)

(29)

MONEREO PÉREZ, J. L., enumera entre los cauces jurídicos normalmente utilizados por el Juez para esta interpretación no formalista, o realista, a los Principios Generales del Derecho, la doctrina del abuso de derecho y del fraude de ley (arts. 6 y 7 del Código Civil), si bien de una forma un tanto insuficiente o muy limitada en esa época, pues sólo se utilizaba en casos límite. ob. cit., pág. 99.

[Ver Texto](#)

(30)

MONEREO PÉREZ, J. L., ob. cit, pág. 115.

[Ver Texto](#)

(31)

El F.J. Duodécimo de la Sentencia manifiesta que la situación jurídica a constatar no está perfectamente definida y limitada; que ni siquiera han quedado constantes situaciones jurídicas inequívocas y que se desconoce lo que va a acontecer en lo sucesivo con ese grupo de empresas.

[Ver Texto](#)

(32)

CAMPS Ruiz, L. M., ob. cit., pág. 50.

[Ver Texto](#)

(33)

CRUZ VILLALÓN, J., ob. cit., pág. 195.

Igualmente, VICENT CHULIA, F., Cit., Por CRUZ VILLALÓN, J., ob. cit., pág. 191.

[Ver Texto](#)

(34)

Apartar el artificio de la personalidad jurídica de las sociedades para decidir los casos según la realidad, implica la ruptura del hermetismo de la personalidad societaria. Aquí está la justificación última para «levantar el velo» de la personalidad jurídica o jurisprudencia realista que contesta a la concepción formalista de la personalidad. DE CASTRO, F., La persona jurídica, Madrid, 1981, págs. 171 y ss.

PÉREZ ALONSO, M.^aA., ob. cit., pág. 84, manifiesta que en estos supuestos existe una realidad jurídica y una realidad de hecho, constatándose una disociación entre la realidad jurídica y la realidad de hecho.

MONEREO PÉREZ, J. L., ob. cit., pág. 90, resumiendo el pensar de la mayoría de la doctrina manifiesta expresamente que «tal situación -concentración de empresas e internacionalización del capital- ha puesto de manifiesto el divorcio entre el derecho y el hecho: el derecho ignora la existencia del grupo de empresas».

[Ver Texto](#)

(35)

MONEREO PÉREZ J. L., ob. cit., pág. 117.

[Ver Texto](#)

(36)

CAMPS Ruiz, L. M., ob. cit., pág. 62.

MONEREO PÉREZ, J. L., ob. cit., pág. 94, señala que la falta de regulación específica ha permitido que en el Derecho del Trabajo se lleve a cabo una amplia elaboración

jurisprudencial respecto al grupo, otorgándole relevancia a efectos de la aplicación de la legislación laboral. Este autor, en este mismo lugar, reconoce el doble lenguaje del Derecho laboral y del Derecho mercantil.

[Ver Texto](#)

(37)

MONEREO PÉREZ, J. L., ob. cit, pág. 92.

MONEREO destaca la experiencia brasileña; y así, es importante enumerar en este momento los dos textos legales, respecto a los «grupos» existentes en Brasil. Ambos establecen un sistema de responsabilidad solidaria entre las empresas agrupadas a efectos de las relaciones de trabajo. Considero que su transcripción puede resultar de utilidad:

- La Consolidación de las Leyes de Trabajo establece en su art. 2.º, 2: «Siempre que una o más empresas, teniendo incluso, cada una personalidad jurídica propia, se encuentren bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, serán, para los efectos de la relación de empleo, solidariamente responsables con la empresa principal y con cada una de las subordinadas».
- La Ley del Trabajo Rural, Ley 5889/1973, en su art. 3.º.2 dice: «Siempre que una o más empresas, aun teniendo cada una de ellas personalidad jurídica propia, o todavía cuando, incluso guardando cada una su autonomía, integren grupo económico o financiero rural, serán responsables solidariamente en las obligaciones resultantes de empleo».

[Ver Texto](#)

(38)

CAMPS Ruiz, L. M., ob. cit., págs. 148-150.

[Ver Texto](#)

(39)

BOLDO RUEDA, C., El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 12.

[Ver Texto](#)

(40)

La STS 1.^a de 28 de mayo de 1984, establece, por vez primera, el pronunciamiento íntegro de esta doctrina.

[Ver Texto](#)

(41)

BOLDO RUEDA, C., ob. cit., pág. 20.

Podríamos repetir aquí la afirmación de F. DE CASTRO sobre la necesidad de apartar en estos casos el artificio de la personalidad jurídica de las sociedades rompiendo el hermetismo -o privilegio- de dicha personalidad societaria. ob. cit., págs. 271 y ss.

[Ver Texto](#)

(42)

MONEREO PÉREZ, J. L., ob. cit., pág. 118.

[Ver Texto](#)

(43)

En mi opinión el único problema de esta técnica jurisprudencial -que nació en los Estados Unidos como consecuencia de los problemas que se crean en relación a la nacionalidad de las sociedades con motivo de la Primera Guerra Mundial, donde se conoce con el nombre de «disregard of legal entity»-, es si ante la necesidad de impedir resultados injustos no se deja en manos de cada juzgador la decisión de «levantar o no el velo» de la personalidad en cada caso concreto; es decir, si ante la falta de una determinación precisa de los presupuestos necesarios no se puede crear inseguridad jurídica.

[Ver Texto](#)

(44)

BOLDO RUEDA, C., ob. cit., págs. 27-28.

[Ver Texto](#)

ANEXO III

III. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (I)

“El modelo dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario”

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Iustel, nº 41, 2015.

ISSN: 0213-0556.

EL MODELO DUAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO

LAURENTINO J. DUEÑAS HERRERO

Profesor Titular de Escuela Universitaria Universidad de Valladolid

SUMARIO:

I. La dimensión comunitaria de la autonomía colectiva y de los interlocutores sociales. II. La legitimación del poder de negociación. 1. Las referencias para medir la suficiente representatividad. 2. La suficiencia del reconocimiento mutuo. III. El modelo procedural dual de negociación colectiva en el ordenamiento comunitario.

RESUMEN:

El presente ensayo analiza los desajustes de los dos procedimientos de negociación que tienen lugar en el escenario de la Unión Europea: el diálogo social y la negociación colectiva propiamente dicha. El problema surge porque los derechos de asociación y sindicación se han dejado fuera de las competencias comunitarias, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los Estados miembros. De esta manera, el convenio colectivo europeo dependerá de la capacidad y poderes de los interlocutores sociales representativos a nivel europeo. En ausencia de presupuestos legales, existen unos criterios actualizados por la Comisión para medir la representatividad. En último término, el reconocimiento mutuo es la piedra angular en la cual se basa la legitimidad de los interlocutores sociales, porque a pesar de su condición informal y voluntaria, ha sido útil para iniciar relaciones contractuales, incluidos acuerdos.

PALABRAS CLAVE:

Diálogo social; interlocutores sociales; negociación colectiva; reconocimiento mutuo; suficiente representatividad.

DUAL MODEL OF COLLECTIVE BARGAINING IN COMMUNITY LAW

SUMMARY:

I. Community dimension of collective autonomy and social partners. II. Legitimation of negotiation power. 1. References to measure sufficient collective representativity. 2. Adequacy of mutual recognition. III. Dual procedural model of collective bargaining in community law.

ABSTRACT:

This essay analyzes mismatches of two negotiation procedures which take place on the stage of the European Union: social dialogue and collective bargaining itself. The problem arises because the rights of Association and unionization have been left outside the Community powers, unlike what happens in the majority of Member States. In this way, the European collective agreement will depend on the capacity and powers of the representative social partners at European level. In the absence of legal budgets, there are criteria that are updated by the Commission to measure the representativeness. Ultimately, mutual recognition is the cornerstone on which rests the legitimacy of social partners, because despite its informal and voluntary status, it has been useful to initiate contractual relations, including agreements.

KEY WORDS:

Social dialogue; social partners; collective bargaining; mutual recognition; sufficient collective representativity.

I. LA DIMENSIÓN COMUNITARIA DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

La regulación de los derechos sociales de asociación y libertad sindical debe trascender el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros porque es un debate sobre el propio modelo social europeo. Así, “la doctrina ha estado de acuerdo en que el reconocimiento de unos derechos sociales fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea puede generar límites internos a la expansión incontrolada de las libertades económicas y al desequilibrio entre la dimensión económica y social de la Comunidad”. Por ello, el reconocimiento del valor convencional de la Carta –aunque ésta no se haya incorporado en los Tratados– “implica también que la misma ha de ser respetada por los Estados miembros cuando ponen en práctica el Derecho comunitario, que habrán de hacerlo de conformidad con los derechos sociales consagrados por ella”¹. Con el impulso final dado por el hecho de dotar de carácter vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales a partir del Tratado de Lisboa de 2007 y ocuparse con la amplitud necesaria en el Tratado de Funcionamiento de 2010, la Unión Europea “muestra su clara apuesta por un determinado modo de gestión del poder (“gobernanza”) y, sin imponer nunca un diálogo forzoso a los Miembros, sí constituye un ejemplo de gran ascendente para los Estados”².

En sentido amplio, el diálogo social y la negociación colectiva pertenecen a las cuestiones sociales europeas. El diálogo social no deja de ser una expresión de la negociación colectiva y, sobre todo a partir de 1992 (Maastricht), a ésta última se la ha convertido “en alternativa al cauce legislativo”³. Alguno de los grandes retos a los cuales ha de hacer frente un sistema moderno de negociación colectiva a nivel

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “El efecto “inter privatos” de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 15, 2014, p. 28.

² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva*, I Ponencia mimeografiada, XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, León, 2015, p. 5.

³ *Ibidem*, p. 5.

europeo son: el excesivo celo nacionalista de los Estados, la propensión burocrática de la Comisión, la preferencia localista de los interlocutores en los diferentes países o el hecho innegable de que muchos problemas se presenten sólo a un nivel regional⁴; pero aparecen nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo como son la globalización y la necesidad de asegurar los derechos sociales constitucionales desde una dimensión nacional, estatal y colectiva, a los cuales deberá responder adaptando sus instrumentos, incluidos los de autotutela colectiva, a la dimensión supranacional, elevando el nivel en que se diseñan las políticas nacionales de Derecho del Trabajo. El tema se ha planteado desde hace tiempo en la dimensión comunitaria y resulta necesaria una “relocalización” del Derecho del Trabajo y de sus reglas mediante la creación de niveles de decisión supranacional. En definitiva, se requieren unos “estándares internacionales” de derechos y reglas laborales que condicione y que protejan los Derechos del Trabajo nacionales, evitando su retroceso frente a las insaciables exigencias de desregulación de los mercados de trabajo⁵.

Los perniciosos cambios que la globalización está generando sobre la articulación tradicional de las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo se constatan en la Unión Europea y en sus Estados miembros de forma parecida: a) hay un retroceso del protagonismo de la ley en la regulación de las condiciones de trabajo; b) hay espacios libres, antes ocupados por la legislación, que pasan a serlo por los convenios colectivos; c) hay un proceso de descentralización de la negociación colectiva, dirigido a favorecer tratamientos colectivos en ámbitos reducidos, preferentemente de empresa; d) hay un incremento del espacio regulador concedido al contrato de trabajo⁶. La situación descrita requiere una perspectiva

⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Europea, Libro II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 1115.

⁵ Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La nueva dimensión del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2002, nº 2, pp. 1-13. Al mismo tiempo, es preciso evitar el “revisionismo” a la baja de las garantías laborales, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2000, nº 11; y el resquebrajamiento de la capacidad reguladora de los Derechos nacionales del Trabajo producido por la globalización, ROMAGNOLI, U.: “Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale”, *Lavoro e Diritto*, nº 1, 1999.

⁶ BAYLOS GRAU, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999.

“eurocéntrica” en los procesos de negociación colectiva europeos⁷ y también en cualquiera que se abra desde Europa más allá de sus fronteras o como consecuencia de los procesos de globalización. El planteamiento de partida nos muestra que las relaciones industriales están cada vez más “europeizadas”, aunque los diferentes sistemas nacionales todavía conserven sus propios rasgos⁸; y esto es lo llamativo, porque a pesar de las notables diferencias de regímenes jurídicos y de modelos de relaciones laborales, en los países europeos con democracia industrial, hay un elemento común muy marcado: “la centralidad que en todos ellos posee la negociación colectiva de fijación de condiciones de trabajo entre las organizaciones sindicales y empresariales”, incluso en el ámbito sectorial⁹.

Ya sea a nivel interno o europeo, la negociación colectiva no puede funcionar sin un determinado grado de autonomía de los interlocutores sociales, de los convenios colectivos y del Derecho del Trabajo en general¹⁰; si bien, el refuerzo del diálogo social y del poder institucional de los interlocutores sociales no debe significar que los representantes del poder político –principalmente la Comisión y el Parlamento Europeo- se descarguen de la responsabilidad de la Europa social, confiándola a los interlocutores sociales¹¹. En consecuencia, el papel “paralegislativo” que llegan a alcanzar los interlocutores sociales europeos en el proceso de toma de decisiones no deja de ser una incómoda concertación social por lo que algunos Estados permanecen al acecho y desconfían del poder de los interlocutores sociales, que puede minorar su poder normativo; en efecto, “los gobiernos temen ser bloqueados por poderes de veto y los partidos temen ser

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA. VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, 2001, Madrid.

⁸ BIAGI, M.: “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, 2001, Kluwer Law International, The Hague, pp. 3-14.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Prólogo”, en AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, 2006, Lex Nova, Valladolid, pp. 12-13.

¹⁰ Sin esa autonomía, hay muy pocas cosas que negociar y, sin interlocutores autónomos, no hay una ejecución ni un efecto real de los acuerdos, BRUUN, N.: «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, 2003, Kluwer Law International, The Hague, pp. 1-48.

¹¹ POCHET, P. y DEGRYSE, C.: “Diálogo social europeo: los instrumentos y los actores”, ejemplar mimeografiado presentado para las *XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, 2001, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid.

descabalgados por la dinámica de las fuerzas sociales”¹². A pesar del que el reconocimiento institucional de los interlocutores sociales -y con ello de la negociación colectiva- en el Tratado de Maastricht supuso un gran avance, también se abrió un laberinto de anomalías en el modelo europeo de relaciones industriales, de cara a los objetivos de los representantes de trabajadores y empresarios. Entre otras cosas, porque no existía una organización transnacional de los sindicatos ni de los empleadores, ni la capacidad y la legitimación para ser parte en las relaciones industriales de Europa, y lo más importante, tampoco los instrumentos suficientes para tomar decisiones a nivel transnacional, sobre la base de una delegación de poderes por las organizaciones nacionales y europeas¹³. Lo que parece claro es que a partir de Maastricht se da una particular importancia a la actividad de carácter colectivo a través del diálogo social, como actividad de consulta (legislación concertada o concertación social) o como mecanismo que puede conducir a la negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y de los empresarios (convenios colectivos europeos). La repercusión práctica fue importantísima, pues supuso la inclusión de la autonomía colectiva dentro del panorama de las fuentes del Derecho Comunitario¹⁴, aunque lo que los artículos 138 y 139 del Tratado reconocieron no fue más que un procedimiento consensuado de elaboración de normas sociales¹⁵.

En realidad, la propia dinámica de la negociación colectiva exige tener en consideración las reglas y códigos de los procedimientos negociadores, aquí es preciso centrar el debate en “tres grandes nichos”¹⁶: 1) sedes o lugares donde se celebran los procesos de negociación (*bargaining unit*); 2) organizaciones de trabajadores y empresarios que participan en esos procesos, gestionando sus

¹² ROMAGNOLI, U.: “La concertación social en Europa: luces y sombras”, Revista de Derecho Social, nº 26, 2004.

¹³ TREU, T.: “The European Social Dimension: Problems and Perspectives”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, 2001, Kluwer Law International, The Hague, p. 90.

¹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, Temas Laborales, nº 55, 2000, p.62.

¹⁵ MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 135.

¹⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Negociación colectiva y sistemas de relaciones laborales: modelos teóricos y objetos y métodos de investigación”, Relaciones Laborales, nº 21, 2000, pp. 17-25.

resultados (*power organization*); y 3) reglas que disciplinan los tratos y encuentros negociales (*procedure rules*). Este estudio no va a abandonar ninguno de ellos y se va a centrar principalmente en el segundo; desde aquí el método es relativamente sencillo: para determinar el poder de las organizaciones, quiénes están legitimados para negociar, antes hay que delimitar la representatividad de cada una de aquéllas, para lo cual es imprescindible contar con unas reglas estrictas o más laxas; pero lo primero de todo es identificar quien marca los criterios, si se plasma de forma heterónoma, por los propios interesados, conjuntamente o si se hace depender de cada unidad de negociación. La complejidad no está tanto en el método, como en encontrar los fundamentos -jurídicos y no jurídicos- suficientes en cada uno de los momentos previos a la determinación del poder negociador, concretamente habrá que delimitar quienes tienen el poder decisario para el establecimiento de los criterios de representatividad o si se deja totalmente en manos de la autonomía de las organizaciones. Si se optará por esto último, los sujetos que tienen el poder inicial para definir los criterios que miden la representatividad y los sujetos que ostentan el posterior poder negociador van a coincidir, produciéndose una especie de autorregulación de la representatividad y de la negociación.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER DE NEGOCIACIÓN

Desde los tratados fundacionales se ha reconocido el papel protagonista de los actores sociales para el desarrollo de la Europa social, de ahí deriva su poder institucional, pero no se debe olvidar que antes tienen un poder negociador. El diálogo social adquirió una verdadera dimensión a partir del año 1985 (Val Duchesse), pero con carácter informal y voluntario, de naturaleza no convencional; además, las organizaciones que se emplearon en este modelo de diálogo social mal podían entrar en tratos contractuales al no haber sido mandatadas por sus organizaciones afiliadas de poder negociador¹⁷. La amplitud del poder institucional de los interlocutores sociales les viene dada por la propia transformación del diálogo social, desde un primer diálogo inorgánico -tipo Val Duchesse- que se recogió en el artículo 138 de la versión consolidada del Tratado, donde ya se establecía una

¹⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada", Relaciones Laborales, nº 21, 1997, pp. 5-6.

regulación sobre el diálogo social institucionalizado¹⁸. A partir de los años noventa del siglo pasado, por iniciativa propia o de la Comisión, los interlocutores sociales han suscrito una serie larga de acuerdos, en concreto a partir de la Directiva 94/45/CE, bien desde la vertiente interprofesional o profesional sectorial. Los interlocutores sociales estaban facultados para desarrollar estas negociaciones si cumplían unos criterios que permitían reconocer la adecuada representatividad, tales como poseer una organización en el ámbito europeo, ser organizaciones compuestas por organizaciones que tuvieran reconocidas su condición representativa como interlocutores en los Estados miembros y disponer de estructuras adecuadas (Comunicación de la Comisión, COM (1998) 322 final, *Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria*, 20 de mayo de 1998). A esto habría que añadir que quisieran estatutariamente participar en la determinación de las condiciones de trabajo, ser independientes de la contraparte, de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros¹⁹. Todo ello conformó una infraestructura representativa que encontró cierta similitud con las experiencias nacionales y que permitió el desarrollo de la negociación y del ejercicio de la representatividad²⁰.

1. Las referencias para medir la suficiente representatividad

Una vez identificado el escenario negociador nos interesa resolver la primera cuestión, las reglas de la representatividad de los protagonistas sociales que van a dialogar o negociar, porque la suficiente representatividad es el primer estrato que debe superarse en cualquier sistema de relaciones laborales²¹, debido a que aquéllas están ligadas a la obligación de negociar porque su objetivo es la búsqueda

¹⁸ ARRIGO, G.: *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 1998, p. 148.

¹⁹ SCHNORR, G.: "I contratti collectivi in un'Europa integrata", *Rivista italiana di diritto del lavoro*, nº 1, 1993, pp. 326 y ss.

²⁰ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Presentación", en DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, 2002, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 12.

²¹ BIAGI, M.: "Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla partnership", *Diritto delle relazioni industriali*, nº 1, 1999, p. 25.

de la eficacia de la negociación²². La idea es que cuanto más representativa es una organización, más autonomía le será reconocida como interlocutor social, y no sólo en su relación externa con los poderes públicos, sino con su contraparte, por lo que a su vez propiciará el desarrollo de una negociación colectiva completamente libre, al margen del procedimiento legislativo comunitario y de la iniciativa de la Comisión²³. En definitiva, la naturaleza y eficacia de los acuerdos dependerá en gran parte de la representatividad, de ahí que se convierta en la cuestión central, porque resuelto este problema no sobrevendrá otro mayor, descubrir la naturaleza de los acuerdos que se suscriben en uno u otro marco por los interlocutores sociales a escala europea.

Dentro del proceso negociador, el punto débil y el centro del debate sobre el diálogo social y la negociación colectiva comunitaria reside en la representatividad de las organizaciones empresariales y sindicales europeas. La contradicción está servida si tiene que ser la Comisión quien determine la representatividad –y no sólo las reglas- que deben reunir los interlocutores sociales para negociar convenios colectivos en el ámbito comunitario, porque es una solución que se enfrenta con el concepto de autonomía colectiva, “que excluye cualquier reconocimiento heterónomo de las partes sociales europeas”²⁴. Aquí se observa una contradicción reseñable, ya que es donde el modelo contractualista europeo encuentra uno de sus límites²⁵, todo debido principalmente al hecho de que la regulación de los derechos de asociación y sindicación se haya dejado fuera de las competencias comunitarias, lo que significa que los actores sociales no pueden acreditar su legitimidad en

²² SCIARRA, S.: “La libertad sindical en la Europa social”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 1992, p. 279. APARICIO TOVAR, J.: “Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 68, 1994, p. 943.

²³ Así lo manifiesta AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, cit., p. 167, en interpretación de la siguiente afirmación: “la autonomía de las partes sociales está íntimamente relacionada con su representatividad, en el sentido de que no podrán adquirir más autonomía a menos que lleguen a ser más representativas”, Comisión Europea, Informe sobre “Social dialogue for success: the role of the social partners in EU enlargement”, 1999, p. 28.

²⁴ MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, cit., p. 78.

²⁵ CASAS BAAMONDE, M^a E.: “La negociación colectiva europea como una institución democrática (y sobre la representatividad de los “interlocutores sociales europeos”)\”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 1998, pp. 1-2.

función de la representatividad que ostenten, como sucede a nivel nacional²⁶. Este hecho, reitero, representa una abierta contradicción con el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales y supone un límite, un freno, a la *función promocional de la política del Derecho* en favor de la autonomía colectiva²⁷.

Uno de los numerosos interrogantes que ya dejó abierto el artículo 3 del *Acuerdo de Política Social* fue la indefinición de las organizaciones sindicales y empresariales que tenían la condición de interlocutores sociales a nivel comunitario y, por lo tanto, titulares de los derechos de consulta que el propio Acuerdo instituía²⁸. De otra manera, puede pensarse que el silencio legal respecto a la identificación de los interlocutores sociales europeos debe entenderse como un reconocimiento implícito de legitimación para aquellos sujetos que hasta el momento estaban desarrollando el diálogo social comunitario²⁹, lo que no impedía la existencia de otras organizaciones europeas que podían sumarse a la negociación, ni de otros ámbitos negociadores distintos al del diálogo social o sectorial³⁰.

Concretamente, en el ámbito del actual artículo 154.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, 26 de 10 de 2012), se estable que la Comisión, antes de presentar propuesta en el ámbito de la política social, debe consultar a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria. En el trámite de consulta la norma comunitaria dice que la Comisión deberá hacer dicha consulta con los “interlocutores sociales”, pero no aclara quienes son esos concretos sujetos, no establece una definición estricta, ni si deben tener una especial capacidad representativa y, en este caso, tampoco establece como medir esa capacidad. “La plétora de organizaciones llevó desde el momento mismo en que nació el procedimiento de subrogación normativa a fuertes tensiones y a una solución compleja que consistió en dictar unos criterios y elegir para la subrogación

²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS HORIUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994, pp. 144-149.

²⁷ MONERO PÉREZ, J. L.: “La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social”, *Actualidad Laboral*, nº 29, 1989, p. 131.

²⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”, cit., p. 13.

²⁹ RUIZ CASTILLO, Mª M.: “El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 85, 1997, p. 721.

³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, cit., p. 66.

a las organizaciones representativas mediante un listado constantemente actualizado”³¹. Este importante vacío está colmado de una forma no normativa: como resultado de un primer estudio sobre los interlocutores sociales, hay que acudir a la Comunicación de la Comisión, COM (93) 600 final, *Relativa a la aplicación del protocolo sobre la política social presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento*, 14 de diciembre de 1993. En este documento carente de valor jurídico –a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los Estados miembros donde los requisitos están recogidos en la ley- se establecen las reglas de control de la representatividad y se incluye un listado de 28 organizaciones que tienen suficiente representatividad en opinión de la Comisión³². Aunque se puede reconocer lo oportuno de dicha delimitación, “es evidente que éste no es precisamente el mejor mecanismo para fijar quienes son los interlocutores sociales, pues supone una elección por parte del órgano que se compromete a realizar dichas consultas y a fomentar el diálogo social”³³.

Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el art. 155 TFUE, esto es, un diálogo que podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos (art. 154.4 TFUE). ¿Son estos interlocutores sociales los mismos que los del proceso de consulta? En otros términos, ¿deben cumplir los mismos criterios que en el caso anterior para actuar en la fase de negociación? No hay que olvidar que en este caso se bloquea o paraliza la actividad normativa comunitaria y los actores sociales negocian un acuerdo colectivo sustitutivo. La cuestión dio lugar a la reclamación judicial resuelta por la

³¹ OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 311.

³² Los criterios fijados por la Comisión en el punto nº 2 son los siguientes: a) ser organizaciones interprofesionales, sectoriales o de una categoría de trabajadores, pero organizadas a nivel europeo; b) estar integradas por interlocutores sociales de los diferentes Estados miembros, con capacidad para negociar acuerdos, y que sean representativas en todos los Estados miembros; y c) disponer de una estructura adecuada para garantizar su participación efectiva en los procesos de consulta. Estos criterios de identificación fueron matizados posteriormente en la COM (96) 448 final, *Relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria*, 18 de septiembre de 1996, que añadió: que las organizaciones participantes en la consulta estén compuestas de asociaciones representantes de trabajadores y de empresarios inscritas voluntariamente ya sea en el nivel nacional o en el europeo, esto es, que la afiliación sea libre; y finalmente que dichas organizaciones tengan un mandato conferido por los propios inscritos que les autorice a representarlos en el ámbito del diálogo social europeo, y estén en condiciones de probar su representatividad.

³³ Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, cit., pp. 56-57.

sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de junio de 1998, dictada en resolución del recurso de anulación de la Directiva 96/34, relativa al permiso parental, interpuesto por la UEAPME. Esta sentencia no fijó unos criterios de cuál es la representatividad suficiente, limitándose a señalar que debe haber una proporcionalidad entre la representatividad y el objeto de negociación. “En definitiva, la Sentencia privilegia a efectos de negociación ex art. 138.4 [actual 154.4] a las organizaciones de carácter general sobre aquellas que tienen un ámbito de representación puramente sectorial”. En todo caso, se estima que esta conclusión se aplica no con carácter general a toda la negociación colectiva en el ámbito europeo, sino tan sólo a los casos de negociación derivados del art. 138.4 [actual art. 154.4]³⁴.

Estemos en presencia, bien de una legislación pactada, con preeminencia del diálogo social, o de una negociación colectiva bilateral *strictu sensu*, deben superarse las “trabas jurídicas” por quienes deseen negociar un instrumento con eficacia superior a un solo país³⁵; y lo primero que los comisionados para negociar han debido resolver es si “están todos los que son”, es decir, si no falta nadie de los que tienen “suficiente representatividad” según unas reglas o criterios previamente conocidos. En realidad, sin esa traba jurídica, tanto los interlocutores sociales europeos como los nacionales conocerán mejor su papel en la creación –los europeos- y aplicación –los nacionales- del Derecho Social Comunitario³⁶. Una de esas cuestiones no resueltas es decidir quién debe establecer los criterios para ser interlocutor válido, que es como preguntarse quién toma la decisión sobre la representatividad; dicho de otra manera, situados en un estadio previo y de precisa seguridad jurídica, ¿quién delimita los criterios que se requieren para tener los niveles necesarios de representatividad para ejercer el poder negociador en el ámbito comunitario europeo? / ¿las referencias de representatividad deben recogerse por alguna norma comunitaria o bastan las que aporten la Comisión o los propios interlocutores sociales? Una alternativa viene ofrecida por el reconocimiento

³⁴ *Ibidem*, pp. 63-64.

³⁵ OJEDA AVILÉS, A.: “La negociación colectiva europea”, *Relaciones Laborales*, 1993, nº 15, pp. 68-71.

³⁶ DUEÑAS HERRERO, L. J.: “The main position of social partners for the establishment of a European system of industrial relations”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, 2001, Kluwer Law International, The Hague, pp. 225-234).

mutuo, que básicamente tiene lugar entre privados, pero que los trasciende claramente porque los interlocutores sociales, como se ha visto, tienen un significativo poder institucional en la Unión Europea. La mutua aceptación no deja de ser un reconocimiento de parte, incluso de parte interesada, por ello tan importante decisión no debe estar únicamente al albur de los interesados en la negociación, sino que debe haber cierto apoyo por la Comisión, como se ha venido haciendo hasta ahora, porque el reconocimiento mutuo debe vincularse directamente con unos criterios o referencias para medir la representatividad de los agentes sociales europeos.

No hay que olvidar que del problema de la determinación de los sujetos negociadores deriva el de la capacidad para negociar y aquí entramos en la cuestión de la representatividad de los interlocutores sociales³⁷. Si toda la problemática de la representatividad se dejara en manos de los interlocutores sociales podría haber batallas internas y malentendidos que impidieran siquiera el inicio de las negociaciones -sobre todo cuando alguna de las partes tuviera interés en que esto sucediera- o podría dejar fuera a quien se considera plenamente legitimado para negociar. Y esto, en un momento dado, puede llegar a paralizar el proceso negociador o prolongarse más allá del acuerdo o convenio, impidiendo su aplicación, es decir, trasladar el problema a la eficacia de lo acordado; incluso, con el desgaste que supondría la intervención de un tercero ajeno a las partes investido de poder público, porque fácilmente el problema tendría que solucionarse en los tribunales.

Sin duda, se precisa enumerar y definir lo más claramente posible un catálogo de criterios que ayuden a medir la representatividad, es decir, resolver como se adquiere la cualidad de sujeto más representativo, muy representativo o con representatividad acumulada, todas ellas suficientes para ser sujeto negociador en un escenario concreto y previamente delimitado. En fin, la determinación de la representatividad se convierte en el nudo gordiano para obtener el plus que da derecho a la legitimación inicial para negociar en un ámbito específico, interprofesional o sectorial, y que en la fase final del proceso permitirá dotar de eficacia a los acuerdos logrados.

³⁷ PÉREZ DE LOS COBOS y ORIHUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit. pp. 140 y ss.

Por otra parte, ¿coinciden los criterios para identificar a los interlocutores sociales en el caso de abrirse una negociación colectiva directa prevista en el art. 155 TFUE? Aquí nos encontramos delante de la base jurídica que nos permite afirmar la existencia de un derecho comunitario a la negociación colectiva entre los interlocutores sociales y, con ello, el expreso reconocimiento de la existencia de pactos colectivos entre las partes sociales a nivel europeo³⁸. Con esta regulación es claro que se reconoce el derecho a la autonomía de los interlocutores sociales y la viabilidad jurídica de los acuerdos colectivos³⁹, aunque parece que se trata única y exclusivamente de un reconocimiento, pero no contiene, ni mucho menos, un régimen jurídico propio de la negociación colectiva en el marco europeo⁴⁰. Los sujetos negociadores podrían ser los que han venido protagonizando el diálogo social, pero hay que tener en cuenta dos datos añadidos: en primer lugar, que esto no impide la existencia de otras organizaciones europeas que puedan sumarse a la negociación; de otro lado, la negociación colectiva puede ser a nivel de empresas de dimensión europea, y no parece que en estos supuestos sean tales organizaciones las más indicadas para negociar⁴¹.

En cualquier caso, la falta de una regulación específica no ha impedido actuar a los negociadores como si existiese y han llegado a importantes acuerdos colectivos europeos sectoriales, desde los principios de autonomía colectiva y reconocimiento mutuo y, además, se ha sentado un precedente extrajudicial para eliminar los obstáculos que puedan surgir en la organización interna de las relaciones entre los propios interlocutores sociales, mediante acuerdos de cooperación que han ayudado a superar los problemas de representatividad cuando más de una organización –en este caso profesional- pueda gozar de dicha representatividad acumulada o suficiente (*Acuerdo de Cooperación de 4 de diciembre de 1999, firmado entre los Presidentes de UNICE y de UEAPME para*

³⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La negociación colectiva europea hasta y tras Maastricht”, cit., pp. 40 a 43 y 49.

³⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, cit., p. 65.

⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS HORIUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit. p. 136.

⁴¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del derecho”, cit., p. 65.

ordenar sus relaciones internas en cuanto organizaciones representativas de los empresarios privados a nivel europeo). Estos acuerdos suponen un avance en el reconocimiento mutuo a priori entre los interlocutores sociales⁴². La firma de un “acuerdo marco de cooperación” a gran escala entre todas las organizaciones suficientemente representativas, o agrupadas en función de su carácter interprofesional o sectorial, resolvería cualquier problema de legitimidad⁴³. No obstante, la falta de un referente “normativo” para determinar la representatividad es de una trascendencia tal que ni siquiera la técnica del Acuerdo Marco de carácter procedural es suficiente, “pues siempre encontraría su razón última en un reconocimiento recíproco de las partes contratantes”⁴⁴.

Los criterios de representatividad no tienen por qué coincidir según nos encontremos en un proceso de diálogo social tripartito fruto del deber de consulta de la Comisión, en una iniciativa autónoma sobrevenida de negociación colectiva (subsidiariedad horizontal) o en un proceso de negociación colectiva a iniciativa directa de los agentes sociales⁴⁵. Sin embargo, las referencias medidoras no van a ser especialmente diferentes, sino que van a tener un orden de preferencia. Hay que partir de que no existen criterios acuñados desde el poder judicial comunitario ni tampoco desde el poder legislativo, sólo tenemos los aportados por la Comisión, adaptados por los interlocutores sociales y vueltos a aceptar por la Comisión. Desde esta situación se justifica una representatividad suficiente a la que sobreviene el mutuo reconocimiento, porque quienes quieren negociar pueden demostrar aquellas reglas, única solución no exenta de problemas por no ser una cuestión de derecho, sino en manos enteramente de la autonomía colectiva.

⁴² AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, cit., p. 176. En el mismo sentido, BIAGI, M.: “Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla partnership”, cit., p. 25 destaca que el reforzamiento de la representatividad conllevaría una mayor afiliación sindical supranacional.

⁴³ Debería hacerse entre las organizaciones que aparecen en el listado en continua actualización de la Comisión y siempre que así lo decidan los interlocutores sociales, AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, cit., p. 178.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, cit., p. 1119-1120.

⁴⁵ Del artículo 154 TFUE podemos deducir la existencia de cuatro clases de acuerdos colectivos europeos: sustitutorios, reforzados, traspositores y libres. OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho transnacional del trabajo*, cit., pp. 309-311.

2. La suficiencia del reconocimiento mutuo

El reconocimiento mutuo entre los negociadores es el criterio que sigue cronológicamente al de la representatividad en el procedimiento legislativo, tras la pre-selección de interlocutores negociadores hecha en la consulta previa de la Comisión. La representatividad y el reconocimiento mutuo son dos requisitos que se complementan. Si bien la representatividad será el criterio predominante en la consulta, el inicio de las negociaciones (momento de constitución de la mesa negociadora) está marcado por el principio de reconocimiento de mutuo porque así lo imponen las propias partes sociales; y tras el principio del reconocimiento mutuo, será de nuevo la representatividad el criterio relevante (suficiente representatividad de los firmantes del acuerdo), en función de la vía de aplicación del acuerdo (eficacia)⁴⁶. La iniciativa y el control de la fase de negociación propiamente dicha corresponde exclusivamente a los interlocutores sociales, la Comisión tan sólo verificará la suficiente representatividad. Una vez alcanzada y comprobada por la Comisión la suficiencia de la representatividad acumulada, la función de control de las instituciones comunitarias acaba. En la fase siguiente, la Comisión y el Consejo están obligados a comprobar de nuevo la representatividad de los interlocutores sociales firmantes del acuerdo celebrado y cuya aplicación a escala comunitaria se solicita al Consejo, que debe ser suficiente, proporcionada y adecuada al contenido del acuerdo negociado⁴⁷. Jurídicamente “ese cúmulo de elementos de identificación de la representatividad de los interlocutores sociales fijados por la Comisión, lejos de salvar la gran diversidad entre los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros en cuanto hace a los mecanismos empleados para el reconocimiento de las organizaciones como interlocutores sociales, tampoco consigue aquilar un común denominador extrapolable a nivel comunitario salvo, al final, el principio de reconocimiento mutuo a efectos de negociación”⁴⁸.

A falta de presupuestos legales estrictos sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos, no debiera preocupar en exceso que estos hayan

⁴⁶ AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, cit., pp. 181-182.

⁴⁷ MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, cit., pp. 90-91.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, cit., p. 1119.

encontrado en el reconocimiento mutuo la principal regla de legitimación para entablar negociaciones colectivas. La autonomía colectiva se puede desarrollar ampliamente bajo el paraguas del reconocimiento mutuo, la fuerza interna de cada organización y el poder contractual para obligar. Llegados a este punto, el más significativo principio que va a presidir todo este procedimiento es el reconocimiento recíproco, que tiene la ventaja de que puede actualizarse permanentemente aunque muden los criterios de representatividad y las unidades de negociación. Esta opción cuenta con el valor añadido de que se puede utilizar tanto para el diálogo social como para la negociación colectiva, si es que en el ámbito comunitario se pueden considerar como procesos distintos. En la COM (98), 322 final (p. 69) se insiste en la necesidad de respetar la autonomía de los agentes sociales a la hora de elegir a su interlocutor en la negociación y, por tanto, la Comisión no puede obligar a nadie a acudir a la mesa de negociación.

La desconfianza que se puede predicar de este planteamiento es que todo el proceso negociador se organiza por quienes poseen la facultad de marcar las reglas, y no van a ceder ninguna parcela de su poder negociador, ni para retirarse ni para repartirlo. Como se ha dicho, se deja en manos de los negociadores la decisión de iniciar el proceso de selección del resto de contrapartes, “quedando los excluidos de esta criba, pese a su representatividad, desprovistos de protección jurídica alguna⁴⁹. Una última cuestión por resolver es la fundamentación del principio elegido, el recíproco reconocimiento, y como se puede moldear para que en él tengan cabida el mayor número de posibilidades negociadoras, mirando para ello al horizonte de la eficacia que los negociadores quieran conceder al buen fin de los acuerdos y convenios alcanzados, cuestión que va a condicionar todo el proceso negociador.

De la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta ampliada), de 17 de junio de 1998 (Asunto T-135/96, UEAPME c. Consejo, Rec. 1998, p. II-2325), parece deducirse que la consulta no es relevante a los efectos de ocupar un puesto en la negociación posterior del acuerdo,

⁴⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Los sindicatos en Europa: vías de actuación”, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 10, 2009, p. 86. También, MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 90.

que todo dependerá del principio subjetivo y voluntarista del reconocimiento mutuo⁵⁰. Como se ha indicado, el Consejo en su defensa manifestó que la condición de negociador era una “cuestión de hecho”, por lo que el principal escollo reside en delimitar una “cuestión no jurídica”, que es resuelta por parte interesada, pues quien decide sobre la suficiente representatividad prevé que después se sentará a negociar, porque la Comisión evalúa esa representatividad a posteriori, tras el logro del acuerdo. Una vez que la Comisión se autoexcluye del proceso negociador, la composición de cada banco negociador se decide por cada parte, y aquí puede surgir el problema de los que han sido excluidos por aplicación de una cuestión de hecho. Así sucedió con el conflicto de representatividad surgido del lado empresarial, que se sacó de la vía judicial y se optó por la firma de un pacto alternativo, *el Acuerdo de Cooperación interempresarial entre UNICE y UEAPME*.

Ante la ausencia de una regulación comunitaria de la legitimación para negociar convenios sectoriales y acuerdos marco, los actores sociales europeos se reconocen mutuamente capacidad para negociar tomando como referencia las experiencias legislativas y los mecanismos de negociación previstos en los Estados. No obstante, puede ocurrir que existan grupos que no han obtenido el reconocimiento como sujeto negociador por su antagonista o por otras organizaciones sindicales y que, entonces, ni se consideran representados, ni estiman defendidos sus intereses a través de esos sujetos negociadores “tradicionales”, surge así la duda de la validez absoluta de reconocimiento recíproco como criterio de determinación de la legitimación⁵¹. La protección jurídica de su condición de negociador válido pasa por desvirtuar la calidad representativa de los sujetos firmantes del acuerdo⁵², pero también por demostrar que tiene “representatividad suficiente” en el campo de aplicación material del acuerdo que se ha firmado.

⁵⁰ MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, cit., p. 93.

⁵¹ FERREIRO REGUEIRO, C.: “Los sujetos de la negociación colectiva europea”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª L. (Dir.): *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, nº 36, 2006, pp. 117-118.

⁵² MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, cit., p. 93.

La realidad demuestra que las relaciones externas entre los actores europeos están ligadas a su propia autonomía y han quedado marcadas por el reconocimiento recíproco de carácter múltiple. En la sentencia de 17-06-1998 se resolvió que efectivamente la Comisión había marcado como organizaciones interprofesionales de carácter general a CES, UNICE y CEEP (Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión, COM (93) 600 final), en contraste con las organizaciones interprofesionales que representaban a determinadas categorías de trabajadores o de empresas, entre las que estaba la demandante (UEAPME). Efectivamente, como advirtiera el Consejo, el derecho a negociar no venía recogido en ninguna disposición, ni derivaba de que se hubiera consultado o de que se participase en el procedimiento de consulta, porque lo que el artículo 3 del Acuerdo ofrecía a los interlocutores sociales era la facultad de negociación entre ellos, y no un derecho. El Tribunal sentenció que el control de la fase de negociación propiamente dicha correspondía exclusivamente a los interlocutores interesados y no a la Comisión, de donde se infiere que "il principio del risconoscimento volontario è sacro"⁵³. Aunque la sentencia proporciona pautas interpretativas para cubrir lagunas o carencias sobre la representatividad de las partes sociales, sólo contempla la negociación que tiene su origen en la fase de consulta iniciada por la Comisión, y deja en la penumbra el contenido de los acuerdos o convenios colectivos europeos cuya aplicación discurra a través de los procedimientos propios de los interlocutores sociales, negociación colectiva propiamente dicha, al margen de la intervención del Consejo y de la Comisión. Por otra parte, afirma la representatividad acumulada de las organizaciones negociadoras, pero no entra a determinar cómo se mide la suficiencia de dicha representatividad; y, por último, deja en manos de los propios negociadores el reconocimiento y la decisión de la titularidad del derecho de negociación⁵⁴. Además esta sentencia cobra especial significado por dos motivos: 1) Por la valoración que realiza de los criterios fijados por la Comisión, a los que añade su propia doctrina de la "representatividad acumulada suficiente", que encuadra y

⁵³ BIAGI, M.: "Il ruolo delle parti sociale in Europa: dal dialogo alla *partnership*", *Diritto delle relazioni industriali*, nº 1, 1999, p. 27.

⁵⁴ Véase CASAS BAAMONDE, M^a E.: "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los "interlocutores sociales europeos")", *Relaciones Laborales*, nº 21, 1998, pp. 4-5 y 8-13.

concretiza aquellos criterios. 2) Porque otorga relevancia jurídica al contenido de las Comunicaciones, hasta ahora desprovisto formalmente de valor normativo⁵⁵.

III. EL MODELO PROCEDIMENTAL DUAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

El alcance de la suficiente representatividad es una cuestión propia de la autonomía de los interlocutores sociales europeos porque son ellos quienes van a decidir el cumplimiento de esta condición de la que depende la obtención de la capacidad negociadora. Las referencias para medir la representatividad son decisivas porque deben aportar la suficiente seguridad en quien las cumple como para exigir su reconocimiento como parte negociadora, precisamente porque esta capacidad representativa no viene concedida por la ley, dado que no existe una base normativa en la UE que establezca unos criterios para medir la representatividad, sino una Comunicación elevada a rango normativo por el Tribunal de Justicia. Además, para que la representatividad obtenga una verdadera relevancia jurídica, hace falta también que las organizaciones, por ejemplo las sindicales, reciban el encargo de desarrollar funciones de interés general y relevancia pública, cuyos efectos excedan del limitado ámbito de los representados y alcancen a todos los trabajadores, e incluso al conjunto de la población (de este modo se exige que se acredite ante los poderes públicos una representatividad suficiente)⁵⁶. Todo sería mucho más fácil si la determinación de los sujetos negociadores, su representatividad y legitimación, así como el valor de los acuerdos concluidos y su eficacia jurídica, contaran con una intervención legislativa comunitaria “de apoyo” o con unos mecanismos propios del derecho negocial a través de un acuerdo colectivo marco de carácter procedural⁵⁷.

El respeto al derecho de cualquier negociador a elegir con quien quiere negociar es un elemento clave de la autonomía de los interlocutores sociales. Por

⁵⁵ NAVARRO NIETO, F.: “La negociación colectiva en el Derecho comunitario del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 102, 2000, pp. 398-399.

⁵⁶ GARCÍA MURCIA, J.: “La actividad sindical y los criterios de representatividad (I)”, *Relaciones Laborales*, tomo II, 1987, pp. 166-167.

⁵⁷ CASAS BAAMONDE, M^a E.: “Doble” principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 1993, p. 8.

ejemplo, durante la consulta en curso de la Comisión, son los interlocutores sociales quienes deciden si inician o no un proceso de negociación y también quienes van a emprenderlo. La apertura de las negociaciones está por completo en manos de los interlocutores sociales y el proceso de negociación se basa sobre principios de autonomía y reconocimiento mutuo de las partes negociadoras. Lo que no deja de ser chocante es que la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios sea competencia comunitaria y no se pueda hacer referencia al sujeto sindical⁵⁸. En este sentido, no resulta descabellado pensar que la solución pasa por la supresión del apartado cinco del actual art. 153 TFUE⁵⁹, lo que no parece vaya a suceder. A pesar de lo manifestado, ciertas instituciones de la UE siempre han entablado contactos con las mismas asociaciones sindicales y organizaciones empresariales, que se han convertido en interlocutores sociales porque así lo ha considerado la Comisión a través de la práctica o porque así se han reconocido las unas a las otras de forma recíproca; ha existido una suerte de “Derecho consuetudinario europeo” de reconocimiento de la legitimidad⁶⁰.

En sus propios términos no existe un sistema europeo de negociación colectiva con unas reglas y principios definidos. La realidad es que, como se ha puesto de manifiesto, el desarrollo de un sistema de negociación colectiva europea cuenta con graves dificultades referidas a la determinación de los sujetos negociadores, su representatividad y legitimación, el valor de los acuerdos concluidos y su eficacia jurídica⁶¹. En particular, ni en el Derecho originario ni en el derivado existe una regulación de los procesos de negociación colectiva en el ámbito europeo y la negociación colectiva no institucional no es fuente material del derecho. Los acuerdos producto de esa negociación colectiva carecen del carácter de fuente institucional o formal; más aún, resulta problemático que las instituciones

⁵⁸ APARICIO TOVAR, J.: “¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario? cit., p. 935.

⁵⁹ WEISS, M.: “Perspectives for European Labour Law and Industrial Relations”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 103.

⁶⁰ FERREIRO REGUEIRO, C.: “Los sujetos de la negociación colectiva europea”, cit., p.98.

⁶¹ CASAS BAAMONDE, M^a E.: “La negociación colectiva europea como una institución democrática (y sobre la representatividad de los “interlocutores sociales europeos”)”, cit., p..

comunitarias puedan elaborar y aprobar algún tipo de norma sobre el particular⁶². Sin embargo, hay un modelo procedural dual, diálogo social y negociación colectiva, que produce dos tipos de resultados: directivas fruto del acuerdo o desacuerdo tras el diálogo social; y acuerdos colectivos europeos sin intervención institucional en el ámbito interprofesional o sectorial. Los convenios colectivos europeos como tal están faltos de una base jurídica unitaria y las diferentes regulaciones nacionales dificultan su existencia⁶³, porque las reglamentaciones nacionales varían notablemente de país a país en las siguientes cuestiones: la legitimación para negociar, la medida de la representatividad de las partes, la eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos o sobre qué materias son negociables⁶⁴.

En la UE hay un modelo procedural de “legislación negociada” diferente de la negociación colectiva tal y como se conoce en el ámbito nacional, porque no hay posibilidad de recurrir a la acción reivindicativa por parte de los sindicatos y falta también el principio constitucional de la libertad de asociación⁶⁵. La relación entre el procedimiento comunitario de diálogo social y el de negociación colectiva reside en que son cuestiones conexas, pero no sustancialmente idénticas⁶⁶; en realidad, las diferencias entre ambos procedimientos están frecuentemente ocultadas porque desde la óptica comunitaria diálogo y negociación son vistos como un *continuum*, aunque el primero tenga una naturaleza tendencialmente colaborativa y no conflictual, aparte de su carácter no obligatorio⁶⁷. Esto significa que el diálogo social no se entiende en el espacio de la UE como un método o técnica diferente de la negociación colectiva, sino, más bien, como el camino que conduce a la misma o

⁶² Sobre esto último, se aprecia un clamoroso silencio de parte del texto del Tratado. CRUZ VILLALÓN, J.: “El ordenamiento laboral en la Constitución Europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Europea, Libro II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1014.

⁶³ SALA FRANCO, T.: “La acción social comunitaria”, Relaciones Laborales, tomo II, 1987, p.

⁶⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Negociación colectiva y sistemas de relaciones laborales: modelos teóricos y objetos y métodos de investigación”, cit., pp.

⁶⁵ BRUUN, N.: «The Autonomy of Collective Agreement», cit., pp. 1-48.

⁶⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Diálogo social y negociación colectiva en el Derecho Comunitario”, en GARCÍA MURCIA, J. (ed.): *Las relaciones de trabajo en España. Cambios y tendencias recientes*, Oviedo, 1997, pp. 65-66.

⁶⁷ ROCELLA, M. y TREU, T.: *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2^a ed., 1995, pp. 374-375.

como el medio por el que se llega a ella. En el ámbito europeo no se puede hacer una escisión que separe limpiamente ambos conceptos: al contrario, en la UE el diálogo social debe estudiarse de forma conjunta con la negociación colectiva o mezclado con ella, y así –con base en el art. 155.1 TFUE- se puede decir que el diálogo social es un instrumento al servicio de la negociación colectiva y queda disuelto en ésta⁶⁸. Al final la negociación que se produce dentro del diálogo es más bien un intrincamiento que una interconexión, en lo que se ha dado en llamar “negociación colectiva atada”⁶⁹. En el diálogo se llega a acuerdos y los protagonistas son interlocutores institucionales –en tanto actúan como organizaciones con tintes políticos- y en la negociación se firman convenios y los protagonistas son interlocutores sociales –en tanto actúan como antagonistas con posiciones distintas sobre las condiciones de trabajo-. Si bien, alguna virtualidad hay que ofrecer a los acuerdos colectivos europeos, quizá no el carácter de fuente del Derecho Comunitario que dé lugar a normas vinculantes, pero sí puede pensarse en una eficacia meramente obligacional⁷⁰. Si la conclusión es que en el derecho comunitario no se reconoce como fuente al convenio colectivo, mal podemos encontrar un paralelismo entre diálogo social y negociación colectiva, porque si la autonomía colectiva y la fuerza vinculante del convenio no proceden del acuerdo mismo sino de un acto legislativo a posteriori, no estamos en presencia de negociación sino de diálogo, ya que se trata de una regulación heterónoma, cuya eficacia universal no viene de los negociadores⁷¹.

En consecuencia, el diálogo social es un procedimiento netamente diferente al de la negociación colectiva, incluso visto desde una estricta sistemática jurídica. El

⁶⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a L.: “Diálogo social y negociación colectiva como métodos de regulación de las relaciones de trabajo en el ámbito de la Unión Europea”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a L. (Dir.): *La negociación colectiva europea*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, nº 36, 2006, pp.24-25.

⁶⁹ LO FARO, A.: *Regulating social Europe: reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000.

⁷⁰ Sin embargo, el tratamiento de meras recomendaciones o declaraciones de intenciones de los interlocutores sociales no requiere ningún reconocimiento por el Tratado, ni por ninguna norma comunitaria, MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, cit., p. 135. Serán meros contratos o pactos suscritos entre los sujetos representativos, SANGUINETI RAYMOND, W.: “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, *Carta Laboral*, nº 35, 2000, p. 15.

⁷¹ APARICIO TOVAR, J.: “Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?”, cit., p. 922.

resultado positivo del diálogo social puede terminar en un dictamen, recomendación o directiva (art. 154 TFUE), sin embargo el apoyo legal para la creación de un espacio europeo de contratación colectiva se encuentra fuera del ámbito del diálogo social y está en el art. 155.1 TFUE (“diálogo [exclusivamente] entre interlocutores sociales”). Claro es, nos importa borrar todo acercamiento conceptual porque dependerá de donde nos situemos para proponer unos u otros criterios de representatividad. Si nos referimos a los “acuerdos que nacen libres, al margen de una iniciativa legislativa de la Comisión”, se puede predicar una mayor relevancia del reconocimiento mutuo, como si se tratara del criterio que sirve para medir su representatividad, distinto será después analizar la puesta en escena de dicho acuerdo en el marco del sistema normativo comunitario⁷². En realidad, en el art. 155 TFUE nada se dice sobre su eficacia, lo que puede dejar huérfanos de aplicación los éxitos alcanzados en la negociación, porque todo dependerá de la fuerza para obligar de los signatarios para con sus afiliados, es decir, del poder interno de cada organización⁷³. En este caso, los interlocutores sociales podrán obtener tal condición sin fundamento en la ley (“representación legal”) y tendrán una “representación real” según unos criterios previamente fijados por sus compañeros de viaje.

Como se ha manifestado, de cara al diálogo social, la capacidad representativa se obtiene acreditando una representación suficiente conforme a los criterios establecidos por la Comisión; si bien, para desempeñar las funciones de la contratación colectiva bilateral se necesita una representatividad selectiva según unos criterios comparativos de medición que debieran estar previamente delimitados por la legislación comunitaria y, ausentes estos, el mutuo reconocimiento de los firmantes salva el vacío legal. No obstante, en muchas ocasiones, a pesar de la existencia de presupuestos legales, las organizaciones los han utilizado de manera relajada y elástica, “sustituyendo a veces las reglas de legitimación, sobre todo la adicional o deliberante, por el más cómodo expediente del mutuo reconocimiento

⁷² AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, cit., p. 182.

⁷³ DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 147-154.

como interlocutores”⁷⁴. Precisamente, por la pluralidad de capacitados para negociar, “muchos ordenamientos consideran que es imprescindible regular en la ley, y no dejar a la autonomía colectiva, los criterios de aptitud específica que deben reunir quienes aspiren a estar presentes en la negociación. Sin embargo, la decisión dista de ser unánime”⁷⁵. En resumen, los interlocutores sociales dominan el proceso de negociación a la hora de elegir a la contraparte y este es el único criterio para medir *ab initio* la representatividad, aun cuando la Comisión y el Consejo, a la hora de asumir la propuesta, tengan en sus manos el poder *ex post* sobre el inicial reconocimiento mutuo, en función de su adecuación al contenido del acuerdo, pero se trata de un control *ex post*, “de efectos estrictamente quirúrgicos y no terapéuticos”⁷⁶.

Bajo el paraguas del recíproco reconocimiento –que tiene en cuenta la representatividad real- se salva la falta de presupuestos legales estrictos sobre la representatividad y se pueden negociar todas las materias. La contratación colectiva europea puede versar sobre “materias sociales concurrentes” (subsidiariedad horizontal) o sobre cualesquiera otras sin exclusión en aquellos convenios colectivos de contenido libre (supletoriedad convencional), que podrán tener por objeto “materias que excedan de la competencia comunitaria o que mejoren la regulación de mínimos, dependiendo su aplicación de los procedimientos y prácticas de las partes sociales y de los Estados miembros”⁷⁷, llegando de esta manera a donde le está vedado a la Comisión y ejercitando una alternativa normativa por vía convencional a iniciativa propia y a través de una negociación colectiva bilateral. La redacción del apartado primero del art. 155.1 TFUE se corresponde con una declaración general del derecho a la autonomía colectiva europea, donde intervienen los dos polos negociadores y donde el contenido de lo acordado está abierto a todas

⁷⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva”, en *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 311.

⁷⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva*, cit., pp. 25 y ss.

⁷⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Derecho de negociación y de acción colectiva”, cit., p. 1121.

⁷⁷ RUIZ CASTILLO, M^a E.: “El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, cit., pp. 718-719.

las áreas o materias que se pretendan negociar por los interlocutores sociales, sin exclusión alguna, lo cual es una clara manifestación del derecho de negociación colectiva⁷⁸.

⁷⁸ DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Los interlocutores sociales europeos*, cit., p. 153.

ANEXO IV

IV. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (II)

**“The main position of social partners for the establishment
of a European System of Industrial Relations”**

Towards a European Model of Industrial Relations?
(director BIAGI, M.)

Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp. 225-236.

ISBN: 90-411-16532.

THE MAIN POSITION OF SOCIAL PARTNERS FOR THE ESTABLISHMENT OF A EUROPEAN SYSTEM OF INDUSTRIAL RELATIONS^{*}

Laurentino Dueñas Herrero^{**}

SUMMARY:

- I. *Approach.*
- II. *The role of social players at the European level in the area of social policy.*
- III. *European Social Dialogue in bargained legislation.*
- IV. *The degree of representativity of the signatories of the framework agreements.*
- V. *Persistence of challenges to the European trade union movement.*
- VI. *Conclusion.*

^{*} This paper was presented at Convegno: *Verso un modello europeo di Relazioni Industriali? Riflessioni sul primo Rapporto della Commissione Europea* (1-2 December 2000, University of Modena).

^{**} Professor of Labour Law and Social Security, University of Valladolid.

I. Approach

1. The prominence of the social players at the European level resides in the role that they have been playing in the construction process of the European Union, especially since Maastricht. Their contribution rests in the fields of social dialogue and collective bargaining, matters which can be considered to be parallel but not absolutely identical. Collective framework agreements or agreements at the European level have one fundamental difference: some are aimed at the implementation of directives (Article 2(4) of the Agreement on Social Policy) and other agreements are the fruit of social dialogue, which serve as backing for future norms (Articles 3 and 4 of the aforementioned Agreement)¹. In the case of the former, management and labour are designated at the national level, and the Member States entrust tasks to them "at their joint request". In the latter, the signatory parties are the general cross-industry organizations, sectoral organizations and European Works Councils, aided by Joint-Committees or informal working groups². All of these function according to the experience which they have acquired in the development of existing social dialogue.

2. The present essay deals with the gaps which might appear between the two possible ways of confronting collective bargaining in any system of industrial relations, either from the static point of view, or more specifically from the dynamic one (place, organizational power, bargaining units, procedural rules, contents and legal effects): who negotiates (the parties representing management and labour at the European level); the rules of negotiation (mutual recognition, sufficient collective representativity and legitimacy for bargaining); the results (bargained legislation, European framework agreements and European collective agreements); and implementation problems of the negotiated agreements. These elements appear to overlap not only in the process but also in the result of the bargaining. Finally, what is

¹ The Agreement on Social Policy was concluded between the Member States of the European Community with the exception of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, annexed to Protocol (No. 14) on Social Policy, annexed to the Treaty establishing the European Community.

² Vid., Commission Decision of 20 May 1998 on the establishment of new Sectoral Dialogue Committees, promoting the Dialogue between the social partners at European level and replacing all current sectoral dialogue structures.

intended to be analysed, is the uniqueness of the European collective autonomy which comes from certain possibilities that were opened by the Agreement on Social Policy in Maastricht.

3. If *social deficit* has been maintained throughout the history of European structuring as a genetic vice, it could be pointed out that the dissociation of economic factors and social policies would result in the risk of putting in danger the very fulfillment of the European Union. Nevertheless, it should be pointed out that in the EU Treaty and, specifically, in the Agreement on Social Policy, social factors are given far more importance than the weak concept that the founding fathers of the Community assigned them. In Annex 1, Communication concerning the application of the Agreement on Social Policy, COM/93/600 final, the Commission pointed out that social policy remains subjected to two autonomic and complementary legal frames: a) the provisions of the EC Treaty, modified by the Single European Act; and the provisions of the Agreement on Social Policy, which will form a new basis for community action, including the possible adoption of legislative measures by the Member States. The legal frame of reference is found in Chapter 1 (*Social Provisions*), Title XI (ex Title VIII) of the consolidated version of the Treaty establishing the European Community.

II. The role of social players at the European level in the area of social policy

4. The incorporation of a new Title on “Employment” in the Amsterdam Treaty changed the direction of the tripartite dialogue. The spirit of *alleanza per il lavoro*, which emerges from the chapter on employment is based on the logic of tripartite discussions (*tripartitism*), widely practiced in many European countries. Intervention of management and labour in the creation and application of the European Community labour law through collective bargaining is an undeniable reality. This participation can take place through tripartite dialogue in the various Advisory Committees, or through the sectoral collective bargaining at the European level (the

Framework Agreement on the Improvement of Paid Employment in Agriculture in the Member States of the European Union, concluded between EFA/ETUC-GEOPA/COPA, 24.7.1997; or the Council Directive 99/63/EC of 21 June 1999, on the basis of the framework agreement concluded between FST/ETUC-ECSA are good, recent examples); and above all, the participation of social partners in the new social dialogue can be plainly seen in the *bargained legislation or real co-operation* at the Community level. This is what attracts my attention for various reasons, above all because of my interest in this particular *modus operandi* of normative creation *ad hoc*, which lies in the fact that a European collective agreement in the shape of a framework agreement , ends up giving the collective autonomy enough decisive capability to design the contents of a Community norm, with all the results which the European Community law permits the Directive, as a legislative instrument of higher rank. The power of the social partners is such that, in spite of the lack of participation of the European Parliament in the adoption of the legislative act (Articles 3(4) and 4 of the Agreement on Social Policy), "*the principle of democracy on which the Union is founded requires -in the absence of the participation of the European Parliament in the legislative process- that the participation of the people be otherwise assured, in this instance through the parties representative of management and labour concluding the agreement which is endowed by the Council, acting in a qualified majority, on a proposal from the Commission, with a legislative foundation at Community level*" (Judgement of the Court of First Instance of the European Communities of 17 June 1998). The participation of the people in the above mentioned process is guaranteed in an alternative way, in this case by means of the social partners signing the Agreement. In conclusion, the EU Treaty of 7th February 1992, marked a turning point in the acceptance of collective bargaining within the system of possible sources of European Community law. After Maastricht there has been an expressed recognition of collective bargaining within the European Community Sources.

5. The main characters in the social dialogue are the professional organizations representing both sides of industry involved in collective framework agreements or agreements at the European level. Employers and European workers' organisations:

The European Trade Union Confederation (ETUC), the Union of Industrial and Employers Confederations in Europe (UNICE), and the European Centre for Enterprises with Public Participation (CEE), were identified as the first co-participants of the social dialogue encouraged by the Commission since Val Duchesse (1985). Although the real dimensions of social dialogue began at that time, the agreements reached there only consisted in a series of opinions or common views ("soft laws"). It was a non-negotiating form of social dialogue.

6. The lack of regulation over the degree of representativity of parties representing management and labour at the Community level ("sufficient collective representativity"), involves some problems of the right to entitlement in the collective bargaining process which, as we will try to analyse, does not have - and cannot have - any other solution than mutual recognition by the parties initiating the negotiation. Mutual recognition by the parties, in spite of their informal and voluntary status, is one of the sources of legitimate Community social policy in recent years and has been useful put into practice Article 118b of the 1986 Single Act.

Employing an erroneous and ambiguous terminology, Article 118b of the Treaty, reformed by the Single Act, recognized social dialogue as the instrument of Community action, but did not foresee the necessity of using it nor the ways and means of doing so. The role assigned to this incipient social dialogue was the object of strong criticism from the labour unions, above all, because the necessity for prior agreement by the social partners affected and delayed the normative action of Community institutions in the creation of a social space. At the same time, it can be affirmed that these informal contacts were formalized and made official by the Single Act, but failed to create a Community bargaining space. The most problematical point of the participative model of social policy was that the Commission tended to subordinate the growth of its normative programme to the agreement among social forces.

III. European Social Dialogue in bargained legislation

7. In Articles 3 and 4 of the Agreement annexed to the Social Protocol of Maastricht, substantial changes took place which have led to a new sharing of the normative power among the social partners and the Commission. These precepts were inspired in a previous document concluded 31 October 1991, subscribed to by ETUC, UNICE, and CEEP (the Social Partners' Agreement of October 1991 which led to the Social Policy Agreement and the Maastricht Protocol on Social Policy, which was subsequently incorporated into the Amsterdam Treaty). To be exact, the Agreement annexed to the Social Protocol, initially signed by eleven of the Member States, reinforced the role of the social partners in three aspects: a) the inner collective bargaining was empowered to apply Community directives adopted within the framework of the Agreement itself (Articles 2(4) y 4(2)). For example, the Council Directive 99/70/EC of 28 June 1999 in the framework agreement on fixed-term work adopted by UNICE, CEEP, and the ETUC, establishes that the Member States are to act by the 10 July 2001 at the latest, or are to assure action by means of a collective agreement on same date, a supplementary year maximum being available were it necessary because of specific difficulties.- b) the obligation to encourage the consultation of social partners before adoption of Community actions in social matters was introduced (Article 3) This consists in a double consultation: first, consulting over the orientation of the action and, afterwards, consulting about its contents.- c) collective bargaining at the Community level was admitted as a result of the dialogue amongst the social partners (Article 4): "*Should management and labour so desire, the dialogue between them at Community level may lead to contractual relations, including agreements*" (Article 139(1), ex Article 118b, TEC).

8. Social dialogue is not a goal in itself and it becomes the means or the instrument at the service of collective bargaining at European level. Since there are no structured rules for collective bargaining, outstanding unresolved legal problems are: 1º) the identification of the legitimacy of partners representing management and labour which are signatories of an agreement; 2) determining the levels at which we can initiate contractual relations; 3) legality of the European agreements. In the end,

global evaluation of the institutional framework described above indicates the reinforcing of the social partners' role.

9. It is wise to point out that the *modus operandi* allows a previous framework agreement to be the origin of a directive. In other words, this means that the primary source of a European Community law can be based on real social agreement. With a procedure similar to the one foreseen in Articles 3 and 4 of the Agreement on Social Policy of Maastricht (now Articles 138 and 139 of the consolidated version of the Treaty establishing the EC), Social Pacts have been signed at the national level, for example, in Italy, *Il Patto Sociale del 22 dicembre 1998 (detto anche Patto di Natale)*, where each decision was preceded by a short meeting for confrontation between the competent authority and the social partners. Also, in Spain, by means of the *Real Decreto-Ley 8/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida* (for the urgent means of improvement of the labour market and the stimulation of fixed-term work), the *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo* was added to the normative, a clear manifestation of social co-operation. The practice of "*legislazione contrattata*" is present in many countries, but in no labour law of the Member States has social dialogue acquired a responsibility in the legislative process as it has at the European level. The most obvious proof of "*legislazione negoziata a livello europeo*" is the historical agreement of 31 October 1991, signed by UNICE, CEEP, and the ETUC, promoted by the group *ad hoc* in favour of social dialogue, which was subsequently incorporated in its entirety into the Agreement on Social Policy. Its extension to United Kingdom was finally approved in the conclusions of the European Council of Amsterdam. The process closed with the approval of the new Title XI of the Amsterdam Treaty, which includes the Social Agreement annexed to the Protocol XIV of the Maastricht Treaty.

10. In conclusion, the Agreement turned social dialogue into an aim of Community social policy (Articles 1 and 3) and admitted collective bargaining at the source of European Community social law (Article 4), at the same time as it enabled inner collective bargaining to transpose Community directives adopted within the framework of the Agreement itself (Article 2, paragraph 4).

IV. The degrees of representativity of the signatories of framework agreements

11. The selection of representative social players gives them the legitimacy to negotiate and, at the same time, guarantees the legal effectiveness of the agreement. From the reading of the Agreement on Social Policy, a problem is seen with determining the nature of the agreements which the social players can endorse. Collective representativity is the first hurdle to pass in any system of labour relations. The delimitation of the individual bargainers has a central importance, in that they are authorized to develop a normative power derived from the collective autonomy. At the national or state level, this power is seen in collective agreements; and at Community level, through sectoral agreements or framework agreements (as has been analysed, the latter represent the responsibility of establishing minimal provisions in matters which have been the object of social dialogue.)

12. The fact that the Agreement on Social Policy has omitted the right of association as a Community right means that the social players cannot accredit their legitimacy by the collective representativity which they hold, as happens at national level. For example, on the side of the worker, the union representativity should answer in all cases with objective, reasonable criteria to avoid putting in danger the freedom of the union or the giving of privileges to some unions to the detriment of others. The "weak point" and the "centre of debate" in social dialogue and Community collective bargaining continues to be the question of the collective representativity of the European worker and undertaking organizations.

13. In the European Union, the collective representativity or the sufficient collective representativity which should exist in order to participate in the mechanism of the production of norms of social character and to be part of collective bargaining at the European level has not been regulated except for the criteria set out in the Communication Commission COM (93) 600 final of 14 December 1993 concerning

the application of the Social Protocol Policy, paragraph 24, which in itself lacks legal value. The right of association continue to be matters reserved a autonomous to the Member States. The Community lawmaker does not define the social players. Therefore, there is only implicit recognition and this makes it difficult to establish the legitimacy from a legal point of view (those organizations which were part of the social dialogue at the time of the signing of the Maastricht Treaty are those which are considered to be official consultants). In Article 3 of the Agreement on Social Protocol, it is not defined which worker and undertaking organizations meet the requirements to social dialogue at the Community level. Although Maastricht has covered some important gaps in the area of collective bargaining, one of the many questions which has been left unanswered is the lack of definition of which worker and undertaking organizations have the right to be social partners at European level and, therefore, are the holders of the right to consultation which the Agreement institutes.

14. In Annex 2 of the COM (93) 600 final, presented by the Commission to the Council and the European Parliament, the list of European social partner organizations currently in accordance with Article 3 of the Agreement on Social Policy included the following classifications: 1. General cross-industry organizations: UNICE, CEEP y ETUC. 2. Cross-industry organizations representing certain categories of workers or undertakings: Joint Committee of Social Dialogue: UEAPME-EUROPMI, CEC and Eurocadres. 3. Specific organizations: EUROCHAMBRES. 4. Sectoral organizations. 5. European Industry Committees with ETUC affiliation. All these organizations met completely the three criteria established in the Communication of December 1993, paragraph 24³. The consulted organizations should: (1) be cross-industry or relate to specific sectors or categories and be organized at the European level; (2) consist of organizations which are themselves an integral and recognized part of Member States' social partner structures with the capacity to negotiate agreements, and which are representative of all Member States, as far as possible; (3) have adequate infrastructures to ensure

³ An updated list of the organizations responding to the three criteria for determining who should be consulted can be found in Annex I, COM (1998) 322 final.

their effective participation in the consultation process ("organizaciones adecuadas"). At the same time, the Commission recognized that they had acquired substantial experience in the social dialogue established among UNICE, CEEP, and the ETUC because they are federations formed by organizations which in turn have the aim of representing the interests of their own worker or undertaking associations, as much in the context of bargaining among themselves as in consultation with the Commission.

15. Because of the lack of a proper Community regulation for the legitimate negotiating of sectoral collective agreements and framework agreements, the "*Euro-attori*" have given themselves the capacity to negotiate, taking as a reference the legislative experiences and negotiation mechanisms foreseen in the States. In any case, the lack of specific regulation has not prevented: 1) admittance of the importance of the role of social partners in certain spheres by part of the Community institutions (the Council Resolution on the European Employment Pact of 1999); 2) development of negotiations at the sectoral level, on the principal of autonomy and mutual recognition (as states the Council Directive 99/63/EC of 21 June 1999 in the framework agreement concluded between ECSA/UEFST)⁴; 3) the elimination of inner organisational obstacles in the relations among the social partners themselves by means of co-operational agreements that have helped to overcome the problems with regard to representation when more than one professional organization possesses the aforementioned "*sufficient collective representativity*" (Co-operation Agreement of 4 December 1999, signed by the Presidents of the UNICE and the Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises -UEAPME-, in order to set up their inner relations as far as organizations representative of private undertakings at the European level).

⁴ The sectoral dialogue is the closest to grassroots and best able to anticipate change. "However, its potential as a framework for joint action and the negotiation of agreements is not nearly exploited to the full. The Framework Agreement for the improvement of salaried employment in agriculture in the Member States of the European Union is a good recent example of what can be achieved when this potential is totally taken advantage of (sic)" (COM 1998) 322 final.

16. To initiate collective bargaining, it is necessary to have mutual recognition, and this is the key stone upon which the legitimacy of the negotiating parties and the application *erga omnes* of the negotiated agreement. The Commission has an obligation to promote dialogue between management and labour under Article 118b of the Treaty, -and the new Sectoral Dialogue Committees will help in the formalization of this type of negotiations but the priority and primacy of the collective autonomy means that the Commission cannot intervene in the negotiations or in the free choice of negotiating partners. It is the social partners who are to decide who sits at the negotiating table and it is up to them to come to the necessary compromises⁵. “*Whether an organisation possesses the status of a negotiator is a question of fact*”⁶.

17. Not being part of Community legislation -pay, the right of association, the right to strike and the dismissal, were explicitly omitted from the Protocol (Article 2, paragraph 6)-, it is within the autonomy of the social partners to determine representative capacity. Thus, the right to participate in collective bargaining of framework agreements at the European level is reinforced by the characters themselves. They can avoid judicial intervention in order to determine the effective identity of the “*sufficiently representatives*” and overcome the scant inclusion of labour and management organizations in the Community sphere.

V. Persistence of challenges to the European trade union movement

18. In the broad range of objectives that the ETUC has assigned itself, it has determined to carry out a series of policies and strategies to be developed. The most important of these are the ones approved in *Towards a European System of*

⁵ The recognition of the role of the social players in the Treaty of Maastricht is seen at two levels: national (the member State can designate to them the implementation of Directives) and Community (consultation can proceed to negotiation if the social partners so desire). “*Respecting the right of any social partner to elect with whom he wishes to negotiate is a key element in the autonomy of the social players.*” During a consultation within the Commission, it is the social partners who decide if they wish to proceed to negotiation or not. “*The opening of negotiations is completely in the hands of the social partners and the negotiation process is based on the principles of autonomy and mutual recognition of the negotiating parties*” (COM 1998, 322 final).

⁶ Judgement of the Court of First Instance of 17 June 1998, para. 33, UEAPME v Council of the European Union, Case T-135/96 (European Court Reports 1998 page II-2335).

Industrial Relations Resolution, adopted by the IXth Statutory Congress of the European Trade Union Confederation, Helsinki, 29/06 - 02/07/1999: 1st.- The need for social regulation which permits the “Euro-attori” the celebration of European framework agreements and the initiating of sectoral negotiations. 2nd.- Use and strengthening of the social dialogue as a legitimate tool for the achievement of community goals (between its objectives are employment and social progress). 3rd.- Total use of cross-sectoral social dialogue and sectoral social dialogue to develop concrete actions to invigorate European negotiations at the Community level. 4th.- Acquisition of a co-ordinated collective bargaining policy at the European level through European Industry Federations whose paramount goal is to guarantee workers a fair share of income, to promote employment and to improve living and working conditions. 5th.- Setting up of European Works Councils (EWCs) whose first goal will be the rights to information and consultation and to workers’ participation in those aspects and decisions taken by the company. Up to now, only a third of the potential number of EWCs has been established. The range of the Council directive 94/95/EC, of 22 September 1994, should be broadened in order to include workers’ representatives from countries which are candidates for entering the European Union. 6th.- Europeanisation of trade unions through cross-border social dialogue and the adoption by the ETUC’s affiliates of a Charter for mutual recognition of trade union protection across borders for all working people, independently of their national affiliation. 7th.- In *Section V: The future of social protection*, of the *General Trade Union Policy Resolution*, the ETUC, in the sphere related to social protection, recognises the convenience of carrying on the example of the European employment policy guidelines. “*They would leave to national governments and the social partners the method of implementation*”⁷. In any case, it is beyond all doubt the long-term viability of the public pensions systems, based on solidarity between the generations and financed on a “pay as you go” basis. This does not obstruct the creation of an EU legal framework for the establishment of supplementary pension funds on the basis of collective agreements, ensuring the participation of the social partners in their management and guaranteeing the transferability of the rights of workers

⁷ “*Following the example of the European employment policy guidelines, a similar initiative should be launched with the setting of guidelines for social convergence, with a timetable and a monitoring system in which the social partners are represented*” (Section V, paragraph 40).

moving within the EU. 8th.- Wager in favour of the sectoral dialogue among the European social interlocutors (“*The sectoral dimension will be essential in collective bargaining co-ordination and this requires the European Industry Federations to create the structures and instruments needed, adapted to the needs of the sector concerned*”, paragraph 73). In the same sense, the Commission manifested that the development of negotiations at the sectoral level is therefore a key issue, as it is closest to the grass roots and best able to anticipate change⁸. The new sectoral dialogue committees will assist the social partners, if they so wish, to initiate joint action or enter into negotiations on voluntary agreements promoting the key issues in the sectors.

19. The goals described below were enumerated with the following specific commitments: 1) Development of social regulation at European level. 2) Upwards harmonisation of working and living conditions, by supporting affiliated organisations in their national collective bargaining, and taking full advantage of the complementary European social dialogue through European Framework Agreements. 3) Implementation of framework agreements for the improvement of working conditions at all levels and in all sectors. 4) Support of the European Industry Federations in generalising social dialogue in all private and public sector activities. 5) Proposal to the European employers’ organizations, UNICE and CEEP, for a new Agreement by the social partners to set the framework for autonomous negotiations at European level, thus developing a European system of industrial relations based on the independence of the social partners. 6) Press for recognition by the EU of basic trade union rights and for the establishment of a legal framework for industrial relations at European level. 7) Conclusion of a European Employment Pact based on real social co-operation. 8) Promote a strategy for co-ordinated European collective bargaining at sectoral and cross sectoral level. 9) Creation of a Committee for the co-ordination of collective bargaining policies. 10) Exert pressure on employers in the public sector,

⁸ “*There are substantial differences in representation as between industries within the Community’s sectoral social dialogue; nevertheless, it offers significant potential for development of the dialogue at Community level as this is where the economic and social challenges lie: in relation to industrial restructuring, the introduction of new technologies, changes in occupations and opening-up to competition. Moreover, the social partners’ responses at industrial level have greater operational impact*” (COM 1998, 322 final, Section 5, paragraph 2).

in particular in the municipal and state sectors for the generalisation of social dialogue in these sectors. 11) Support the European Industry Federations in generalising European Works Councils to cover all the relevant companies, and in supporting the work of existing EWCs. 12) Prepare to establish a Charter of mutual recognition of trade union membership among the affiliates of the ETUC. 13) Insist that the Commission lives up to its responsibility to initiate legislation in social policy matters. 14) With respect to relations with employers, the European Social Dialogue, especially in its negotiating dimension, remains crucial. This is the responsibility of the Confederation at cross-industry level and of the European Industry Federations at sectoral level. The sectoral dimension will be essential in order to co-ordinate collective bargaining. The ETUC will be competent for global co-ordination, providing the necessary framework that guarantees general coherence for the process⁹.

21. The ETUC has evolved continuously ever since its foundation 25 years ago. To succeed in meeting the new challenges of the European integration process, the ETUC must increase its effectiveness and broaden its role as a “social actor” at the European level. This involves a dual track development for the ETUC: a) in relation to European Institutions; and also, b) in relation to employer’s organisations. The way the ETUC has proceeded in its last Congress centres on three areas of action: 1) use of a social dialogue complementary role through European framework agreements, supporting the affiliated organizations in their national collective bargaining; 2) establishment and development of a European system of industrial relations based on mutual recognition and independence of “*Euro-attori*” (as there is no community regulation there cannot be any other solution); and 3) the establishment of a Charter of mutual recognition of trade union membership among the affiliates of the ETUC. It only remains that the European employers’ organizations adhere to the same policies

⁹ “In 1991, the European Social Partners were able to negotiate an agreement on Social Dialogue that subsequently was enshrined in the Maastricht Social Protocol. The ETUC believes that a new agreement with UNICE and CEEP is now needed to fix the rules for further developments allowing the full exploitation of the potentiality of Social Dialogue and to pave the way to the establishment of a system of industrial relations at European level... In particular, in the context of cross-frontier co-operation, the ETUC will continue to support the work of the Interregional Trade Union Councils and to co-ordinate their activities at European level. The ITUCs, of their nature and function, constitute zones of experimentation and practical implementation of integrated trade union policies in a European perspective” (taken from paragraphs 71 and 75, Section IX: *Meeting the new challenges*, of the General Trade Union Policy Resolution, adopted by IXth Statutory Congress).

and strategies, which would avoid problems of representative identity being provoked in their own organisational sphere¹⁰ and which would provide fluidity toward the expectations hoped for under the new concept of social dialogue, looking toward common goals.

VI. Conclusion

22. From the point of view of labour, it can be said that the Treaty of Amsterdam, by the integration of Social Agreement and the right of co-decision with the European Parliament in the important fields of social policy, offers a better basis of action, which it is convenient to take advantage of in order to expand the European social dimension and social reforms which the European Union faces with some guarantee of success. The strategies that are being used by the social partners are to try to influence the EU's social policies so that the interests which they stand for can be respected.

I think that it is advisable to add two conclusions to those enumerated in the last ETUC Statutory Congress: a) the necessity of a criteria to determine the representativity of the social partners through Community regulation; and b) the requirement of more clarity in the European confederations inner structure, so that they can defend their affiliated interests and, thus, legal effectiveness can be given to the agreements achieved by means of social dialogue and Community collective bargaining; permitting the trade union and employers' leaders to respond to requirements of those they represent. The Commission has understood this and with a view to promoting and improving the social dialogue has set itself three objectives: 1) A more open social dialogue, 2) a more effective dialogue between the European institutions and the social partners, and 3) the development of real collective bargaining at European level. It is also states that an active dialogue between

¹⁰ For this reason, one European social partner organization has challenged the legality of the parental leave Directive adopted under the dialogue social process (UEAPME's challenge before the Court of First Instance the Parental leave agreement, Case T-135/96, and subsequently challenged the Part-time work agreement, Case T-55/98).

management and labour leading to shared goals and practical commitments is the *raison d'être* of the social dialogue¹¹. This presupposes that the social partners at European level have real support from their members, giving them a mandate to negotiate agreements at European level, as well as a commitment to follow them up, and providing them with adequate resources and structures to be able to respond (Sections 1. *Introduction* and 5. *Emphasizing joint-action and negotiation* COM (1998) 322 Final).

Bibliography consulted

ARRIGO, G.: *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 1998.

BIAGI, M.: "Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla *partnership*", *Diritto delle relazioni industriali*, n.º 1, 1999.

- "L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?", *Diritto delle relazioni industriali*, n.º 4, 1998.
- "Le relazioni industriali nell'Unione Europea", *Diritto delle relazioni industriali*, 1997, n.º 3.
- "La dimensione sociale del mercato unico fra legge e contratto: l'Europa di domani", *Lavoro e Diritto*, n.º 4, 1991.

¹¹ This does not oppose the union strategy of the ETUC to avoid any tendency toward the creation of "company unions", which can be effectively countered through the stimulus of social dialogue with the employers' federations at sectoral level or between management, the European Works Councils and trade unions. For the ETUC, the collective bargaining policy is the responsibility of the trade unions, who should create sectoral bargaining structures at national or European levels. The European Works Councils will in future be able to make an important contribution to furthering the sectoral social dialogue. In the paragraph 15, Section of *European works councils (EWCs) of Towards a European system of industrial relations resolution*, adopted by the IXth Statutory Congress, it was expressed literally in the following manner: "Any trends towards the creation of "company unions" can be effectively countered only by proactive support of trade unions at national and European level and by the creation of sectoral bargaining structures. Collective bargaining policy here remains the responsibility of the trade unions. In the final analysis, the dialogue with employers' federations at sectoral level can also be promoted and improved by the extension of the social dialogue between management, European works councils and trade unions".

CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental", *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1996.

- "El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario", *Relaciones Laborales*, n.º 22, 1999.
- "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los "interlocutores sociales europeos")", *Relaciones Laborales*, n.º 21, 1998.

D'ANTONA, M.: "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?", *Riv. giur. lav.*, I, p. 311 y ss.

GARILLI, A.: "La contrattazione collecttiva nell'Europa dell'Unione economica e monetaria", original mimeografiado presentado en las *XII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva (Estudios e Informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, junio, 1999.

GOMIS, P. L.: *La integración del Protocolo Social en el Tratado: el nuevo Título de Política Social*, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ-POSADA, E.: "Flexibilidad laboral y precariedad en el empleo: el Acuerdo para la estabilidad en el empleo", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997.

- "La Europa Social", <http://www.der.uva.es/trabajo/euso.html>.
- "Las reformas en el Derecho del Trabajo. El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la Directiva 97/81/CE", en DUEÑAS HERRERO, L. (dir.): *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales/1998*, Valladolid, 1999.
- "Política social comunitaria", en BIGLINO CAMPOS, P. (coord.): *Diccionario de términos comunitarios*, Madrid, 1997, pp. 325-330.
- "Diálogo social y negociación colectiva en el Derecho comunitario", en GARCÍA MURCIA, J. (ed.): *Las relaciones de trabajo en España. Cambios y tendencias recientes*, 1997, Oviedo.

HUERTAS BARTOLOMÉ, T.: "La dimensión social del mercado interior europeo y la construcción de una nueva política social comunitaria", *Actualidad Laboral*, n.º 25, 1989.

MANCINI, G. F.: "Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario", *Relaciones Laborales*, n.º 4, 1986.

- *La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la Jurisprudencia Comunitaria*, Granada, 1990.
- *Regole giuridiche e relazioni sindacali nell'Unione Europea*, en AA. VV.: *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, 1995.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social", *Actualidad Laboral*, n.º 29, 1989.

- *Concertación y diálogo social*, Valladolid, 1999.

OJEDA AVILÉS, A.: "La negociación colectiva europea", *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, 1994, Madrid.

ROCCHELLA, M. y TIZIANO, T.: *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Padova, seconda edizione, 1995.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.ª L.: *La estructura de la negociación colectiva*, Valladolid, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, tomo 1995-I.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "Por una Constitución Social Europea", *Relaciones Laborales*, núm. 13/1995.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M.ª E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único", *Relaciones Laborales*, tomo 1993-I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las relaciones laborales", *Relaciones Laborales*, 1986-II.

- "La declaración de Derechos Sociales Comunitarios (II)", *Relaciones Laborales*, tomo 1989-II.
- "La declaración de Derechos Sociales Comunitarios (y IV)", *Relaciones Laborales*, tomo 1989-II.
- "La dimensión social del Mercado Interior (II)", *Relaciones Laborales*, tomo 1989-I.
- "La dimensión social del Mercado Interior (y III)", *Relaciones Laborales*, tomo 1989-I.
- "Diálogo social, participación y negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, n.º 23, 1995.
- "La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo", *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1997.

RUL-LÁN BUADES, G.: *Los sindicatos en los países de la Unión Europea*, Córdoba, 1994.

SCHNORR, G.: "I contratti collectivi in un'Europa integrata", *Riv. it. dir. lav.*, t. I, 1993.

SCIARRA, S.: "Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 56, 1992-4.

- "Soggetti, competenze e livelli della contrattazione collettiva", *Democrazia e Diritto*, 1984, n.º 4.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores", en DUQUE DOMINGUEZ, J. F., (coord.), *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991.

- "La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada", *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1997.
- "Legislación negociada y concertación social: una aproximación", *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1997.

- “Negociación cooperativa, flexibilidad laboral y crisis económica: El Acuerdo para las empresas del Sector Metal del Grupo INI-TENEO”, *Relaciones Laborales*, 1993, tomo II.
- “Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual”, *Relaciones Laborales*, n.º 17, 2000.
- “Negociación colectiva y sistemas de relaciones laborales: modelos teóricos y objetos y métodos de investigación”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2000.

ANEXO V

IV. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (II)

“The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations”

Versión en castellano: “La posición preferente de los interlocutores sociales en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario”

Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, UVa – Lex Nova, nº 2, 2002, pp. 111-131.
ISSN: 1576-2904.

V

**LA POSICIÓN PREFERENTE
DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES
EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN
DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO**

Laurentino J. DUEÑAS HERRERO

Profesor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA PRESENCIA DE LOS ACTORES SOCIALES EUROPEOS EN LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA.
3. EL DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO EN EL PROCESO DE LEGISLACIÓN PACTADA.
4. LOS GRADOS DE REPRESENTATIVIDAD Y LEGITIMACIÓN SOCIALES DE LOS FIRMANTES ANTES DE LOS ACUERDOS MARCO.
5. LA PERMANENCIA DE LOS DESAFÍOS AL MOVIMIENTO SINDICAL.
6. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO ⁽¹⁾

1. El *déficit social* se ha mantenido como un vicio genético en toda la historia de la vertebración europea; por ello, es conveniente señalar que la disociación de los factores económicos y las políticas sociales pondría en peligro su propia realización. No obstante, en el Tratado de la Unión Europea y, singularmente, en el Acuerdo relativo a la Política Social (APS) se hace una valoración de lo social que supera con creces la rациональidad y la concepción que tenían los padres fundadores de la Comunidad. En el anexo I de la Comunicación sobre la aplicación del APS, COM/93/600 final, la Comisión destacó que la política social quedaba sometida a dos marcos jurídicos autónomos y complementarios: a) las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, modificadas por el Acta Única Europea; b) y las disposiciones del Acuerdo, que formaría una nueva base para la acción comunitaria, incluida la posible adopción de medidas legislativas por los Estados miembros. Actualmente el marco normativo de referencia se encuentra en el capítulo 1 (Disposiciones Sociales), título XI (antiguo título VIII), de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽²⁾.

2. Los espacios que se abren para los interlocutores sociales parten de las dos formas posibles de enfrentarse a la contratación colectiva en cualquier sistema de relaciones laborales, bien sea el modelo estático, y, sobre todo, desde el dinámico (unidades de negociación, poder de las organizaciones, reglas de procedimiento y efectos jurídicos). Al objeto de lograr un espacio común de negociación colectiva europea hemos de preguntarnos por: los sujetos negociadores (interlocutores sociales a nivel europeo); las reglas de negociación (reconocimiento mutuo, *representatividad adecuada* y legitimación para negociar); los resultados (legislación pactada, acuerdo marco y convenio colectivo europeo); y los problemas de aplicación de lo negociado. Estos con-

(1) El presente ensayo tiene su origen en el «paper» presentado en el Congreso Internacional: *Verso un modello europeo di relazioni industriali? Riflessioni sul primo Rapporto della Commissione Europea*, celebrado en la Facultad de Económicas de la Università di Modena e Reggio Emilia (diciembre 2000). Sirva de homenaje y agradecimiento a su director, profesor Marco BIAGI.

(2) El Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexas (DOCE 2001/C 80/01), reorganiza y modifica preceptos de este título, por ejemplo, el artículo 137 y el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139.

tornos no aparecen sino imbricados, ya en el proceso, ya en la finalización de la negociación. A la postre, lo que se pretende analizar es la singularidad de la autonomía colectiva europea a partir de las posibilidades ciertas que se abrieron con el Acuerdo sobre Política Social de Maastricht⁽³⁾.

3. El protagonismo de los actores sociales europeos reside en el papel que, sobre todo tras Maastricht, vienen desempeñando en el proceso de construcción de la Unión Europea. Esta intervención se dirige tanto en el campo del diálogo social como en el de la negociación colectiva, cuestiones que pueden jugar de manera paralela pero que no son absolutamente idénticas. La tipología de acuerdos o convenios a escala europea tiene una diferenciación básica: los destinados a la aplicación de las directivas (artículo 2.4 del APS) y los acuerdos fruto del diálogo social, que son un presupuesto normativo de apoyo (artículos 3 y 4 del APS). En los primeros, los interlocutores sociales de ámbito nacional son aquellas organizaciones a las que el Estado confie tal tarea, «a petición conjunta de los mismos». En los segundos, los sujetos negociadores son las federaciones y confederaciones interprofesionales, las organizaciones sectoriales y los comités de empresa europeos, ayudados por los Comités Paritarios o los grupos informales de trabajo⁽⁴⁾. Todos ellos actuarán según las experiencias adquiridas en el desarrollo del diálogo social existente. Más aún, en el artículo 139.1 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) se recoge el reconocimiento explícito de la autonomía colectiva a manifestarse que «el diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos».

2. LA PRESENCIA DE LOS ACTORES SOCIALES EUROPEOS EN LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA

4. La incorporación de un nuevo título sobre el empleo en el Tratado de Ámsterdam modificó el rumbo del diálogo tripartito. El espíritu de la *alleanza per il lavoro*, que emerge del capítulo sobre el empleo se basa en la lógica del *tripartismo*, ampliamente experimentado en muchos países europeos. La intervención de los actores sociales a través de la negociación colectiva en la creación y aplicación del sistema jurídico comunitario es una realidad incontestable. Su participación puede tener lugar por medio del *tripartismo* en los diferentes Comités Consultivos o mediante la negociación colectiva sectorial a

(3) *The Agreement on social policy was concluded between the Member States of the European Community to the exception of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, annexed to Protocol (No 14) on social policy, annexed to the Treaty establishing the European Community.*

(4) Vid., *Commission Decision of 20 May 1998 on the establishment of new Sectoral Dialogue Committees, promoting the Dialogue between the social partners at European level and replacing all current sectoral dialogue structures.*

nivel europeo. Desde el APS dos tipos de acuerdos se pueden llegar a plantear: a) Acuerdos marco, que serán el origen de Directivas del Consejo adoptadas a propuesta de la Comisión; y b) Acuerdos colectivos sectoriales, que igualmente pueden dar como resultado la aprobación de una Directiva del Consejo. El diálogo sectorial es el más cercano a la base y el mejor capacitado para anticipar los cambios. El Acuerdo para la mejora del empleo asalariado en la agricultura de los Estados miembros de la Unión Europea, concluido entre EFA/CES-GEOPA/COPA, el 24 de julio de 1997, fue un buen ejemplo; más recientemente, se han aprobado la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST/ETUC); y la Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).

En el futuro el diálogo social no podrá reemplazar la necesidad de establecer negociaciones autónomas por parte de los interlocutores sociales como complemento al sistema de relaciones laborales previsto en el Acuerdo de Política Social. El diálogo social sectorial de la Comunidad es un importante potencial de desarrollo del diálogo a nivel comunitario, pues es a este nivel donde se encuentran los desafíos económicos y sociales en relación con la reestructuración industrial, la introducción de nuevas tecnologías, los cambios en las ocupaciones y la apertura a la competencia. Además, las reacciones de los interlocutores sociales a nivel sectorial tienen un mayor impacto operativo (*Actuación conjunta y negociación a nivel sectorial*, COM (1998) 322 final, sobre la *Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria*).

En mi opinión, los cuatro escenarios posibles son los siguientes: (1) Diálogo sectorial: preferencia por la autonomía colectiva sectorial europea y luego nacional (recientemente se ha firmado por los interlocutores sociales a escala de la Unión Europea el *Acuerdo Europeo sobre el teletrabajo en el sector del comercio*). El acuerdo define unas directrices concretas para regular el teletrabajo mediante convenios colectivos y otro tipo de pactos a escala nacional y de la empresa⁽⁵⁾. (2) Diálogo interprofesional: preferencia por el acuerdo social interprofesional que pasa a Directiva (se practica una suerte de concer-

(5) *European Agreement on guidelines on Telework in Commerce* (date: 2001-04-26; DN: IP/01/616), firmado por los interlocutores sociales europeos del sector del comercio, Eurocommerce (patronal) y Uni-Europa commerce (sindicatos), que abarcan una gran variedad de empresas de todos los tamaños y trabajadores de muy diversa índole. Este sector es el mayor de la Unión Europea, pues da empleo a 23 millones de personas, es decir, a un 16 por 100 de la mano de obra total.

tación o colegislación por los interlocutores sociales europeos). (3) Desarrollo de la legislación europea a través de acuerdos colectivos a nivel de las empresas multinacionales implicadas. (4) Legislación tradicional sobre las materias que los interlocutores sociales no han negociado.

El protagonismo de los actores sociales en el nuevo diálogo social se manifiesta principalmente a través de la *legislación negociada o concertada* a nivel comunitario. El interés de este particular *modus operandi* de creación normativa reside en el hecho de que un convenio colectivo europeo, en la modalidad de acuerdo marco, acaba otorgando a la autonomía colectiva suficiente y determinante capacidad como para diseñar el contenido de una norma comunitaria, con todos los efectos que el ordenamiento comunitario concede a la Directiva, como disposición de rango superior. El poder de los actores sociales es tal, que, a falta de participación del Parlamento Europeo en el proceso de adopción de un acto legislativo (artículos 3.4 y 4 del APS), la intervención del pueblo en dicho proceso se garantiza de forma alternativa, en este caso a través de los interlocutores sociales que celebraron el Acuerdo⁽⁶⁾.

En definitiva, el TUE representa un punto de inflexión en el tratamiento de la contratación colectiva dentro del sistema de fuentes del ordenamiento comunitario. Tras Maastricht hay un reconocimiento expreso de la negociación colectiva como fuente del ordenamiento jurídico.

5. Los sujetos protagonistas del diálogo social son las organizaciones profesionales representativas del trabajo y del capital implicadas en los acuerdos y convenios colectivos comunitarios: confederaciones de sindicatos y asociaciones de empresas. La *Confédération européenne des syndicats* (CES), la *Unión de confederaciones de l'industrie et des employeurs d'Europe* (UNICE) y el *Centre européen de l'entreprise publique* (CEEP), fueron identificados como los primeros copartícipes del diálogo social impulsado por la Comisión desde Val Duchesse (1985). Aunque la verdadera dimensión del diálogo social partió de ese momento, el consenso allí alcanzado sólo mostró una serie de opiniones o pareceres comunes, una modalidad de diálogo de *naturaleza no negocial*.

6. La falta de regulación de la representatividad de los actores sociales a nivel comunitario (*suficiente o deficiente representatividad*) conlleva unos problemas de titularidad en el derecho de negociación colectiva que, como se

(6) *The principle of democracy on which the Union is founded requires—in the absence of the participation of the European Parliament in the legislative process—that the participation of the people be otherwise assured, in this instance through the parties representative of management and labour concluded the agreement which is endowed by the Council, acting on a qualified majority, on a proposal from the Commission, with a legislative foundation at Community level* («Judgment of the Court of First Instance of the European Communities of 17 June 1998 »).

tratará de analizar, no tienen —ni pueden tener— otra solución que no sea la del reconocimiento mutuo de las partes que decidan iniciar la negociación. El mutuo reconocimiento, a pesar de su carácter informal y voluntario, es una de las fuentes de legitimación de la política social comunitaria de los últimos años y sirvió para dar cauce de actuación al antiguo artículo 118 B del Acta Única Europea de 1986.

Empleando una terminología equívoca y ambigua, en el artículo 118 B del Tratado, reformado por el Acta Única, se reconocía al diálogo social como un instrumento de la acción comunitaria, pero no se preveía ni su obligatoriedad, ni sus vías y medios. El papel asignado a este diálogo incipiente fue objeto de fuertes críticas desde el lado sindical, sobre todo porque la exigencia del acuerdo previo de las partes condicionaba y retrasaba la actuación normativa de las instituciones comunitarias en la construcción del espacio social. En este mismo sentido, se ha afirmado que el Acta Única formalizaba y oficializaba esos contactos informales, pero sin llegar a crear un espacio negocial comunitario. El punto más problemático del modelo participativo de formación de la política social fue que la Comisión tendía a subordinar el desarrollo de su programa normativo en el campo social al acuerdo entre las fuerzas sociales.

3. EL DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO EN EL PROCESO DE LEGISLACIÓN PACTADA

7. En los artículos 3 y 4 del APS se produjeron cambios sustanciales que han conllevado un nuevo reparto del poder normativo entre los actores sociales y la Comisión. Estos preceptos se inspiraron en un documento previo concluido el 31 de octubre de 1991, suscrito por la UNICE, la CES y el CEEP (*The Social Partners' Agreement of October 1991 led to the Social Policy Agreement and the Maastricht protocol on social policy, which was subsequently incorporated into the Amsterdam Treaty*). En concreto, el Acuerdo anexo al Protocolo Social, firmado inicialmente por once de los Estados miembros, reforzó el papel de los interlocutores sociales en tres vertientes: a) Se habilitó a la negociación colectiva interna para la transposición de Directivas comunitarias adoptadas en el marco del propio Acuerdo (artículos 2.4 y 4.2). Por ejemplo, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, establece que los Estados miembros han de transponer el 10 de julio de 2001 a lo más tardar o han de asegurar su transposición por convenio colectivo en esa misma fecha, pudiendo disponer como máximo de un año suplementario si fuera necesario ante la existencia de dificultades específicas. b) Se introdujo el deber de fomentar la consulta interna de los actores sociales antes de la adopción de acciones comunitarias en materia social (artículo 3), que comprende una doble actuación: primero, una consulta de orientación y, después, una consulta de contenido. c) Se reconoció la contratación colectiva a nivel comunitario como resultado del diálogo entre los interlocutores sociales (artículo 4):

«El diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos» (artículo 139.1 del TCE, antiguo 118 B).

8. El diálogo social no es un objetivo en sí mismo y se transforma en un instrumento al servicio de la negociación colectiva de dimensión europea. Al no existir unas reglas estructuradoras de dicha negociación, los problemas jurídicos no resueltos que siguen brillando con luz propia son: 1.º) la identificación de los sujetos negociadores; 2.º) la determinación de los niveles en los que se pueden establecer tratados contractuales; y 3.º) la eficacia de los acuerdos europeos. A pesar de todo, de una valoración de conjunto del marco institucional antes de scrito se deduce el reforzamiento del papel de los interlocutores sociales.

9. En un momento en que la concertación social de forma global había entrado en crisis a nivel nacional, el Acuerdo apostó por fórmulas neocorporativistas a nivel de la Comunidad. El *modus operandi* descrito permite que un acuerdo marco previo sea el origen de una Directiva; o expresado en otros términos, la fuente primaria del derecho comunitario es fruto de un proceso o fenómeno de *legislación negociada o concertada*. Con un procedimiento similar al previsto en los artículos 3 y 4 del APS (actuales artículos 138 y 139 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la CE), se han firmado Pactos Sociales a nivel nacional; por ejemplo, en Italia, *Il Patto Sociale del 22 dicembre 1998 (detto anche Patto di Natale)*, donde cada decisión será precedida por un momento de encuentro y de confrontación entre la autoridad competente y las partes sociales. En España, el *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo*, clara manifestación de la concertación social, se incorporó a la normativa mediante el Real Decreto-Ley 8/1997, *de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*. La práctica de la *legislazione contrattata* está presente en muchos países, pero en ningún ordenamiento de los Estados miembros el diálogo social ha adquirido una responsabilidad en el proceso legislativo como tiene a nivel europeo. La prueba más palpable de esa *legislazione negoziata a livello europeo* fue el histórico acuerdo de 31 de octubre de 1991, firmado por la CES, la UNICE y el CEEP, promovido por el grupo *ad hoc* para el diálogo social y asumido en su integridad por el Acuerdo sobre la Política Social. Su extensión al Reino Unido se aprobó finalmente en las conclusiones del propio Consejo Europeo de Ámsterdam. El proceso se cerró con la entrada en vigor del nuevo título XI del Tratado de Ámsterdam (antiguo título VIII del Tratado de la Comunidad Europea), que incluye el Acuerdo Social anexo al Protocolo XIV del Tratado de Maastricht.

10. En conclusión, el Acuerdo convirtió al diálogo social en un objetivo de la política social comunitaria (artículos 1 y 3) y reconoció a la negociación colectiva como fuente del Derecho social comunitario (artículo 4), al tiempo que se habilitó a la negociación colectiva interna para la transposición de Directivas comunitarias adoptadas en el marco del propio Acuerdo (artículo 2.4).

4. LOS GRADOS DE REPRESENTATIVIDAD Y LEGITIMACIÓN SOCIALES DE LOS FIRMANTES DE LOS ACUERDOS MARCO

11. El reconocimiento de representatividad a los protagonistas sociales les concede la legitimidad para negociar y, con ello, se salva la eficacia jurídica de lo negociado. De la lectura del Acuerdo sobre Política Social se observa el problema interpretativo de la naturaleza de los acuerdos que los interlocutores sociales suscriben a su amparo. La suficiente representatividad es el primer estrato que debe resolverse en cualquier sistema de relaciones laborales. La delimitación de los sujetos negociadores posee una importancia nuclear, por cuanto están legitimados para desarrollar un poder normativo derivado de la autonomía colectiva. A escala nacional o estatal, este poder se manifiesta a través del convenio colectivo; y en el nivel comunitario, por medio de los acuerdos sectoriales o acuerdos marco (como se ha analizado, estos últimos representan un compromiso para establecer disposiciones mínimas sobre las materias que han sido objeto del diálogo social).

12. El hecho de que el Acuerdo de Política Social deje fuera de las competencias comunitarias la regulación de los derechos de asociación y sindicación, significa que los actores sociales no pueden acreditar su legitimidad en función de la representatividad que ostenten, como sucede a nivel nacional. En todo caso, la representatividad sindical deberá responder a criterios objetivos y razonables para evitar que se ponga en peligro la libertad sindical o se otorguen privilegios a unos sindicatos respecto a otros. La cuestión de la representatividad de las organizaciones empresariales y sindicales europeas es el «punto débil» y el «centro del debate» sobre el diálogo social y la negociación colectiva comunitaria.

13. En la Unión Europea no se ha regulado la representatividad o la suficiente representatividad que debe poseerse en el ámbito comunitario para poder participar en el mecanismo de producción de normas de carácter social o para ser partes de una negociación colectiva a escala europea, a salvo, los criterios expuestos por la Comisión en el apartado 24 de la Comunicación de 14 de diciembre de 1993 [COM (93) 600, final], que como tal, carece de valor jurídico. Los derechos de asociación y sindicación siguen siendo materiales reservadas a la competencia de los Estados miembros. El legislador comunitario no define los interlocutores sociales, por ello sólo cabe un reconocimiento implícito y se hace difícil que la legitimidad se pueda fundar desde un punto de vista jurídico (se consideran titulares de los derechos de consulta a aquellas organizaciones que ya eran protagonistas del diálogo social en el momento de firmarse el Tratado de Maastricht). En el artículo 3 del APS no se manifiesta qué organizaciones sindicales y empresariales tienen la condición de interlocutores sociales a nivel comunitario. Aunque Maastricht ha cubierto algunos huecos importantes en materia de negociación colectiva, uno de los numerosos interrogantes que deja abiertos el artículo 3 del APS es la indefinición de las organizaciones sindicales y empresariales que tienen la condición

de «interlocutores sociales a nivel comunitario» y, por lo tanto, titulares de los derechos de consulta que el Acuerdo instituye.

La representatividad —el derecho a ser interlocutor social representativo con derecho a negociar a nivel europeo— es el nudo gordiano que apretó la *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises* (UEAPME), que representa y defiende a escala europea los intereses de las pequeñas y medianas empresas, para promover el recurso de anulación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, sobre el permiso parental, que recoge el Acuerdo marco celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)⁽⁷⁾. La UEAPME pretendía obtener la sanción de un proceso que conculcaba sus prerrogativas como interlocutor social europeo. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta ampliada), de 17 de junio de 1998 (Asunto T-135/96, UEAPME c. Consejo, Rec. 1998, p. II-2335), resolvió que los firmantes del Acuerdo marco fueron los tres interlocutores sociales calificados por la Comisión como organizaciones interprofesionales de carácter general en la relación que figura en el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión [COM (93) 600 final]: CES, UNICE y CEEP, en contraste con las organizaciones interprofesionales que representan a determinadas categorías de trabajadores o de empresas, entre las que estaba la demandante (UEAMEP). El Consejo puso de relieve el hecho de que la demandante no podía invocar una condición de negociador ni un derecho a negociar (punto 32); por una parte, la condición de negociador es una cuestión de hecho y, por otra, el *derecho a negociar* no puede derivarse únicamente del hecho de que se la consultase o de que participase en el procedimiento de consulta (punto 33). Por último, el Tribunal declaró que «ninguna disposición confiere a un interlocutor social un derecho a negociar cualquier tipo de texto con otros interlocutores sociales debido a su derecho a ser consultado por la Comisión». Señala que el Acuerdo, más concretamente el apartado 4 de su artículo 3, ofrece únicamente a los interlocutores sociales la facultad de negociar entre ellos, y no un derecho (punto 37). Entre las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia, se destaca que «serán los interlocutores sociales implicados quienes decidan negociar entre sí. La conclusión de tal Acuerdo está enteramente en manos de las diversas organizaciones» (punto 76) y que «el control de la fase de negociación propiamente dicha corresponde exclusivamente a los interlocutores socia-

(7) En los considerandos de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas se indica que, «la Comisión elaboró su propuesta de Directiva teniendo en cuenta el carácter representativo de las Partes Contratantes, su mandato, la legalidad de cada cláusula del Acuerdo marco y el respeto de las disposiciones pertinentes relativas a las pequeñas y medianas empresas» (Considerando 13) y «Considerando que los Estados miembros pueden confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, la aplicación de la presente Directiva, a condición de que adopten todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva» (Considerando 19).

les interesados y no a la Comisión» (punto 79). De todo ello se puede inferir que *il principio del riconoscimento volontario è sostacro*.

Contra esa sentencia la UEAPME interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, el 14 de agosto de 1998, solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y de la Directiva 96/34 (Asunto C-316/98P); también presentó después otra recusación al Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial (Asunto T-55/98). La demanda frente a esta Directiva 97/81, sobre trabajo a tiempo parcial, y el recurso de casación anterior contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, se retiraron por la UEAPME, porque era condición suspensiva para que el *Acuerdo de Cooperación interempresarial* de 4 de diciembre de 1999, firmado por los Presidentes de UNICE y de UEAPME, tuviera efectividad.

El debate central de estas recusaciones se encontraba en la *suficiente representatividad*. La Comisión ya había indicado en la COM (1998) 322 final (Bruselas, 20 de mayo de 1998), de *Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria*, que, a veces de presentar al Consejo cualquier propuesta legislativa por la que se aplicara un acuerdo, llevaba a cabo una evaluación en la que examinaba el grado de representatividad de las partes contractuales, su mandato y la legalidad de cada cláusula del convenio colectivo con respecto al derecho comunitario, así como con las disposiciones concernientes a las pequeñas y medianas empresas —(según el procedimiento fijado en los puntos 38 a 42 de la Comunicación de 1993 [COM (93) 600 final])—. La Comisión no presentaría una propuesta legislativa que otorgara carácter vinculante al acuerdo si las partes signatarias no fueran suficientemente representativas en relación con el alcance de dicho acuerdo (la representatividad de las partes se evaluará individualmente por la Comisión en cada uno de los acuerdos que se le presenten).

Como se ha indicado, en el Acuerdo no se delimitaban las organizaciones de interlocutores sociales llamadas a participar en el diálogo social a escala comunitaria, esto ha ocasionado problemas de medición de la representatividad, especialmente en la parte de las organizaciones empresariales. En su Comunicación relativa a la aplicación del Protocolo sobre la Política Social, la Comisión estableció unos criterios para regular la cuestión primordial de determinar las organizaciones que podían ser consideradas como interlocutores sociales a efectos de la consulta a escala comunitaria y se elaboró una lista de las organizaciones sociales que satisfacían tales criterios, tomando como base de estudio para la representatividad el realizado en colaboración con los Estados miembros. El resultado fue que, además de las principales organizaciones interprofesionales (UNICE, CEEP y CES), en la lista original de 28 figuran organizaciones europeas que representan a categorías de trabajadores o de empresas específicas (como UEAPME o CEC), así como una serie de organizaciones sectoriales de empresarios (por ejemplo, de los ámbitos de la distribución, la banca, los seguros y los transportes). No obstante, la Comisión mantiene su política de consulta amplia a todas las organizaciones europeas (o, en su caso, nacionales) que puedan verse afectadas por la política social. La Comisión

sión también consulta a organizaciones que no están representadas en la mayoría de los Estados miembros y que quedaron excluidas de la lista adjunta a la Comunicación de la Comisión de 1993. En la actualidad se están reexaminando los criterios establecidos y, en consecuencia, la actualización de las organizaciones europeas que deben consultarse a nivel interprofesional y sectorial.

14. El listado que formó la Comisión en 1993 fue el siguiente ⁽⁸⁾:

- 1.º Organizaciones interprofesionales de carácter general (*General cross-industry organizations*): UNICE, CEEP y CES.
- 2.º Organizaciones interprofesionales que representan a determinadas categorías de trabajadores o de empresas: UEAPME-EUROPMI (*Comité mixto de diálogo social*), CEC y Eurocadres.
- 3.º Organizaciones sectoriales específicas: EUROCHAMBRES.
- 4.º Organizaciones sectoriales no afiliadas al plan interprofesional (*sectoral organizations*).
- 5.º Organizaciones europeas de industria afiliadas a la CES (Federaciones Sindicales Europeas).

Todas estas organizaciones respondían globalmente a los criterios determinados en el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión de diciembre de 1993:

- a) Ser interprofesionales, sectoriales o de una categoría de trabajadores; y estar organizadas a nivel europeo.
- b) Estar compuestas por organizaciones que, a su vez, formen parte integrante y reconocida de las estructuras de interlocutores sociales de los Estados miembros.
- c) Tener capacidad de negociar acuerdos y ser representativas en todos los Estados miembros.
- d) Además, disponer de estructuras adecuadas que garanticen su participación efectiva en el proceso de consultas previsto en el Acuerdo (*organizaciones adecuadas*).

Al mismo tiempo, la Comisión reconoció que se había adquirido una experiencia sustancial en el diálogo social establecido entre la UNICE, el CEEP y la CES, porque son federaciones formadas por organizaciones que a su

(8) Anexo 2 de la Comunicación relativa a la aplicación del Protocolo de Política Social, presentada por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo [COM (93) 600 final, de 14 de diciembre de 1993], adaptada según los criterios expuestos por la Comisión en el apartado 24, de acuerdo con los resultados periódicos del estudio sobre la representatividad y conforme al artículo 3 del Acuerdo sobre la Política Social. La actualización de esta ordenación de organizaciones europeas puede consultarse en la *Comunicación de la Comisión*, 1998 (anexo 1.º).

vez tienen la finalidad de representar los intereses de sus propias asociaciones patronales o sindicales, tanto en el contexto de negociaciones entre ellas, como en el de consultas con la Comisión.

15. Ante la ausencia de una regulación comunitaria propia de la legitimación para negociar convenios colectivos sectoriales y acuerdos marco, los *Euro-attori* se han reconocido mutuamente capacidad para negociar tomando como referencia las experiencias legislativas y los mecanismos de negociación previstos en los Estados. En cualquier caso, la falta de una regulación específica no ha impedido: 1.º) El reconocimiento por parte de las instituciones comunitarias del importante papel de los actores sociales en determinados ámbitos (Resolución del Consejo sobre el pacto europeo para el empleo de 1999); 2.º) La negociación de acuerdos colectivos europeos sectoriales desde el principio de autonomía y reconocimiento mutuo (como podemos de manifiesto la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST)⁽⁹⁾; 3.º) La eliminación de obstáculos de organización interna en las relaciones entre los propios interlocutores sociales, mediante acuerdos de cooperación que han ayudado a superar los problemas de representatividad cuando más de una organización profesional goza de dicha «*representatividad acumulada o suficiente*» («*Acuerdo de Cooperación*» de 4 de diciembre de 1999, firmado entre los Presidentes de la Unión de Confederaciones de Industria de la Comunidad Europea —UNICE— y la Unión Europea del Artesanado y de las Pequeñas y Medianas Empresas —UEAPME—, para ordenar sus relaciones internas en cuanto organizaciones representativas de los empresarios privados a nivel europeo).

16. El reconocimiento mutuo se requiere para el inicio de la negociación colectiva, y esta es la razón de ser donde se sostiene la legitimidad de los sujetos negociadores y la aplicación *erga omnes* de lo negociado. La prioridad y primacía de la autonomía colectiva significa que la Comisión no puede intervenir en las negociaciones ni en la libre elección del socio negociador, son los interlocutores sociales quienes han de decidir quién se sienta a la mesa de negociación y quiénes han de llegar a los compromisos necesarios. El reconocimiento del papel de los interlocutores sociales en el Tratado de Maastricht se realiza a dos niveles: nacional (el Estado miembro les puede confiar la puesta

(9) El diálogo sectorial es el más cercano a la base y el mejor capacitado para anticipar los cambios. «Sin embargo, su potencial como marco de la actuación conjunta y de la negociación de acuerdos no está ni mucho menos explotado al máximo. El Acuerdo marco para la mejora del empleo asalariado en la agricultura de los Estados miembros de la Unión Europea es un buen ejemplo reciente de lo que puede conseguirse cuando ese potencial se aprovecha totalmente» (sic.) [COM (1998) 3 22 fin al].

en práctica de Directivas) y comunitario (el procedimiento de consulta puede conducir a una negociación si los interlocutores sociales lo desean. El respeto al derecho de cualquier interlocutor social a elegir con quién quiere negociar es un elemento clave de la autonomía de los interlocutores sociales. Durante la consulta en curso de la Comisión, son los interlocutores sociales quienes deciden si emprenden o no un proceso de negociación. «La apertura de las negociaciones está por completo en manos de los interlocutores sociales y el proceso de negociación se basa sobre principios de autonomía y reconocimiento mutuo de las partes negociadoras» [COM (1998) 322 final]. *Whether an organisation possesses the status of a negotiator is a question of fact* ⁽¹⁰⁾.

17. En el Protocolo de Maastricht quedaron explícitamente fuera de las competencias, las remuneraciones y los derechos de asociación y sindicación, de huelga y el despido (artículo 2, apartado 6). Así también, en el apartado 6 del artículo 137 del TCE se recogen las materias excluidas de la intervención comunitaria: remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal. Sin embargo, es competencia comunitaria «la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios» (artículo 2.3 del APS —artículo 137.3 del TCE—). En este sentido, no resulta descabellado pensar que la solución pase por la supresión del susodicho apartado sexto del artículo 137.

En definitiva, a falta de legislación comunitaria es la propia autonomía de los interlocutores sociales quien se reconoce la capacidad representativa. De esta forma, la contratación colectiva se fortalece por los mismos protagonistas, se evita la intervención judicial para de terminar la efectiva identidad de los suficientemente representativos y se salva la escasa articulación del sindicalismo y de las organizaciones empresariales en el ámbito comunitario.

5. LA PERMANENCIA DE LOS DESAFÍOS AL MOVIMIENTO SINDICAL

18. Hoy se puede constatar que los históricos desafíos al movimiento sindical permanecen. El proceso de integración europea ha provocado que la toma de decisiones en todos los ámbitos se haya desplazado del nivel nacional. El único medio de recobrar la capacidad de los sindicatos para influir en la toma de decisiones políticas y en el comportamiento empresarial es crear un contrapeso sindical a nivel europeo, con el fin de ejercer la influencia necesaria sobre los empleadores y los decisores políticos. Esta concienciación y entendimiento dieron lugar a la creación de la CES en 1973 y, actualmente, en el contexto del mercado único y de la UEM, son incluso más relevantes (*Resolución General de Política Sindical del IX Congreso Estatutario*).

(10) «Judgment of the Court of First Instance of 17 June 1998», para. 33, UEAPME v Council of the European Union, Case T-135/96 (*European Court Reports*, 1998, page II-2335).

Las estrategias utilizadas por los actores sociales procurarán influir en las políticas sociales de la Unión Europea para que respeten los intereses de sus organizaciones afiliadas. El Tratado de Ámsterdam, mediante la integración del Protocolo Social y el derecho de codecisión del Parlamento Europeo en los ámbitos importantes de la política social, ofreció una mejor base de acción para extender la dimensión social europea. Los intereses interprofesionales de los trabajadores de la Unión Europea han sido recogidas por la CES en la *Resolución General de Política Sindical* y en la *Resolución Específica: Hacia un sistema europeo de relaciones laborales*, aprobadas ambas por el IX Congreso Estatutario de Helsinki. La CES ha evolucionado continuamente desde su fundación hace más de 25 años. Para afrontar los nuevos desafíos derivados del proceso de integración europea debe incrementar su eficacia y fortalecer su papel de *Euro-actor*. Esto supone una doble vía de actuación de la Confederación: a) en relación con las Instituciones Europeas y b) de cara a las organizaciones de empresarios. En el primer sentido, se requerirá una mayor capacidad de influir en el proceso legislativo a nivel europeo y en la toma de decisiones de todas las instituciones de la UE, Banco Central Europeo incluido. Se necesitan también mayores progresos en las relaciones con el Parlamento Europeo, tanto directamente, como por la vía de la cooperación permanente con el Inter-grupo Parlamento-Sindicatos. En lo que concierne a las relaciones con los empleadores, el diálogo social europeo, especialmente en su dimensión negociadora, continúa siendo fundamental. La Confederación tiene una responsabilidad a nivel intersectorial y las Federaciones europeas a nivel sectorial. La dimensión sectorial será esencial para la coordinación de la negociación colectiva. La CES será competente de la coordinación global, facilitando el marco necesario que garantice la coherencia general del proceso. Con este fin se creará un Comité de la CES para la coordinación de la negociación. Si en 1991 los agentes sociales europeos fueron capaces de negociar un acuerdo sobre diálogo social, que posteriormente se incluyó en el Protocolo Social de Maastricht, la CES cree que es necesario un nuevo acuerdo con la UNICE y el CEEP para establecer las reglas para nuevos avances que permitan el pleno aprovechamiento del potencial del diálogo social y que allane el camino para el establecimiento de un sistema de relaciones industriales europeo.

En especial, en el contexto de la cooperación transfronteriza, la Confederación apoya el trabajo de los Consejos Sindicales Interregionales y coordina sus actividades. Los CSIs, por su naturaleza y función, constituyen zonas de experimentación y aplicación práctica para políticas sindicales integradas dentro de una perspectiva europea (tomado del apartado IX: *Afrontar los nuevos desafíos, Resolución General de Política Sindical, IX Congreso Estatutario*). Debe resaltarse que la posición tradicionalmente secundaria de las organizaciones sectoriales europeas ha cambiado y que en los años 90 se ha reforzado de manera significativa el poder de las federaciones industriales europeas. Al mismo tiempo, se observa un cierto cambio de tendencia en la configuración del poder de negociación a nivel comunitario, ya que desde su VII Congreso la CES tiene reconocido un poder negocial. A partir del VIII Congreso/1995 las

federaciones sectoriales pasaron a disponer de un derecho de voto, especialmente en lo referido a la aprobación de acuerdos colectivos comunitarios. Además, es reciente el compromiso de las organizaciones nacionales con la Confederación.

19. El camino que la CES ha diseñado en su último Congreso se mueve en torno a tres áreas de actuación:

1. El aprovechamiento del papel complementario del diálogo social mediante acuerdos marco europeos, con el apoyo a las organizaciones afiliadas en su negociación colectiva nacional.
2. El desarrollo de un sistema europeo de relaciones laborales basado en el reconocimiento mutuo e independencia de los *Euro-attori* (a falta de una normativa comunitaria no hay otra solución).
3. La definición de una Carta de mutuo reconocimiento interno de la afiliación sindical entre las organizaciones miembros de la CES.

Sólo queda que las asociaciones de empleadores también se adhieran a estas mismas políticas y estrategias, lo que evitaría que en su propio ámbito organizativo se suscitaran problemas de identidad representativa y dotaría de fluidez a las expectativas abiertas por la nueva concepción del diálogo social.

20. A las conclusiones propias anunciadas en el último Congreso de la CES, es conveniente añadir dos:

- a) La necesidad de una determinación de los criterios de representatividad de los agentes sociales por vía normativa comunitaria o, en su defecto, por vía convencional.
- b) La exigencia de una mayor claridad en la estructura interna de las federaciones europeas, para que se encuentren legitimadas en la defensa de los intereses de las organizaciones afiliadas y, de esta forma, se pueda conceder eficacia jurídica a los acuerdos alcanzados por el diálogo social y a los convenios colectivos de cualquier tipo, logrados mediante la negociación colectiva comunitaria; así, los mandatarios sindicales y empresariales podrán responder mejor a las demandas de sus representados.

La Comisión se ha fijado tres objetivos para promover y mejorar la eficacia del diálogo social: un diálogo social más abierto, un diálogo más efectivo entre las instituciones europeas y los interlocutores sociales, y el desarrollo de una negociación colectiva real a nivel europeo. La consecución de esta triple finalidad concederá valor jurídico a las comunicaciones de la Comisión de 1993 y 1998. Se requiere, además, un diálogo activo entre la empresa y los empleados, que dé lugar a objetivos compartidos y compromisos prácticos, razón de ser del diálogo social. En realidad, en la estructura de la negociación colectiva, es decisivo el papel de la contratación de centro de trabajo y de

grupo (que representa una unidad estratégica significativa de la política industrial), así como la necesidad de repensar la vieja idea de la contratación de sector. La intervención sindical debe producirse en ambos niveles, general y de empresa. Esto no se contraviene con la estrategia sindical de la CES de evitar cualquier tendencia hacia la creación de «sindicatos de empresa», que debe ser eficazmente combatida mediante el estímulo del diálogo social con las organizaciones de empleadores a nivel sectorial o entre la dirección, los sindicatos y los Comités de Empresa Europeos; con todo, la política de la negociación colectiva debe seguir siendo responsabilidad de los sindicatos, estos a nivel nacional o europeo deberán crear estructuras de negociación sectorial.

Todo ello presupone que los interlocutores sociales a nivel europeo cuentan con el apoyo real de sus miembros, que les confieren el mandato de negociar acuerdos a nivel europeo y les exigen el compromiso de efectuar el seguimiento de los mismos [COM (1998) 322 final].

6. CONCLUSIONES

Primera: la representatividad real. A falta de que los interlocutores sociales europeos puedan obtener tal condición con fundamento en la ley (*representación legal*), la *representatividad real* debe encontrar suficiente justificación según unos criterios previamente fijados por quienes después se van a reconocer bilateralmente como válidas partes contratantes para firmar acuerdos o convenios colectivos. De cara al diálogo social, para poder acreditar capacidad representativa, importa una representatividad suficiente. Si bien, para desempeñar las funciones de la contratación colectiva en sentido estricto debe acumularse a aquélla una representatividad selectiva según unos criterios legales comparativos de medición previamente delimitados y, ausentes estos, el mutuo reconocimiento de los firmantes salva el vacío legal; pero, al tiempo, la técnica mencionada conlleva la lógica consecuencia de que el resultado positivo fruto de la negociación adquiere la eficacia propia de los sistemas contractuales privatistas. En ellos son típicas las disputas intersindicales o interpatronales relativas al ejercicio del poder contractual. Buen ejemplo de lo dicho fue el conflicto interpatronal UEAPME / UNICE sobre la medición de la representatividad como puente de plata para alcanzar un puesto en la mesa negociadora, salvado finalmente con un acuerdo privado de cooperación interempresarial que respeta la autonomía de ambas organizaciones. Esta original fórmula reforzó los éxitos negociadores alcanzados entre CES, UNICE y UEAPME. En otras ocasiones se ha conseguido crear un clima adecuado para promocionar el diálogo social, como la declaración conjunta de la CES y la UEAPME: *The social dialogue as a tool to meet the economic and social challenges of Small Enterprises* (16 de mayo de 2001). En este caso el acuerdo promocional tiene la virtualidad de que se ha firmado entre negociadores que no se sitúan en el mismo polo.

En definitiva, a falta de presupuestos legales estrictos (regulación directa) sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos, no debe

preocupar en exceso que éstos hayan encontrado en el reconocimiento mutuo la principal regla de legitimación. Lo determinante es que se pueda exigir un deber de negociar y que efectivamente se negocie. Tras el APS no se deja a la negociación colectiva abandonada a su suerte (reconocimiento mutuo, fuerza interna de cada organización y poder contractual para obligar), sino que se desarrolla un amplio reconocimiento de la autonomía colectiva. De cualquier modo, la firma de un acuerdo marco con un catálogo de criterios esenciales sobre la representatividad a nivel europeo, *ex ante* del mutuo reconocimiento, permitiría al canzar más fácilmente la legitimidad suficiente para negociar. Hasta entonces ahí están los enumerados por la Comisión para la apertura del diálogo social; o los propios de cada Estado miembro, que a su vez se trasladan al ámbito interno de las organizaciones sociales europeas, y son también suficientes para entablar negociaciones colectivas europeas bajo el paraguas del reconocimiento mutuo (*representatividad real*).

Segunda: la posición «ganada» de los interlocutores sociales. La intervención de las instituciones comunitarias —Comisión y Consejo— otorga eficacia general al convenio colectivo de origen interprofesional o sectorial, cohonestando un doble juego de intereses inmanentes: a) de los agentes sociales, que salvan los problemas de representatividad y eficacia gracias a la decisión del Consejo; b) del Consejo que se asegura una producción normativa sin contestación por parte de aquellos a los que se dirige, pues estuvieron socialmente representados como colectivo en su elaboración; además, se puede contar con la colaboración de los destinatarios para la correcta aplicación de la Directiva por cada Estado miembro. Nos encontramos ante una verdadera coordinación para legislar. Incluso, si el método empleado para receptionar la Directiva es la práctica se guida en los Estados miembros, estos tendrán también las ventajas de una segura, correcta y efectiva *incorporación concertada* de la Directiva, porque las organizaciones de trabajadores y empresarios nacionales respetarán los acuerdos alcanzados por sus federaciones o confederaciones a nivel europeo ⁽¹¹⁾.

El *iter* hasta la aprobación de la norma se inicia gracias al deber de fomentar el diálogo social por parte de la Comisión, que primero lleva a la negociación colectiva —permitiendo abrir un proceso de negociación conducente a la

(11) En la Declaración número 27 adjunta al TUE, añadida por el Tratado de Ámsterdam (1997), «Declaración sobre el apartado 2 del artículo 139 del TCE (Convenios Colectivos)», se manifiesta que: «Las Altas Partes Contratantes declaran que la primera modalidad de aplicación de los acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria —a la que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 139 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea— consistirá en desarrollar el contenido de dichos acuerdos mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, y que, por consiguiente, dicha modalidad no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución».

consecución de un acuerdo entre los interlocutores sociales— y si hay resultado positivo, a su vez, puede finalizar en una decisión del Consejo, que habrá sido adoptada a propuesta de la Comisión con la intermediación preceptiva y vinculante de los agentes sociales. La conclusión es que se ha producido un verdadero proceso de legislación pactada y deseada por todas las partes intervenientes.

En buena medida, si la Comisión inició el mecanismo previsto por la norma no puede desestimar el ofrecimiento que le hagan los firmantes del acuerdo. Si la doble condicional se cumple: 1.º) De diálogo social a negociación colectiva; 2.º) De contratación colectiva a formalización de un convenio o acuerdo; 3.º) La consecuencia es que sí estamos ante un proceso real de *concertación social reglada* (el acuerdo termina en una decisión normativa del Consejo).

En otro orden, la libertad de negociar que tienen reconocida los interlocutores sociales (artículo 139.1) se extiende más allá de los hitos materiales marcados por el propio Tratado, en tanto que, a pesar de la enumeración de materias excluidas de la intervención comunitaria (artículo 137.6) y de que para otras se requiera la regla de la unanimidad (artículo 137.3) o de la mayoría cualificada, lo cierto es que en el nuevo Tratado el balance de poder entre la Comisión y las fuerzas sociales se ha desequilibrado considerablemente en favor de estas últimas. Es claro que la negociación colectiva europea, en cuanto tal, no conoce límites materiales y puede llegar, incluso, a las áreas sociales excluidas. En el artículo 4 del APS se permite la conclusión de convenios colectivos de contenido libre. Si los interlocutores sociales europeos entraran a negociar sobre las materias del artículo 137.6 del TCE, podrán llegar donde le está vedado a la Comisión. Estarán ejercitando así una alternativa normativa por vía convencional que sólo será posible a iniciativa propia.

Tercera: la creación de un espacio común de contratación colectiva europea. El Tratado de Maastricht abrió el camino para el reconocimiento institucional de la negociación colectiva. Si se parte de la neta diferencia entre diálogo social y negociación colectiva, significar que aquél aparece identificado en el artículo 138 del TCE y el estricto reconocimiento del derecho a la negociación colectiva europea y alcanzar acuerdos o convenios colectivos europeos descansa en el apartado primero del artículo 139 del TCE que es la apoyatura legal para la creación de un *espacio europeo de contratación colectiva*.

ANEXO VI

V. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (III)

**“The inclusion of the European Collective Agreement as
one of the sources of Community Social Law”**

*Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and
European Integration*
(editor BLANPAIN, R.)

Kluwer Law International, Great Britain, 2003, pp. 381-390.
ISBN: 90-411-2010-6.

A C.I.P. Catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

ISBN 90-411-2010-6

Published by:

Kluwer Law International
P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands
sales@kluwerlaw.com
<http://www.kluwerlaw.com>

Sold and Distributed in North, Central and South America by:

Aspen Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle, Frederick, MD 21704, USA

Sold and distributed in all other countries
by Turpin Distribution Services Limited
Blackhorse Road, Leitchworth, Herts.,
SG6 1HN, United Kingdom

Printed on acid-free paper
All Rights Reserved
© 2003 Kluwer Law International
Kluwer Law International incorporates
the imprint of Martinus Nijhoff Publishers.

No part of this work may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, microfilming, recording, or otherwise, without written permission from the Publisher, with the exception of any material supplied specifically for the purpose of being entered and executed on a computer system, for exclusive use by the purchaser of the work.

Printed and bound in Great Britain by Antony Rowe Limited.

17. The Inclusion of the European Collective Agreement as one of the Sources of Community Social Law, Spain

Laurentino Dueñas Herrero

I. NORMATIVE POWER SHARING

The Social Policy Agreement transformed social dialogue into an objective of Community social policy (Arts. 1 and 3) and recognised collective bargaining as a source of Community social law (Art. 4), at the same time as national collective bargaining was allowed for the transposition of Community Directives adopted within the framework of the Agreement itself (Art. 2.4). Currently, the progress of the Community Social Policy has been halted as a result of the implementation of the new Title XI of the Amsterdam Treaty (1997) which incorporates the former Title VIII of the European Community Treaty and includes the Social Agreement annexed to the Protocol XIV of the Maastricht Treaty (1992). ‘Under the terms of the Maastricht Treaty, the “voluntarist” Social Dialogue brought the social partners together to secure EU-wide framework agreements in labour and social affairs’ (Kauppinen, 2001). Nice Treaty (2001, for which the European Union Treaty and the constitutive Treaties of the European Communities have been modified) reorganises and modifies precepts of this Title: for example, Article 137 and the second paragraph of Section 2 of Article 139.

The result has been the establishment of a new normative power sharing between the social partners, the Member States and the Commission. The power of the social partners is such that, in spite of the lack of participation of the European Parliament in the adoption of the legislative act (Arts. 3(4) and 4 of the Agreement on Social Policy), ‘the principle of democracy on which the Union is founded requires – in the absence of the participation of the European Parliament in the legislative process – that the participation of the people be otherwise assured, in this instance through the parties representative of management and labour concluding the agreement which is endowed by the Council, acting in a qualified majority, on a proposal from the Commission, with a legislative foundation at Community level’ (Judgment of the Court of First Instance of the European Communities of 17 June 1998). While although

*R. Blanpain (ed.),
Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration, 381–390.
© 2003 Kluwer Law International. Printed in Great Britain.*

CHAPTER 17

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

in the Maastricht Treaty some important gaps were filled with regard to collective bargaining, one of the numerous question marks which remained in Article 3 SPA was the definition of the European worker and undertaking organisations which have the status of 'social partners at the community level'. As we shall see in this paper, in the absence of European Community legislation, it is the autonomy itself of the social parties which recognises their own representative capacity. It is the social partners who are to decide who sits at the negotiating table and it is up to them to come to the necessary compromises. The recognition of the role of the social players in the Treaty of Maastricht is seen at two levels: national (the member State can designate to them the implementation of Directives) and Community (consultation can proceed to negotiation if the social partners so desire). 'Respecting the right of any social partner to elect with whom he wishes to negotiate is a key element in the autonomy of the social players.' During a consultation within the Commission, it is the social partners who decide if they wish to proceed to negotiation or not. 'The opening of negotiations is completely in the hands of the social partners and the negotiation process is based on the principles of autonomy and mutual recognition of the negotiating parties' (COM 1998, 322 final). 'Whether an organisation possesses the status of a negotiator is a question of fact' (Judgment of the Court of First Instance of 17 June 1998, para. 33, *UEAPME v Council of the European Union*, Case T-135/96 (European Court Reports 1998 page II-2335)).

The Agreement annexed to the Social Protocol, signed initially by eleven of the Member States, reinforced the role of the social partners in three areas:

1. The inner collective bargaining was empowered to apply Community directives adopted within the framework of the Agreement itself (Arts. 2(4) y 4(2)).
2. The obligation to encourage the consultation of social partners before adoption of Community actions in social matters was introduced (Art. 3).
3. Collective bargaining at the Community level was admitted as a result of the dialogue between the social partners (Art. 4).

II. THE IMPLEMENTATION OF DIRECTIVES BY NATIONAL COLLECTIVE BARGAINING (THE SPANISH CASE)

The conventional implementation of the Directives is purely a law of remission to the domestic laws of the Member States in which the latter have the possibility, within certain limits, to refer the implementation of the social Directives to collective bargaining. For the moment, the precept contemplates a possibility and not an obligation (Pérez de los Cobos, 1994). This provision does not confer on the social players at the national level a right to transpose Directives by means of a contractual activity. It is the responsibility of each State to decide, in specific cases, whether the implementation of the directive will be consigned to collective bargaining or not: a decision which, moreover, requires a joint initiative on the part of the contracting parties (Valdés, 1997).

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

CHAPTER 17

The fact that in the last resort the designee is the State and that a transpositive co-responsibility with the social agents of each country does not exist – in the case of nonfulfilment – means that one could also champion the idea of widening the possibility of negotiated transposition to the Directives, whose promulgation has followed the classic route of the community legislative procedure (Valdés, 2001 and Dueñas, 2001).

The negotiation of these types of agreements in each Member State will be entrusted to the social players and it will be possible to implement them based on the minimum provisions and specific guidelines established by the European Council. The legal efficacy of the application agreements of the Directives will be dependent upon the corresponding legal systems in each country (González-Posada, 1997). In Spain the transposition can be carried out by means of a cross-industry agreement for specific matters as foreseen in Article 83.3 of the Estatuto de los Trabajadores. Thus, the most representative trade union and employers' organisations can incorporate the Directive into our domestic system. 'The conventional transposition of Community Directives, although desirable, has never taken place up to now in our law, perhaps due to a lack of habit on the part of our social partners. Of course, it shouldn't be ruled out and it would be very advisable in the future' (extracted from Motivation 3 of Law 10/1997, 24 April), which transposes the Directive 94/45/CE into the Spanish legal system. This silence of the social players has been described as incoherent because the European legislature has associated the social players with their normative functions, thus consenting to the transposition of the Directives to the national rights via the bargaining channel.

In a large number of Member States collective bargaining has become the typical instrument of transposition. In Spain, however, which is the only State in the European Union whose law system confers upon the collective agreement a normative legal effectiveness as well as a general personal effectiveness, the social agents have refused the offer made on the part of the government to negotiate: an attitude which contrasts with its confessed desire to strengthen the normative powers of negotiation (Valdés, 2000).

The acceptance by the domestic systems may lead to a phase of legal transposition, which may be followed by another stage of transposition by collective bargaining, which remains a formula for saving the necessity of incorporating into the internal system of any Directive subject to a maximum date of transposition. This is how the operation of transposition into our internal system of Directive 1999/70/CE has been understood with regard to the framework agreement of the ETUC, UNICE and the CEEP concerning Fixed-Term work which leads to a phase of legal transposition, carried out by the RDL 5/2001, which will be followed by another phase of transposition by collective bargaining, in accordance with the contents of the European Framework Agreement which have to be incorporated into the Spanish Domestic System (Rodríguez-Piñero, Valdés and Casas, 2001). This Framework Agreement also calls for collective bargaining in other areas, 'including the European sector as well as the general level' in order to adapt and

CHAPTER 17

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

complement their dispositions so that they take into account the specific necessities of the social partners affected (Casas, 1999).

III. THE DUTY TO CONSULT IN FAVOUR OF THE SOCIAL PLAYERS BEFORE THE ADOPTION OF COMMUNITY MEASURES IN SOCIAL QUESTIONS (*MODUS OPERANDI* OF NEGOTIATED LEGISLATION IN SPAIN)

A prior framework agreement may be the origin of a Directive, or expressed in other words, the primary source of a European Community law is the fruit of a process or phenomenon of negotiated or agreed legislation. The duty of the Commission embraces a double function: first, an orientation meeting and, afterwards, a contents meeting. The Agreement confirmed – previously introduced in Article 118 A of the Single Act – the fundamental role of the social partners in putting into practice the social policy aspects at the community level. This new generation of 'bargained directives' (also named as 'agreement-based laws') which management and labour have built up in the 1990s will be very useful in the light of the EU enlargement (Biagi, 2001).

The spirit of the *alleanza per il lavoro*, which emerged from the Chapter on employment in the Treaty of Amsterdam, is based on the logic of the tripartism and has been widely tried and tested in many European countries. 'Il tripartitismo dovrebbe essere concepito dalle parti sociali come un metodo per operare in stretta collaborazioni, condividendo grandi responsabilità con le istituzioni pubbliche' (Biagi, 1999). With a procedure similar to that foreseen in Articles 3 and 4 of the Maastricht Agreement on Social Policy (presently Articles 138 and 139 of the consolidated version of the Constitutive Treaty of the EC) a large number of Social Pacts have been signed at the national level (see appended chart).

The conventional origin of a pact Directive is visible in the structure, the participation of the signatories to the framework Agreement in the solution of the conflicts provoked by its interpretation and, with respect to its validity, because they are the signatory parties – and not the Commission – who have to review the application of the framework Agreement five years after the date of the Council decision should one of the parties request it. All these characteristics have been highlighted with respect to the Council Directive 996/34/CE, 3 June 1996, relating to the framework Agreement concerning parental leave adopted by UNICE, CEEP and ETUC (Casas, 1996).

The prior consultation of the social parties constitutes a true legal duty on the part of the Commission and the social parties have the possibility of blocking or conditioning the legislative initiative of the Commission and decide to regulate the issue on which the consultation procedure was developed with a collective bargain (D'Antona, 1998). The trade union assumes a para-legislative function and the social parties act entirely legitimately as *soggetti politici*; a type of reciprocal intervention of functions takes place (Sciarra, 1984).

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

CHAPTER 17

The Italian experience of the ‘confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale’ constitutes ‘uno straordinario successo della politica di concertazione, e nello stesso tempo una latente erosione della capacità dei suoi principali attori di rappresentare effettivamente gli interessi a nome dei quali prendono la parola’ (D’Antona, 1998). In the Italian system of labour relations it may be observed that cyclically it produces the ‘trasposizione nella legge di contenuti già sperimentati dalle parti sociali, perché fatti oggetto di contrattazione collettiva’ (Sciarrà, 1984).

In Spain, by means of the RD-L 8/1997, regarding urgent measures for the improvement of the job market and the encouragement of unfixed contracts, the Interfederal Agreement for Stability in Employment was incorporated into the Normative. On 9 May 1997 the most representative of the trade union and enterprise’ organisations in the state sphere, and in the framework of social dialogue, addressed themselves to the government by means of a joint communication to inform them that they had reached an Interfederal Agreement for Stability in Employment. This was a clear manifestation of the social agreement, which expresses a formally bilateral content (signed by workers’ and employers’ organisations), with a third party, the government, which agreed to take steps to implement the proposals presented to them (Rodríguez-Piñero, 1997).

In this way, the social agents, firstly, demonstrated that the working of the job market was not the most adequate basis for the building of a model for stable labour relations, given that it prejudiced both the companies as well as the workers and, secondly, they proposed to the public powers a series of measures with which they hoped to contribute to the competitiveness of the companies, the improvement of employment and the reduction of temporary work and the rotation of job contracting (as expressed in the Preamble to Law 63/1997, 26 December), regarding urgent measures for the improvement of the job market and the encouragement of fixed contracts (BOE, 30 December).

The successive legal reforms in Spain in 1994, 1997 and 1998 were preceded in some cases by social dialogue and reflected, in others, their result. A co-operative parity was achieved and, where agreement was obtained, the coincidence of opinion crystallised into what became known as social pacts (Rodríguez-Piñero, Valdés and Casas, 2001). The negotiated legislation or negotiated law (or better still agreement-based laws), presents enormous complexity. The characteristic feature of this category of laws resides in incorporating into the national system law the content of previous agreements drawn up between the public powers and organisations which represent the interests of the workers and employers or between the former and some of the latter. The phenomenon of negotiated legislation constitutes the normative procedure of synthesis in which are merged the two historical channels for legalising social relations: political sovereignty and private autonomy (Valdés, 1997).

In the 1990s there occurred a revival of macro-agreements or neo-corporative relations between governments and social partners in some European countries, in contrast to the presence of instability and the economic

CHAPTER 17

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

crises of the 1970s and 1980s. The political development of agreements marked a triangle of corporate decision making, which varied according to the level of corporatism, very or little dominated by the state, whether more or less decentralised. Nevertheless, in some European countries the tendency has been toward decentralisation inverted (see, for example, the multi-triangular scheme presented by Kauppinen (1999) which shows the distinct corporative relations in the process of adaptation to the Economic and Monetary Union at the level of the European Union).

The practice of the *legislazione contrattata* is present in many countries, but in no ordinance of the Member States has the social dialogue acquired a responsibility in the legislative process as it has at the European level where the social parties are assigned an almost legislative role, 'visto che l'implementazione dell'accordo potrebbe poi essere rifiutata dal Consiglio solo quando ritenuta contraria alle leggi comunitarie (quindi solo in circostanze estreme)' (Biagi, 1999).

Without doubt, the most tangible proof of that legislazione negoziata a livello europeo is found in the historic agreement of 31 October 1991 signed by ETUC, UNICE and CEEP, promoted by the *ad hoc* group for social dialogue and adopted in its entirety in the Social Policy Agreement (Sciarra, 1992). Whatever the case, at a time in which the social agreement at the global level had entered in crisis at the national level, the Social Policy Agreement opted for neo-corporative formulas at the European Community level, although possibly due to the deficit of the heteronomous community norms with respect to social matters (Rodríguez-Piñero, 1992). The problem of this corporatist model of legislation ('bargained directives' on Parental Leave, on Part-Time-Work and on Fixed-Term-Contracts) is that the social partners simply do not have the legitimacy for such a far-reaching competence as is granted to them by the Treaty. This lack of legitimacy is becoming more and more serious in view of the falling rate of unionisation and affiliation in employers' associations (Weiss, 2001).

IV. LEGAL PROBLEMS FOR RECOGNITION OF COLLECTIVE BARGAINING AT THE COMMUNITY LEVEL

The Maastricht Agreement on Social Policy has promoted collective bargaining at the community level, although without defining the legal statute of the European Collective Agreement, in contrast to the majority of the national systems where there exists a legal statute for the collective agreement. In this way, the European collective agreement will be a variable dependent upon the capacity and powers of the representative social players at the European level (Rodríguez-Piñero, 1992). Less questionable is the employment of particular methods of collective bargaining in order to legitimise the exercise of the normative powers by the governments of each Member State, because initially they have already regulated the formal recognition of those who may

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

CHAPTER 17

be the national social partners which are authorised to negotiate bilateral or trilateral agreements.

Dialogue in the community sphere may lead to the establishment of 'contractual relations, including agreements' (Art. 139(1), ex Art. 118b, TEC). Nevertheless, the regulation which was made in Article 4 SPA was full of omissions because it passed from the recognition of bargaining, 'including agreements', to the application of those agreements; and left the essential problems unresolved: those of who negotiates (the legitimate parties), for whom do we negotiate (bargaining units) and what is negotiated (negotiable matters), although this latter point is indirectly regulated (Aparicio, 1994).

Social dialogue is not an objective *per se* but rather is transformed into a means or instrument at the service of collective bargaining on the European stage. In view of the fact that no structured rules exit to govern this bargaining process, the following unresolved legal problems continue to claim our attention (Valdés, 1997):

1. the identification of the subjects for negotiation;
2. the effectiveness of the European agreements and
3. the setting of the levels at which contractual deals can be undertaken.

From the overall evaluation of the institutional framework described above we can deduce the strengthening of the social partners' role. The problem at the community level resides in the fact that the reinforcement of the social dialogue, although in the institutional sphere the power of the social players may increase, means that other institutions lose importance: firstly, the Commission, which notably presents fewer and fewer proposals, and secondly, the reinforcement of the social intermediaries involves a retreat on the part of the European Parliament, which remains absent both in the initiating phase as well as at the negotiating and decision taking stage. To a certain extent, the representatives of political power are unloading their responsibility for European social issues, principally if not exclusively, on to the different social partners (Pochet and Degryse, 2001). The correct balance between a minimum legislation on a European scale and the conventional behaviour may be the most appropriate path for strengthening the organisation and cohesion of the social aspects of Europe (Rojo, 1993).

The lack of regulation over the degree of representativity of the social players at the Community level (sufficient or insufficient representativeness), involves some problems of legitimacy in the law of collective bargaining, which will only be resolved by mutual recognition of the parties who decide to initiate the process of negotiation. The determining factor is that a duty to negotiate can be demanded and that negotiations in fact take place. For want of other normative criteria at the European level, the mutual recognition (real representativeness), the internal strength of each organisation and the contractual power to impel, may be sufficient to initiate collective bargaining.

The confederated leadership of the trade unions should follow a dual strategy: on the one hand, the obtention of ways of social agreement at the top; and on the other, vindictive actions more in tune with market reactions and the negotiating counterpart, and less specifically institutionalised. Trade union

CHAPTER 17

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

intervention should take place at both levels, in general and in the work place, if they want to move towards the objective of control of changes and innovations in the work place (Treu, 1985).

V. CONCLUSIONS

The Collective Agreement should be inserted as a source of 'labour law of the European Union'. In Europe this path has been initiated, with the recognition of the important role which social partners play, at three levels:

- (a) at the national, for the putting into practice of Directives when a Member State allows it;
- (b) at the Community level, given that in the SPA a consultation procedure was introduced for social partners which may lead, if the latter so desire, to collective bargaining which ends in an agreement. Nevertheless, one cannot ignore the issue of representativeness of the social actors, since they have been offered a quasi-legislative role which exceeds their traditional function (Biagi, 2001);
- (c) sectorial collective bargaining is a common practice, but it only produces collective agreements in exceptional cases, in two sectors: agriculture and shipping, that are heavily dependent on EU support (Treu, 2001).

On the EU sectoral level there are 25 social dialogue forums set in the EU with numerous secretariat. This will mean that sectoral social dialogue on industrial relations in the EU will intensify in the future. A new form of corporatism, EU sectoral corporatism, is emerging (Kauppinen, 2001).

The active involvement of the European social players in the creation and application of Community Social Law has opened up many possibilities for collective bargaining at the European level (Dueñas, 2001). The process of supporting coordinated collective bargaining throughout the European Union has to be accompanied and facilitated by a legal framework which regulates freedom of association in a transnational context, in particular transnational industrial action. Therefore: the text of the Amsterdam Treaty has to be amended as soon as possible and the abolition of Article 137 paragraph 6 of the Amsterdam Treaty is an indispensable and urgent request (Weiss, 2001). Although the different national systems still maintain their own characteristics, collective bargaining is an essential phenomenon and industrial relations are becoming more and more 'europeanised' (Biagi, 2001).

BIBLIOGRAPHY

- Aparicio Tovar, J.: '¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 68, 1994.
- Biagi, M.: 'The 'Quality' Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission', in BIAGI, M. (ed.),

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

CHAPTER 17

- Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission, The Netherlands, 2001.
- Biagi, M.: 'Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla partnership', *Diritto delle relazioni industriali*, n.º 1, 1999.
- Biagi, M.: 'Le relazioni industriali nell'Unione Europea', *Diritto delle relazioni industriali*, 1997, n.º 3.
- Casas Baamonde, M.^a E.: 'El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario', *Relaciones Laborales*, n.º 22, 1999.
- Casas Baamonde, M.^a E.: 'Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental', *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1996.
- D'Antona, M.: 'Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?', *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, n.º 2, 1998.
- Dueñas Herrero, L.: *Los interlocutores sociales europeos*, Valencia, 2002.
- Dueñas Herrero, L.: 'The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations', in Biagi, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.
- González-Posada, E.: 'Las reformas en el Derecho del Trabajo. El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la Directiva 97/81/CE', in Dueñas Herrero, L. (dir.): *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales/1998*, Valladolid, 1999.
- González-Posada, E.: 'Flexibilidad laboral y precariedad en el empleo: el Acuerdo para la estabilidad en el empleo', in VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997.
- González-Posada, E.: 'Diálogo social y negociación colectiva en el Derecho comunitario', in García Murcia, J. (ed.): *Las relaciones de trabajo en España. Cambios y tendencias recientes*, Oviedo, 1997.
- Kauppinen, T.: 'Industrial Relations at National Level: Comments on the Commission Report on Industrial Relations in Europe 2000', in Biagi, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.
- Kauppinen, T.: 'La negociación colectiva en las relaciones industriales de la Europa de la Unión Monetaria', in AA. VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 1999.
- Pérez de los Cobos Orihuela, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994.
- Pochet, P. y Degryse, C.: 'Diálogo social europeo: los instrumentos y los actores', ejemplar mimeografiado presentado para las XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2001.

CHAPTER 17

EUROPEAN COLLECTIVE AGREEMENT, SPAIN

- Rodríguez-Piñero, M.: 'La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo', *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1997.
- Rodríguez-Piñero, M.: 'La negociación colectiva europea hasta Maastricht', *Relaciones Laborales*, n.º 18, 1992.
- Rodríguez-Piñero, M.: 'La negociación colectiva europea tras Maastricht', *Relaciones Laborales*, n.º 19, 1992.
- Rodríguez-Piñero, M., Valdés, F. y Casas, M. & E.: 'La reforma del mercado de trabajo "para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", *Relaciones Laborales*, n.º 7, 2001.
- Rojo Torrecilla, E., 'En busca de la concertación social en Europa', *Relaciones Laborales*, n.º 13, 1993.
- Sciarra, S.: 'Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva', *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 56, 1992-4.
- Sciarra, S.: 'Soggetti, competenze e livelli della contrattazione collectiva', *Democrazia e Diritto*, n.º 4, 1984.
- Treu, T.: 'The European Social Dimension: Problems and Perspectives', in Biagi, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.
- Treu, T.: 'Relaciones laborales ¿declinar inevitable?', *Relaciones Laborales*, 1985-tomo I.
- Valdés Dal-Ré, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, 2001.
- Valdés Dal-Ré, F.: 'Negociación colectiva y sistemas de relaciones laborales: modelos teóricos y objetos y métodos de investigación', *Relaciones Laborales*, n.º 21, 2000.
- Valdés Dal-Ré, F.: 'Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual', *Relaciones Laborales*, n.º 17, 2000.
- Valdés Dal-Ré, F.: 'La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada', *Relaciones Laborales*, n.º 21, 1997.
- Valdés Dal-Ré, F.: 'Legislación negociada y concertación social: una aproximación', *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1997.
- Weiss, M.: 'Perspectives for European Labour Law and Industrial Relations', in Biagi, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.

ANEXO VII

V. LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO (III)

**“The inclusion of the European Collective Agreement
as one of the sources of Community Social Law”**

**Versión en castellano: “La inserción del convenio
colectivo europeo entre las fuentes del Derecho Social
Comunitario”**

Información Laboral, Lex Nova, nº 23, 2002, pp. 5-16.

ISSN: 0214-6045.

Estudios

Estudios y colaboraciones

LA INSERCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EUROPEO ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO (*)

Laurentino Dueñas Herrero

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de Valladolid - Campus de Palencia*

SUMARIO

-
- I. INTRODUCCIÓN: EL REPARTO DEL PODER NORMATIVO.
 - II. LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERNA (EL CASO ESPAÑOL).
 - III. EL DEBER DE CONSULTA A FAVOR DE LOS ACTORES SOCIALES ANTES DE LA ADOPCIÓN DE ACCIONES COMUNITARIAS EN MATERIA SOCIAL (EL *MODUS OPERANDI* DE LA LEY NEGOCIADA EN ESPAÑA).
 - IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA A NIVEL COMUNITARIO.
 - V. CONCLUSIÓN.
 - VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

(*) El presente ensayo ha sido aceptado para su defensa en el *VII European Regional Congress - International Society for Labour Law and Social Security*, que se celebró en Estocolmo del día 4 al día 6 de septiembre. Su versión en inglés puede encontrarse en la página web: <http://www.labourlaw2002>.

I. INTRODUCCIÓN: EL REPARTO DEL PODER NORMATIVO

El Acuerdo de Política Social anexo al Protocolo Social de Maastricht convirtió al diálogo social en un objetivo de la política social comunitaria (artículos 1.^º y 3.^º) y reconoció a la negociación colectiva como fuente del Derecho social comunitario (artículo 4.^º), al tiempo que se habilitó a la negociación colectiva interna para la transposición de Directivas comunitarias adoptadas en el marco del propio Acuerdo (artículo 2.^º 4). Actualmente, el avance en la Política Social Comunitaria se ha cerrado al entrar en vigor el nuevo Título XI del Tratado de Amsterdam, que recoge el antiguo Título VIII del Tratado de la Comunidad Europea e incluye el Acuerdo Social anexo al Protocolo XIV del Tratado de Maastricht. El Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DOCE 2001/C 80/01), reorganiza y modifica preceptos de este Título, por ejemplo, el artículo 137 y el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139.

El resultado ha sido el establecimiento de un nuevo reparto del poder normativo entre los actores sociales, los Estados y la Comisión. El poder de los interlocutores sociales es tal, que a falta de participación del Parlamento Europeo en el proceso de adopción de un acto legislativo (artículos 3.^º 4 y 4.^º del Acuerdo sobre Política Social), el cumplimiento del principio de democracia requiere “que la participación de los pueblos en dicho proceso se garantice de forma alternativa, en este caso a través de los interlocutores sociales que celebraron el Acuerdo...” (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 1998).

Si bien, aunque en Maastricht se cubrieron algunos huecos importantes en materia de negociación colectiva, uno de los numerosos interrogantes que dejó abiertos el artículo 3.^º Acuerdo sobre Política Social es la indefinición de las organizaciones sindicales y empresariales que tienen la condición de “interlocutores sociales a nivel comunitario”. Como se verá en este ensayo, a falta de legislación comunitaria, es la autonomía de las partes sociales quien se reconoce la capacidad representativa. Los propios interlocutores sociales deciden quién se sienta en la mesa de negociación y quiénes pueden asumir los compromisos necesarios (principio del reconocimiento mutuo para el inicio de la negociación colectiva). En Maastricht, el rol de los interlocutores sociales se realizó a dos niveles: nacional (el Estado miembro les puede confiar la puesta en práctica de Directivas) y comunitario (el procedimiento de consulta puede conducir a una negociación si los interlocutores sociales lo desean). En este último nivel, el respeto al derecho de cualquier interlocutor social a elegir con quién quiere negociar es el elemento clave. Durante la consulta en curso de la Comisión, son los agentes sociales europeos quienes deciden si emprenden o no un proceso de negociación. La apertura de las negociaciones está por completo en sus manos y el proceso de negociación se basa sobre los principios de autonomía y el reconocimiento mutuo de las partes negociadoras [COM (1998) 322 final]. Que una organización posea el estatus de negociador es una cuestión de hecho (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 1998).

El Acuerdo anexo al Protocolo Social, firmado inicialmente por once de los Estados miembros, reforzó el papel de los interlocutores sociales en tres vertientes: 1.^a Habilitó a la negociación colectiva interna para la transposición de Directivas comunitarias adoptadas en el marco del propio Acuerdo (artículos 2.^º 4 y 4.^º 2). 2.^a Introdujo el deber de fomentar la consulta en favor de los actores sociales antes de la adopción de acciones comunitarias en materia social (artículo 3.^º). 3.^a Reconoció la contratación colectiva a nivel comunitario como resultado del diálogo entre los interlocutores sociales (artículo 4.^º).

II. LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERNA (EL CASO ESPAÑOL)

La transposición convencional de las Directivas es en puridad una norma de reenvío (remisión) al Derecho interno de los Estados miembros, en la que se abre a éstos con ciertos límites la posibilidad de remitir a la negociación colectiva la ejecución de las Directivas sociales. Por lo pronto, el precepto contempla una posibilidad y no una obligación (PÉREZ DE LOS COBOS, 1994). Esta habilitación no confiere a los interlocutores sociales a nivel nacional un derecho de transponer Directivas mediante la actividad contractual, corresponde a cada Estado decidir, en el caso concreto, si la ejecución de la Directiva va o no a encomendarse a la negociación colectiva, decisión ésta que, adicionalmente, requiere una iniciativa conjunta de los agentes contractuales (VALDÉS, 1997). El hecho de que el último destinatario sea el Estado y de que no exista una *corresponsabilidad transpositiva* con los agentes sociales de cada país, caso de incumplimiento, permite abogar por la idea de ampliar la posibilidad de transposición negociada también a las Directivas cuya promulgación haya seguido el itinerario clásico del procedimiento legislativo comunitario (VALDÉS, 2001 y DUEÑAS, 2002).

La negociación de este tipo de acuerdos en cada Estado miembro será confiado a los interlocutores sociales y podrá hacerse sobre las disposiciones mínimas y directrices concretas establecidas por el Consejo. La eficacia jurídica de los convenios de aplicación de Directivas será, en cada uno de los Estados, la que dicte el ordenamiento jurídico correspondiente (GONZALEZ-POSADA, 1997). En España, la transposición puede hacerse a través de un acuerdo interprofesional para materias concretas de los previstos en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), de forma que las organizaciones sindicales y patronales más representativas pueden incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento. “La transposición convencional de Directivas comunitarias, aunque deseable no se ha producido nunca hasta el momento en nuestro Derecho, quizás por falta de hábito de nuestros interlocutores sociales. Debe de luego, no debe descartarse, y sería muy aconsejable para el futuro” [tomado de la Exposición de Motivos 3, de la Ley 10/1997, de 24 de abril (BOE de 25 de abril de 1997), sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 94/45/CE]. Este *silencio de los interlocutores sociales* ha sido calificado de *falta de coherencia* porque el legislador europeo ha asociado a los interlocutores sociales a su función normativa, consintiendo la transposición de las Directivas a los derechos internos mediante el cauce negocial.

En buen número de países miembros la negociación colectiva se ha convertido en el instrumento típico de transposición. En España, sin embargo, que es el único Estado de la Unión Europea cuyo ordenamiento atribuye al Convenio Colectivo, negociado conforme a las reglas del Título III del Estatuto de los Trabajadores, una eficacia jurídica normativa y una eficacia personal general, los agentes sociales han rehusado la oferta de negociar efectuada por el Gobierno; actitud ésta que contrasta con su confesada voluntad de reforzar el poder normativo negocial (VALDÉS, 2000).

La aceptación por los ordenamientos internos puede desdoblarse en una fase de transposición legal, a la que puede seguir otra de transposición por la negociación colec-

“El acuerdo de Política Social de Maastricht convirtió al diálogo social en un objetivo de la política comunitaria y reconoció a la negociación colectiva como fuente del Derecho social comunitario.”

tiva, lo que no deja de ser una fórmula de salvar la necesidad de incorporación al ordenamiento interno de cualquier Directiva sometida a fecha máxima de transposición. Así se ha entendido la operación de transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES/ETUC, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que se desdobra en una fase de transposición legal, efectuada por el Real Decreto-Ley 5/2001, a la que seguirá otra de transposición por la negociación colectiva, atendiendo a los contenidos del Acuerdo Marco europeo que han de incorporarse al ordenamiento interno español (RODRÍGUEZ-PIÑERO, VALDÉS y CASAS, 2001). Este Acuerdo Marco llama también a la negociación colectiva de otros ámbitos, “incluido el nivel europeo” sectorial e incluso general, para adaptar o complementar sus disposiciones de manera que tengan en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados (CASAS, 1999).

III. EL DEBER DE CONSULTA EN FAVOR DE LOS ACTORES SOCIALES ANTES DE LA ADOPCIÓN DE ACCIONES COMUNITARIAS EN MATERIA SOCIAL (EL *MODUS OPERANDI* DE LA LEY NEGOCIADA EN ESPAÑA)

Un Acuerdo Marco previo puede ser el origen de una Directiva o, expresado en otros términos, la fuente primaria del derecho comunitario es fruto de un proceso o fenómeno de *legislación negociada o concertada*. El deber de la Comisión comprende una doble actuación: primero, una consulta de orientación y, después, una consulta de contenido. El Acuerdo confirmó el reconocimiento —ya introducido por el artículo 118.B) del Acta Única— del papel fundamental de los interlocutores sociales en la puesta en práctica de la dimensión social a escala comunitaria. Esta nueva generación de “directivas negociadas” (“bargained directives”, también llamadas “agreement-based laws”) que los agentes sociales europeos firmaron en la década de los noventa pueden ser muy útiles en el proceso de ampliación de la Unión Europea (BIAGI, 2001).

El espíritu de la *alleanza per il lavoro*, que emergió del Capítulo sobre el empleo del Tratado de Amsterdam, se basa en la lógica del *tripartismo*, y ha sido ampliamente experimentado en muchos países europeos. “Il tripartitismo dovrebbe essere concepito dalle parti sociali come un metodo per operare in stretta collaborazioni, condividendo grandi responsabilità con le istituzioni pubbliche” (BIAGI, 1999). Con un procedimiento similar al previsto en los artículos 3.^º y 4.^º del Acuerdo sobre Política Social de Maastricht (actuales artículos 138 y 139 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la CE) se han firmado un gran número de Pactos Sociales a nivel nacional. (Véase el Cuadro del Anexo.)

El origen convencional de una Directiva pactada es visible en la estructura, en la participación de los firmantes del Acuerdo Marco en la solución de los conflictos provocados por su interpretación y, en cuanto a su vigencia, porque son las partes firmantes —y no la Comisión— las que deben revisar la aplicación del Acuerdo Marco a los cinco años desde la fecha de la decisión del Consejo, si una de ellas lo pide. Todas estas características han sido destacadas respecto a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES/ETUC (CASAS, 1996).

La consulta previa a las partes sociales constituye un verdadero deber jurídico de la Comisión y las partes sociales tienen la posibilidad de bloquear o condicionar la iniciativa legislativa de la Comisión, y decidir regular con un contrato colectivo la materia sobre la que se desarrolló el procedimiento de consulta (D'ANTONA, 1998). El sindicato asu-

Estudios y colaboraciones

me una función *paralegislativa* y las partes sociales actúan plenamente legitimadas como *soggetti politici*. Se produce una suerte de *injerencia recíproca* de funciones (SCIARRA, 1984).

La experiencia italiana de la *confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale* registra “uno straordinario successo della politica di concertazione, e nello stesso tempo una latente erosione della capacità dei suoi principali attori di rappresentare effettivamente gli interessi a nome dei quali prendono la parola” (D'ANTONA, 1998). En el sistema italiano de relaciones laborales se puede advertir que cíclicamente se produce la “trasposizione nella legge di contenuti già sperimentati dalle parti sociali, perché fatti oggetto di contrattazione colectiva” (SCIARRA, 1984).

En España, mediante el Real Decreto-Ley 8/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, se incorporó a la normativa el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo. El día 9 de mayo de 1997, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal, y en el marco del diálogo social, se dirigieron al Gobierno mediante una comunicación conjunta para dar cuenta de que habían alcanzado un Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo. Este pacto social es una clara manifestación de la concertación social y expresa un contenido formalmente bilateral (firmado por representantes de trabajadores y empresarios) con un tercer destinatario, el Gobierno, que aceptó dar trámite a las propuestas ante él presentadas (RODRÍGUEZ-PINERO, 1997).

De esta forma, los agentes sociales constataron, primeramente, que el funcionamiento del mercado laboral no resultaba el más adecuado para basar sobre él un modelo de relaciones laborales estable, ya que perjudicaba tanto a las empresas como a los trabajadores y, en segundo lugar, propusieron a los Poderes Públicos una serie de medidas con las que pretendían contribuir a la competitividad de las empresas, a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación de la contratación laboral (así se expresa en la Introducción de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE del 30).

Las sucesivas reformas legales españolas de 1994, 1997 y 1998 fueron precedidas, en unos casos, del diálogo social y reflejaron, en otros, su resultado. Se logra una *cooperación paritaria*, y en caso de acuerdo, la coincidencia de pareceres cristaliza en pactos que se denominan *sociales* (RODRÍGUEZ-PINERO, VALDÉS y CASAS, 2001). La *legislación negociada o ley negociada* (*ley pactada*, en definitiva), presenta una extraordinaria complejidad. La característica de esta modalidad de leyes reside en incorporar al derecho estatal el contenido de acuerdos previos celebrados entre poderes públicos y organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios o entre aquéllos y alguna de estas organizaciones. El fenómeno de la legislación negociada constituye el procedimiento normativo de síntesis en el que se funden los dos cauces históricos de juridificación de las relaciones sociales: soberanía política y autonomía privada (VALDÉS, 1997).

“Una de las cuestiones que dejó sin aclarar el Tratado de Maastricht fue la indefinición de las organizaciones sindicales y empresariales que tienen la condición de interlocutores sociales a nivel comunitario.”

Revista Información Laboral-Legislación y Convenios

En los años 90 se produjo un resurgimiento de la macroconcertación o relaciones neocorporativas entre los gobiernos y los interlocutores sociales de algunos países europeos, en contraposición con su inestabilidad y crisis en las décadas de los 70 y 80. El desarrollo político de la concertación marca un triángulo de toma corporativa de decisiones, que varía según el nivel de corporacionismo, muy o poco dominado por el Estado, o más o menos descentralizado. No obstante, en algunos países europeos se ha invertido la tendencia hacia la descentralización. [Véase, como ejemplo, el esquema multitriangular que presenta KAUPPINEN (1999) para mostrar las distintas relaciones corporativas en el proceso de adaptación a la Unión Económica y Monetaria, a nivel de la Unión Europea.]

La práctica de la *legislazione contrattata* está presente en muchos países, pero en ningún ordenamiento de los Estados miembros el diálogo social ha adquirido una responsabilidad en el proceso legislativo como tiene a nivel europeo, donde se asigna a las partes sociales un rol casi legislativo, “visto che l’implementazione dell’accordo potrebbe poi essere rifiutata dal Consiglio solo quando ritenuta contraria alle leggi comunitarie (quindi solo in circostanze estreme)” (BIAGI, 1999).

Sin duda, la prueba más palpable de esa *legislazione negoziata a livello europeo* se encuentra en el histórico acuerdo de 31 de octubre de 1991, firmado por la CES/ETUC, la UNICE y el CEEP, promovido por el grupo *ad hoc* para el diálogo social y asumido en su integridad por el Acuerdo sobre la Política Social (SCIARRA, 1992). De cualquier forma, en un momento en que la concertación social de forma global había entrado en crisis a nivel nacional, el Acuerdo sobre Política Social apostó por fórmulas neocorporativistas a nivel de la Comunidad aunque posiblemente por el déficit o la dificultad del juego de las normas comunitarias heterónomas en materia social (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992). El problema de este modelo corporatista de legislación (“bargained directives” on Parental Leave, on Part-Time-Work and on Fixed-Term-Contracts) consiste en que los interlocutores sociales no tienen legitimación para una competencia de tal alcance como les concedió el Tratado. Esta ausencia de legitimación es cada vez mayor ante la caída de afiliación en las asociaciones empresariales (WEISS, 2001).

IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA A NIVEL COMUNITARIO

El Acuerdo de Política Social de Maastricht ha privilegiado la fuente negocial a nivel comunitario, aunque sin definir el estatuto jurídico del acuerdo o Convenio Colectivo europeo, a diferencia de la mayor parte de los sistemas nacionales donde existe un estatuto legal para el Convenio Colectivo. De este modo, el Convenio Colectivo europeo será una variable dependiente de la capacidad y poderes de los actores sociales representativos a nivel europeo (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1992). Menos cuestionable es el empleo de métodos propios de la negociación colectiva para legitimar el ejercicio de los poderes normativos por los Gobiernos de cada Estado miembro, porque ya inicialmente tienen regulado el reconocimiento formal de quiénes pueden ser los interlocutores sociales nacionales que están legitimados para negociar acuerdos bilaterales o trilaterales.

El diálogo en el ámbito comunitario podrá conducir al establecimiento de “relaciones convencionales, acuerdos incluidos” [*contractual relations, including agreements, article 139(1), ex article 118.b, TEC*]. No obstante, la regulación que se hacía en el ar-

Estudios y colaboraciones

título 4.^º del Acuerdo sobre Política Social estaba llena de ausencias porque se pasaba del reconocimiento de la negociación, “acuerdos incluidos”, a la aplicación de esos acuerdos y, además, dejó sin resolver los problemas esenciales de *quién negocia* (partes legitimadas), *para quién se negocia* (unidades de negociación) y *qué se negocia* (materia negocial), aunque este último punto indirectamente está regulado (APARICIO, 1994).

El diálogo social no es un objetivo en sí mismo y se transforma en un medio o instrumento al servicio de la negociación colectiva de dimensión europea. Al no existir unas reglas estructuradoras de dicha negociación colectiva, los problemas jurídicos no resueltos que siguen brillando con luz propia son (VALDÉS, 1997): 1.^º la identificación de los sujetos negociadores, 2.^º la eficacia de los acuerdos europeos y 3.^º la determinación de los niveles en los que se pueden emprender tratos contractuales.

De una valoración de conjunto del marco institucional antes descrito se deduce el reforzamiento del papel de los interlocutores sociales. El problema a nivel comunitario reside en que el refuerzo del diálogo social, aunque en el plano institucional aumente el poder de los interlocutores sociales, hace que otras instituciones pierdan protagonismo; primero, la Comisión, de la que se puede subrayar que cada vez presenta menos propuestas y, en segundo lugar, el refuerzo de los intermediarios sociales está suponiendo una retirada del Parlamento Europeo, ausente tanto en la fase de iniciativa como en la de negociación y de decisión. En cierta medida, los representantes del poder político se descargan de la responsabilidad de la Europa social, confiándola principalmente, si no exclusivamente, a los interlocutores sociales (POCHET y DEGRYSE, 2001). La justa combinación entre una legislación mínima a escala europea y la actuación convencional puede ser el camino más válido para ir vertebrando la Europa social (ROJO, 1993).

La falta de regulación de la representatividad de los actores sociales a nivel comunitario (suficiente o deficiente representatividad), conlleva unos problemas de titularidad en el derecho de negociación colectiva que sólo se resolverán por la vía del reconocimiento mutuo de las partes que decidan iniciar el proceso de negociación. Lo determinante es que se pueda exigir un deber de negociar y que efectivamente se negocie. A falta de otros criterios normativos a escala europea, el reconocimiento mutuo (*representatividad real*), la fuerza interna de cada organización y el poder contractual para obligar pueden ser suficientes para entablar negociaciones colectivas.

Las direcciones confederadas de los sindicatos deben realizar una doble estrategia: por un lado, la consecución de formas de concertación social en la cúspide; de otro, unas actuaciones más impregnadas de cultura reivindicativa, más expuestas a las reacciones del mercado y de la contraparte y menos sólidamente institucionalizadas. La intervención sindical debe producirse en ambos niveles, general y de empresa, si quiere caminar hacia el objetivo de control de las transformaciones productivas (TREU, 1985).

“La consulta previa a las partes sociales constituye un verdadero deber jurídico de la Comisión y las partes sociales tienen la posibilidad de bloquear o condicionar la iniciativa de ésta (D'ANTONA).”

V. CONCLUSIÓN

El Convenio Colectivo debe insertarse en el sistema de fuentes de los ordenamientos sociales. El camino en Europa ya se ha iniciado con el reconocimiento del importante papel que protagonizan los interlocutores sociales a tres niveles:

- A) Nacional, para la puesta en práctica de Directivas porque un Estado miembro se lo confía.
- B) A escala comunitaria, puesto que en el Acuerdo sobre Política Social se introdujo un procedimiento de consulta de los interlocutores sociales que puede conducir si estos lo desean a una negociación que finalice en convenio [COM (93) 600 final, apartado 6, *Las Contribuciones del Tratado de Maastricht*]. Sin embargo, nadie puede ignorar que la falta de representatividad de los actores sociales, desde que se les ha ofrecido un rol cuasilegislativo, excede su función tradicional (BIAGI, 2001).
- C) Sectorial europeo. Aunque la negociación colectiva sectorial es una práctica común, sólo ha producido convenios colectivos en casos excepcionales, en dos sectores: agricultura y comercio (TREU, 2001). En el nivel sectorial de la Unión Europea hay 25 foros abiertos de diálogo social con numerosos secretariados. Esto significa que el diálogo social sectorial de las relaciones industriales en la Unión Europea se intensificará en el futuro. Una nueva forma de corporativismo, el *EU sectoral corporatism*, está emergiendo (KAUPPINEN, 2001).

El protagonismo de los interlocutores sociales europeos en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario ha abierto amplias posibilidades a la contratación colectiva a nivel europeo (DUEÑAS, 2001). El proceso de apoyo coordinado a la negociación colectiva por parte de la Unión Europea tiene que estar acompañado y facilitarse por un marco legal que regule la libertad de asociación en un contexto transnacional, en particular de acción industrial transnacional. Por tanto, el texto del Tratado de Amsterdam tiene que ser modificado tan pronto como sea posible y la “abolición” del apartado 6 del artículo 137 del Tratado de Amsterdam es un indispensable y urgente requisito (WEISS, 2001). Aunque los diferentes sistemas nacionales todavía conservan sus propios rasgos, la negociación colectiva es un fenómeno vital y las relaciones industriales están cada vez más y más “europeizadas” (BIAGI, 2001).

Estudios y colaboraciones

ANEXO

| Social pacts in the Member States: the key stages in the 1990s | | | | | | | | | | |
|--|---|------|--|--|--|-----------------------------|--|--|---|-----------------------------------|
| Country | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 |
| Belgium | | | | Global plan | | | Pact for the future | | Intersectoral agreement | |
| | | | | | | | New law on competitiveness | | | |
| Denmark | | | | | | No pact | | | | Ongoing debate on social security |
| Germany | | | | | | Alliance for jobs | | | Reopening of discussions on a pact for employment | |
| Greece | | | | | | | Towards the year 2000 (dropped) | | | |
| Spain | | | | Social pact | | | Toledo pact on the future of social security | (*) | Agreement on part-time contracts | |
| France | No pact; no institutional consultation: importance of social partners in social security reform | | | | | | | | | |
| Ireland ^(**) | Programme for economic and social progress | | | | Programme for competitiveness and work | | | "Partnership 2000" for inclusion, employment and competitiveness Debate on renewal of the pact | | |
| Italy | | | Agreement on abolition of the scala mobile | Ciampi Protocol | | Agreement on pension reform | Pact for employment | Social pact for growth and employment | | |
| Luxembourg | | | | | | | | Tripartite agreement based on the NAP | Amendment of 26 laws following the 1998 agreement | |
| Netherlands ^(***) | | | | A new course: agenda for collective bargaining in 1994 | | | | Agenda 2002 | | |
| Austria | No pact; institutional tripartism | | | | | | | | | |

Revista Información Laboral-Legislación y Convenios

| Social pacts in the Member States: the key stages in the 1990s | | | | | | | | |
|--|---|--|--|--|---|--|-------------------|--------------------------|
| Portugal | | | | | Short-term agreement not signed by the CGTP | Agreement on strategic consultation | Europact (failed) | |
| Finland | | | | | Social pact | Social contract Renegotiations in progress | | |
| Sweden (****) | | | | | | Attempt to achieve wage standard (failed) | | Pact for growth (failed) |
| United Kingdom | No pact; abandonment of centralised collective bargaining | | | | | | | |

- Este gráfico está tomado de un estudio llevado a cabo por el *European Social Observatory: The social pacts in Europe*.

(*) No se recogen los Acuerdos Interconfederales de 1997.

(**) National recovery programme signed in 1987.

(***) Wassenaar Agreement signed in 1982.

(****) No pact; institutional tripartism.

VI. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

APARICIO TOVAR, J.: “¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 68, 1994.

BIAGI, M.: “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.

- “Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla *partnership*”, en *Diritto delle relazioni industriali*, n.º 1, 1999.
- “Le relazioni industriali nell’Unione Europea”, en *Diritto delle relazioni industriali*, 1997, n.º 3.

CASAS BAAMONDE, M.ª E.: “El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario”, en *Relaciones Laborales*, n.º 22, 1999.

- “Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental”, en *Relaciones Laborales*, n.º 24, 1996.

D’ANTONA, M.: “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, en *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, n.º 2, 1998.

Estudios y colaboraciones

DUEÑAS HERRERO, L.: *Los interlocutores sociales europeos*, Valencia, 2002.

- “The main position of social partners for the establishment of a European System of Industrial Relations”, en BIAGI, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.
- “La posición preferente de los interlocutores sociales en la creación y aplicación del Derecho Social Comunitario”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo / Trabajo y protección social en Europa*, n.º 2, 2001.

GONZÁLEZ-POSADA, E.: “Las reformas en el Derecho del Trabajo. El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la Directiva 97/81/CE”, en DUEÑAS HERRERO, L. (dir.): *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales/1998*, Valladolid, 1999.

- “Flexibilidad laboral y precariedad en el empleo: el Acuerdo para la estabilidad en el empleo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997.
- “Diálogo social y negociación colectiva en el Derecho comunitario”, en GARCÍA MURCIA, J. (ed.): *Las relaciones de trabajo en España. Cambios y tendencias recientes*, Oviedo, 1997.

KAUPPINEN, T.: “Industrial Relations at National Level: Comments on the Commission Report on Industrial Relations in Europe 2000”, en BIAGI, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.

- La negociación colectiva en las relaciones industriales de la Europa de la Unión Monetaria”, en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000, XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, 1999.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994.

POCHET, P. y DEGRYSE, C.: “Diálogo social europeo: los instrumentos y los actores”, ejemplar mimeografiado presentado para las *XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo”, en *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1997.

- “La negociación colectiva europea hasta Maastricht”, en *Relaciones Laborales*, n.º 18, 1992.
- “La negociación colectiva europea tras Maastricht”, en *Relaciones Laborales*, n.º 19, 1992.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS, F. y CASAS, M.ª E.: “La reforma del mercado de trabajo “para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, en *Relaciones Laborales*, n.º 7, 2001.

ROJO TORRECILLA, E.: “En busca de la concertación social en Europa”, en *Relaciones Laborales*, n.º 13, 1993.

Revista Información Laboral-Legislación y Convenios

- SCIARRA, S.: "Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva", en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 56, 1992-4.
- "Soggetti, competenze e livelli della contrattazione collettiva", en *Democrazia e Diritto*, n.º 4, 1984.
- TREU, T.: "The European Social Dimension: Problems and Perspectives", en BIAGI, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.
- "Relaciones laborales ¿declinar inevitable?", en *Relaciones Laborales*, 1985-to-mo I.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, 2001.
- "Negociación colectiva y sistemas de relaciones laborales: modelos teóricos y objetos y métodos de investigación", en *Relaciones Laborales*, n.º 21, 2000.
 - "Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual", en *Relaciones Laborales*, n.º 17, 2000.
 - "La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada", en *Relaciones Laborales*, n.º 21, 1997.
 - Legislación negociada y concertación social: una aproximación", en *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1997.
- WEISS, M.: "Perspectives for European Labour Law and Industrial Relations", en BIAGI, M. (ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, The Netherlands, 2001.

ANEXO VIII

VI. LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL (I)

“La consideración conjunta de la negociación del conflicto de trabajo”

Derecho de las Relaciones Laborales, Fancis Lefebvre, nº 3, 2015.

ISSN: 2387-1113.

LA CONSIDERACIÓN CONJUNTA DE LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO DE TRABAJO

LAURENTINO J. DUEÑAS HERRERO

Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. La regulación de la negociación del conflicto: de la anomia al desorden normativo.
 1. La situación de mendicidad jurídica.
 2. El nuevo marco normativo de la Ley 11/1994.
 3. El último trienio reformador.
- II. La mediación y el arbitraje en los sucesivos acuerdos interprofesionales estatales.
 1. El entorno institucional.
 2. La preferencia por la mediación.
- III. La necesaria imbricación entre los consensos sociales y las reformas legislativas.
- IV. Bibliografía citada.

RESUMEN

La solución alternativa ha adquirido un especial protagonismo en el sistema español de relaciones laborales. Esta nueva cultura negociadora es un envite que se lanza desde la ley para que trabajadores, empresarios y sus representantes legales, puedan acudir en cualquier momento a la mediación o al arbitraje. La futura política legislativa debe encaminarse hacia la creación de un único escenario normativo regulador, que no sea contrario al consenso logrado por los interlocutores sociales.

ABSTRACT

After the recent labour reformations, non-judiciary proceedings have gained particular prominence and have been promoted by the legislation to overcome old and new labour disputes. This new bargaining culture is an invitation which is cast from the law to social interlocutors –more eagerly in times of economic crisis- to enable both, the employers, workers and the legal representatives, at any time, for using mediation or arbitration to overcome their differences. The legislative policy option must be the creation of a single normative scenario for its regulation, which will not go against the consensus of the social partners.

Palabras clave: interlocutores sociales, negociación colectiva, convenio colectivo, conflictos laborales, procedimientos alternativos, acuerdo extrajudicial, reestructuración productiva.

Key words: *social partners, collective bargaining, collective agreement, labour disputes, alternative dispute resolution, extrajudicial agreement, productive restructuring.*

I. LA REGULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO: DE LA ANOMIA AL DESORDEN NORMATIVO

El conflicto laboral forma parte integral de los sistemas de relaciones industriales (CASALE, 2003) y la función del Derecho no es otra que dar razonable satisfacción a la necesidad que toda sociedad tiene de solventar o, al menos, de ordenar y racionalizar los conflictos que en ella surgen, debido a la estrecha vinculación entre norma jurídica y controversia (VALDÉS DAL-RÉ, 2005). El objeto principal del Derecho del Trabajo es la regulación de las relaciones entre sus protagonistas, por tanto, un conjunto de normas, pero al tiempo tiene como función la integración del conflicto industrial abriendo cauces institucionalizados para su solución (MONEREO PÉREZ, 2001). Además, esa conflictividad es un elemento de enriquecimiento y mejora de la vida social y de reforzamiento del propio orden superior, pero para ello el conflicto mismo debe integrarse e institucionalizarse (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER,

1995). Mi objetivo es profundizar –en este momento concreto- en la situación y alcance de los procedimientos de solución del conflicto: extrajudiciales, no judiciales, privados, voluntarios, autónomos o alternativos. Al desorden de su nombre no voy otorgarle mayor trascendencia, pues ninguna de las expresiones al uso puede librarse de reparos y cualquiera de ellas queda delimitada por referencia a un criterio negativo: en su solución no interviene un poder público dotado de potestad jurisdiccional. Dicho esto, no quiero desviarme de un convencimiento de inicio, el entendimiento de que su verdadera función no es otra que la de facilitar a las representaciones de trabajadores y a los empresarios o a sus asociaciones nuevas posibilidades para la continuación de un diálogo bilateral y autónomo, transitoria y pasajeramente interrumpido por la aparición de la controversia colectiva. Aunque el final no venga condicionado por ningún determinismo ideológico, adelanto la conclusión: los procedimientos no judiciales o alternativos “crean un flujo negocial estable y unas sinergias de negociación continua”, que se resume, “en lo inmediato, en el fomento de la negociación colectiva y, en el futuro más alejado, en la conversión de la propia negociación colectiva como el método de gobierno del sistema de relaciones laborales” (véase, VALDÉS DAL-RÉ, 2002, pp. 17-38).

La composición extrajudicial se produce básicamente a través de la conciliación, la mediación o el arbitraje, si bien, en este último procedimiento las partes ceden el control del conflicto planteado, porque el árbitro dirime. Los procedimientos autónomos procuran reconducir el conflicto hacia un sistema de encuentros y desencuentros inherentes a toda regulación de las condiciones de trabajo. En el ámbito de las relaciones laborales se dan cita múltiples discrepancias que pueden solucionarse por medio de la intervención de un tercero, de aquí se deduce su primera garantía, reflejo de la norma *nemo judex in causa sua*, que implica la neutralidad del tercero que interviene, que debe ser imparcial e independiente respecto a las partes (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2005). Dicho de otro modo, los mediadores han de ejercitar unas dotes de persuasión, gozar de independencia y neutralidad reconocidas, ser buenos comunicadores, ganarse la confianza de las partes y ser capaces de trasladarles con credibilidad propuestas que puedan hacer suyas (RIVERO LAMAS, 2006).

1. LA SITUACIÓN DE MENDICIDAD JURÍDICA

Podemos consensuar que la norma estatal comenzó el reconocimiento de los medios de solución extrajudicial del conflicto y el establecimiento de reglas dirigidas a encauzarlos y a respaldarlos en 1990, con la aprobación del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, que vino a promocionar el recurso a la conciliación establecida en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET, disponiéndolo expresamente en los artículos 63 y 153.1. Semejante ruptura de la conciliación administrativa se mantiene en la reforma de la legislación laboral de 1994 (GÁRATE CASTRO, 1998). Antes de esa reforma se constató que, desde un punto de vista técnico jurídico, se advertía una marcada insuficiencia de la normativa estatal sobre la materia y que surgían notables dificultades para poner en funcionamiento tales sistemas sin el correspondiente apoyo desde la ley estatal, aunque esto no presuponía la existencia de un vacío legal en sentido estricto (CRUZ VILLALÓN, 1996)¹. En este mismo sentido se ha destacado que la utilización de la negociación colectiva para diseñar instrumentos extrajudiciales de solución del conflicto, halló obstáculos como la señalada debilidad de la autonomía colectiva, la opción del Estado a favor de los procedimientos públicos de composición y el prestigio de la jurisdicción social en la aplicación e interpretación de las normas laborales. También se ha invocado que, junto al escaso poder de las partes colectivas en la administración del convenio, la misma eficacia *normativa* de los convenios colectivos concluidos con arreglo al Título III ET fue una de las causas determinantes de la preeminencia de la solución judicial de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de ellos (CASAS BAAMONDE, 1992; GÁRATE CASTRO, 1998). Y a esos frenos se sumaron algunos interrogantes sobre su negociabilidad derivados de una interpretación errónea de ciertos derechos fundamentales garantizados por el texto constitucional, tales como el

¹ Los factores determinantes de esta tradicional falta de desarrollo fueron: el fuerte intervencionismo público de origen estatal (por una fuerte incidencia de la norma laboral y por una destacada actuación de los poderes públicos); la debilidad de la autonomía colectiva; la desconfianza que suscitaban los medios privados de solución de conflictos para los principales protagonistas en esta materia: representaciones sindicales, empresariado, poder judicial y autoridad judicial; y por la insuficiencia de la normativa reguladora.

derecho de huelga y el derecho a la tutela judicial efectiva (SANTOR SALCEDO, 2006).

Los sistemas de solución alternativos al arreglo judicial tenían una serie de carencias, en gran parte hoy superadas². Parece que España había funcionado y podía funcionar con una relativa eficacia sin tales medios, sobre todo por el hecho de que el propio sistema había desarrollado medidas “compensadoras” como la concertación social o la promoción organizativa y personal de la jurisdicción social. Por tanto, un sistema como el español había demostrado que podía subsistir con cierta facilidad con una acentuada judicialización de sus conflictos laborales y con un nivel comparativamente alto de conflictividad (DEL REY GUANTER, 1992). Hasta ese momento, ni la legislación se encargó de fomentar de manera real y efectiva esos procedimientos, ni la negociación colectiva puso a punto fórmulas autónomas de solución de conflictos (VALDÉS DAL-RÉ, 1993)³. En definitiva, con anterioridad a la reforma del ET llevada a cabo por la ley 11/1994, primaba el “decisionismo judicial” y las fórmulas de solución autónoma de conflictos laborales se encontraban en una situación de “mendicidad jurídica” (VALDÉS DAL-RÉ, 2001). En realidad, no hubo exclusión de los medios privados de solución, pero el legislador se planteó el recurso a los mismos en términos permisivos y estableció algunas bases para su desarrollo a través de la negociación colectiva, pero no afrontó, en cambio, como hubiese requerido la eficaz incentivación de las soluciones privadas, ni una ordenación suficientemente completa de los cauces para llegar a éstas (GÁRATE CASTRO, 1998).

2. EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA LEY 11/1994

² A título meramente indicativo, véase GARCÍA QUIÑONES, 2005a, p. 57 y las referencias bibliográficas que allí se hacen.

³ Sin embargo, el panorama empezaba a modificarse por la aparición -en los ámbitos autonómicos de acuerdos interprofesionales y en algún convenio de ámbito sectorial- de acuerdos destinados a estimular e impulsar la solución extrajudicial de los conflictos de trabajo y por diversas iniciativas prelegislativas para regular en una dirección de fomento y promoción de la actividad conciliadora o arbitral; finalmente, también era apreciable un giro en la doctrina judicial, que -aun sin apostar por incentivarlos- había abandonado la tesis de la incompatibilidad de los medios extrajudiciales con el derecho a la tutela judicial efectiva (pp. 19-20).

Se puede decir que en la Ley 11/1994 se realiza una regulación “abierta” de los medios extrajudiciales, al no interferir ni en la regulación desarrollada por los convenios colectivos ni en la de los acuerdos interprofesionales autonómicos. No obstante, este nuevo marco normativo adolece de una serie de insuficiencias y vacíos legales, por ejemplo, es evidente la “dispersión formal” y la “desvertebración tanto formal como material”, aunque parece claro que la intención del legislador fue ofrecer una adecuada “intersección” entre negociación colectiva y sistema judicial (SESMA BASTIDA, 2004). En el curso de la tramitación parlamentaria de la reforma legislativa del ordenamiento laboral del año 1994 se introdujeron innovaciones de gran relevancia y se abrieron posibilidades para un efectivo desarrollo de los procedimientos privados de composición de los conflictos laborales⁴. Como se acaba de mencionar, un primer paso para el cambio fue el establecimiento de cuatro sistemas de ámbito autonómico de solución de conflictos laborales y la puesta en marcha de otros más, y también la propia reforma legislativa de 1994, que creó un nuevo ambiente de aceptación y favorecimiento de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, 1996).

Sin duda, la premisa básica respecto de los medios extrajudiciales de solución de los conflictos de trabajo debe ser que con su regulación se persiga el objetivo esencial de robustecer el sistema de negociación colectiva, dinamizando su funcionamiento y aumentando la eficacia de su regulación formal y sustancial de las relaciones colectivas e individuales de trabajo (DEL REY GUANTER, 1992). Dicho de un modo más concluyente, el alcance promocional de las fórmulas de solución autónoma de conflictos laborales se deduce de la ley y fue claramente reforzado desde la reforma de 1994, pero llega más lejos, en tanto el objetivo no es otro que promocionar hasta sus últimas consecuencias el principio de autonomía colectiva de las partes sociales (VALDÉS DAL-RÉ, 1998) y su máxima institucionalización, la negociación colectiva, que cumple un

⁴ En ese momento resultaba llamativo que se hablara de flexibilidad y de normas abiertas, al mismo tiempo que se descuidaban mecanismos más flexibles y abiertos de solución de los conflictos laborales. Por lo que se refiere a los conflictos colectivos, la ausencia de mecanismos reales de solución privada propiciaba la propia debilidad de la autonomía colectiva, en la medida en que manifestaba “la incapacidad de las representaciones sindicales y empresariales para instrumentar por sí solas medios idóneos de afrontar el conflicto industrial” (CRUZ VILLALÓN, 1996, pp. 40 y ss.).

fundamental papel preventivo, en tanto es instrumental a la paz social y evita la actualización del conflicto; en consecuencia, en la medida en que los procedimientos privados de composición de conflictos contribuyen a la promoción y fortalecimiento de la negociación colectiva participan de ese papel (LANTARÓN BARQUÍN, 2003). La función preventiva se comprueba en el hecho de que evitan el enquistamiento y judicialización del conflicto, así como el *remake revanchista* por la parte vencida en la sentencia⁵. La apuesta por este doble predicamento ya se constató –referido a los países de Europa Central y Oriental- por CASALE, que consideraba esencial la existencia de un claro y transparente marco legislativo para la promoción de la negociación colectiva y la necesidad de crear normas y prácticas claras en el área delicada de la resolución de conflictos laborales, directamente relacionada con la maquinaria de negociación colectiva; y añade que la implementación de sólidos mecanismos de negociación colectiva tiene que ver más con la fortaleza y autonomía de los agentes sociales implicados que con otra cosa (CASALE, 2003).

La nueva regulación legal supuso un innegable avance sobre la situación anterior, al propiciar la ruptura del sistema de dominio hegemónico de la solución judicial e impulsar el papel de los procedimientos de solución no judicial de los conflictos laborales (CASAS BAAMONDE, 1995), pero la reforma de 1994 fracasó en su intento de proporcionar un marco jurídico garantizador a la configuración por la negociación colectiva de sistemas autónomos de solución de conflictos y a la seguridad y eficacia de sus resultados, centrándose en la orientación auxiliar de esos sistemas hacia el proceso y olvidando la función que debería haber sido predominante: el aseguramiento de su propia naturaleza y función compositiva autónoma y alternativa. Desafortunadamente, las reformas legislativas posteriores de 1997, 1998 y 2001 se movieron únicamente en la

⁵ Estos procedimientos son, al mismo tiempo, un modo de avanzar en la propia autonomía del sistema de relaciones laborales o, dicho de otro modo, un medio para promocionar la negociación colectiva (DUEÑAS HERRERO, 2001). Por ello, para la resolución de los conflictos que no quedan resueltos en el propio convenio o que surjan con posterioridad, se pueden utilizar los procedimientos autónomos, creados a través del convenio colectivo para resolver conflictos a través de la autonomía colectiva, lo que no deja de ser una manifestación más del derecho a la negociación colectiva (STC 217/1991, FJ 6º) (GRANADOS ROMERA, 2012 y RÍOS SALMERÓN, 1997). En definitiva, el valor de que la negociación colectiva sea al tiempo procedimiento de producción de normas y procedimiento de solución de conflictos radica en que, además de todo lo anterior, supone avanzar en la propia autonomía del sistema de relaciones laborales (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 1998).

lógica judicial (CASAS BAAMONDE, 2002). El impulso que se pretendió dar a los procedimientos de composición privada de los conflictos laborales también se vio frustrado porque las previsiones legales no abordaron de una manera sistemática el tratamiento legal de estos medios de solución, imprescindible al no ser aplicable al ámbito laboral la Ley de Arbitraje de 1988; déficit normativo que se aprecia especialmente en el tratamiento previsto para la impugnación jurisdiccional de los acuerdos y laudos (PEDRAJAS MORENO, 2001).

3. EL ÚLTIMO TRIENIO REFORMADOR

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que convalidó el Real Decreto-ley 10/2010, surgió ante la necesidad de introducir mecanismos de flexibilidad interna para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y favorecer la estabilidad en el empleo, para ello se habilitó la posible utilización de la mediación y el arbitraje en sustitución del obligado período de consultas para resolver los conflictos relacionados con la movilidad geográfica colectiva y la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo. Ya el “*legislador reformista*” de 2010 previó que para el caso de que el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos, incluida la salarial, concluyera con un desacuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, “los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, deberían establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de modificación y descuelgue... [y] contempló la posibilidad de que, tras el fracaso negocial, se abriera un procedimiento, bien de mediación, bien de arbitraje” (VALDÉS DALRÉ, 2012^a).

Después, en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, se estableció como contenido mínimo del convenio colectivo la previsión de procedimientos de solución de conflictos, para controversias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenios estatutarios y para el descuelgue salarial, donde se abrió la posibilidad de que pudiera preverse un arbitraje

obligatorio⁶. El Real Decreto-ley 7/2011 se aprobó sin el consenso con los agentes sociales, sin embargo, no se hizo abstracción del proceso de negociación previo desarrollado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas⁷. Atendiendo al mandato promocional del legislador, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal suscribieron el 7 de febrero de 2012 el V Acuerdo para la solución autónoma de conflictos (V ASAC). Es un acuerdo suscrito al amparo de lo señalado en el artículo 83.3 ET, sobre esta materia concreta y con eficacia directa. Lo que no deja de ser sorprendente es que el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, regulase aspectos fundamentales de la negociación colectiva pocos días después del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012 a 2014 o que se recuperen instrumentos como los laudos obligatorios, con dudas sobre su constitucionalidad, “pero sobre todo imponiéndolos” en contra del criterio establecido por CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT que poco antes habían renovado el Acuerdo Estatal sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, aprobando el nuevo ASAC (V Acuerdo), ahora denominado Acuerdo de Solución Autónoma de los Conflictos Laborales, en el que se apuesta claramente por la voluntariedad en el arbitraje como elemento de solución de los conflictos laborales (ALFONSO MELLADO, 2013). Ambos acuerdos comportaban una asunción por parte de los interlocutores sociales del nuevo marco de negociación colectiva, instaurado con la reforma de 2011, sin embargo, “la nueva reforma de 2012, ya mencionada, ha alterado una vez más las reglas del juego y, con ello, puesto en cuestión el nuevo ASAC sin darle ni siquiera tiempo para que éste venga publicado en el Boletín Oficial del Estado”

⁶ En esta norma se incorporaron fórmulas instrumentales dirigidas a la agilización del proceso negocial, como “el reforzamiento de los procedimientos de solución de las discrepancias entre las partes a través del otorgamiento de una función más protagonista a la mediación y al arbitraje, tanto en lo que afecta a los bloqueos derivados de una prolongación excesiva de la negociación del convenio, así como los paralelos desacuerdos que se puedan producir en los períodos de consultas en el marco de propuestas de modificaciones de condiciones de trabajo que afectan al contenido de lo pactado, incluidos en las mismas las relativas a los descuelgues salariales. En particular, esa voluntad de reforzamiento se aprecia que se pretende acentuar respecto del arbitraje” (CRUZ VILLALÓN, 2011).

⁷ Concretamente se tuvieron en consideración los compromisos asumidos en el tripartito Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 (ASE) y, en particular, lo establecido en el acuerdo bipartito (organizaciones sindicales y empresariales) –incluido en el ASE- sobre criterios básicos que deben informar la reforma de la negociación colectiva, en el que se contempla la suscripción de un Acuerdo Interconfederal donde se incorporarán los que pudieran alcanzarse en la materia.

(CRUZ VILLALÓN, 2012⁸). La tendencia promocional del uso de los medios extrajudiciales desde la norma –y con ello de la autonomía colectiva- se frena con la Ley 3/2012, de 6 de julio, pese a que aparentemente pudiera parecer lo contrario (MIÑARRO YANINI, 2012). Se puede afirmar que las ideas-fuerza de política legislativa que envuelven el propósito de la reforma, con la flexiseguridad como objetivo, son: el reforzamiento del poder individual del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo y la erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores, visible en las modificaciones legislativas del sistema de negociación colectiva (PALOMEQUE LÓPEZ, 2012)⁹.

Los procedimientos de mediación y arbitraje han estado en el centro de los sucesivos cambios legislativos, tanto de los referidos a la negociación colectiva como los correspondientes al régimen legal del contrato de trabajo, en concreto en los procesos de reestructuración empresarial y de la jurisdicción social (CASAS BAAMONDE, 2014). Tras las últimas reformas los medios autónomos o extrajudiciales han adquirido protagonismo en la superación de los bloqueos de negociación o en las negociaciones de los períodos de consulta. Desde esta perspectiva, el legislador ha sido muy consciente de que una solución voluntaria mediada o arbitrada es preferible a otra en la que el resultado último se obtenga a costa de la imposición de una solución sobre una de las partes (DEL REY GUANTER, 2012). En otras palabras, se ha preferido dar una solución para evitar cualquier situación de desacuerdo, de forma que en el último *trienio reformador* –Ley 35/2010, Real Decreto-ley 7/2011 y Ley 3/2012- se ha querido incentivar la utilización de los medios autónomos o extrajudiciales de solución de conflictos⁹.

⁸ La situación no deja de ser preocupante y una amenaza directa para la autonomía colectiva, precisamente cuando ya existe otra amenaza indirecta por la evolución general hacia la globalización de la economía; por eso “es importante el debido respeto a los convenios en vigor y a sus resultados, por lo que el legislador y las autoridades deben evitar intervenir en el contenido de los convenios existentes. A nivel europeo, el legislador debe poner la máxima atención en evitar medidas legislativas que directa o indirectamente obstaculicen la negociación colectiva en el ámbito nacional” (BRUUN, 2003).

⁹ Véase el estudio sobre *El impacto de la reforma laboral iniciada con la Ley 35/2010 en los sistemas de conflictos laborales pactados*, encargado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a un equipo de trabajo dirigido por ALFONSO MELLADO, 2012

Precisamente este hecho de atribución desde la ley de un papel más decisivo, es la razón por la cual se está experimentando un constante proceso de reforma de las reglas que establecen el ámbito, objeto, procedimiento y efectos de actuación tanto de la mediación como del arbitraje en este ámbito de la resolución de conflictos colectivos (CRUZ VILLALÓN, 2012^a). Las mencionadas reformas han intentado potenciar e incentivar la solución extrajudicial de los conflictos laborales mediante una regulación más precisa, en unos casos de forma expresa, en otros de forma indirecta, por ejemplo, con la intervención voluntaria u obligada de las comisiones paritarias, introduciendo algunos cambios en la legislación procesal laboral o creando un marco para que pueda extenderse la labor de los medios extrajudiciales desarrollados en los acuerdos interprofesionales estatales y autonómicos, con preferencia a otros sistemas existentes. Si es cierto que las reformas de 2010 y 2011 supusieron en conjunto una mejora considerable respecto de la situación preexistente, en ellas no se constata una convicción real del valor de los medios de solución extrajudicial, sino que su motivación fue más bien descongestionar la vía judicial y agilizar la resolución de los conflictos. La potenciación de los procedimientos de solución de discrepancias no está exenta de una enorme complejidad y no basta el impulso voluntario del legislador, por ello se ha dicho que una de las características esenciales de las reformas de 2010 y de 2011 es estar plagadas de referencias a los procedimientos de solución de conflictos colectivos habidos con ocasión de la negociación de convenios colectivos y acuerdos de empresa. Hasta el punto de que puede afirmarse que ellos constituyen una de sus señas de identidad, ya que se ha dado una vuelta de tuerca más en la materia, avanzado mucho más lejos y de manera un tanto arriesgada en relación a lo que, en su día, hizo la Ley 11/1994, pero esto se ha convertido en una “idea tan recurrente como obsesiva en el conjunto de las reformas”, así las dos reformas legales apuestan por la “externalización en el tratamiento del desacuerdo”; sin embargo, se cae en el “paroxismo del desorden” y es un “mal ejemplo de técnica legislativa” cuando se hace un tratamiento de conjunto de tales mecanismos (ESCUDERO RODRÍGUEZ, 2011)¹⁰.

¹⁰ El resultado es un auténtico jeroglífico, pues se requieren unas grandes dosis de paciencia y

Como *up supra* se ha indicado, la reforma acometida por la Ley 3/2012, supone un “retroceso camuflado” porque se trata de una “norma regresiva” también en esta materia, si bien las restricciones se han introducido por vía indirecta, reforzando los poderes de decisión unilateral del empresario en detrimento del acuerdo con los representantes de los trabajadores, en cuyo marco cobraban importante protagonismo los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos; asimismo, la agilización de los procedimientos de adopción de algunas medidas incide negativamente en las posibilidades de utilización de estos mecanismos (MIÑARRO YANINI, 2014). Se ha producido una discontinuidad que contrasta con la reforma de la legislatura precedente a 2012, donde se asignó un nuevo rol a los mecanismos de mediación y arbitraje, que experimentaron una importante alteración en su funcionalidad práctica, porque la reforma de 2012 altera otras piezas del entramado normativo de la negociación colectiva, diversas a la mediación y al arbitraje, piezas que a su vez “alteran la posición de las respectivas partes en el proceso negocial y que, por derivación, impactan sobre la virtualidad práctica de los mecanismos de solución de conflictos” (CRUZ VILLALÓN, 2012^a)¹¹.

de oficio para reconstruir el mosaico en que ha convertido la intervención legal en esta temática. El tratamiento legal de tales procedimientos parece enfrentarse a una especie de maldición, pues, desde la versión inicial del ET hace ya más de tres décadas, siempre se han caracterizado por su regulación fragmentaria, incompleta y aluvional, lo que no es, precisamente, una forma de favorecer ni la comprensión del modelo, ni su racionalidad ni la utilización de los mecanismos propios del mismo por parte de los sujetos enfrentados por un conflicto. Entiendo que esta constatación debería de ser un motivo de reflexión para el legislador y que, antes o después, se aborde esta cuestión de un modo más lógico, global y coherente” (pp. 348-350). Y esto parece una constante, pues ya se dijo de la reforma de 1994 que, aunque importante desde el punto de vista de la potenciación de tales medios, presentaba una acusada falta de rigor sistemático y que no comprendía todos los aspectos y cambios precisos para su plena integración armónica en el conjunto del ordenamiento laboral; para concluir que se estaba ante un tratamiento disperso, inacabado y que mostraba la considerable dosis de improvisación a que se vio sometido en el curso de su tramitación parlamentaria (GÁRATE CASTRO, 1998).

¹¹ El autor menciona tres precisos ejemplos que ilustran lo indicado: 1) El juego práctico y distinto de la mediación y el arbitraje en los procesos de bloqueo negocial en función de la pervivencia o decadencia de la regla de la ultraactividad. 2) El nuevo procedimiento de descuelgue de condiciones de trabajo (artículo 82.3 ET). Ahora el ASAC no es el mecanismo final contemplado por la ley, sino tan sólo uno intermedio, por cuanto se prevé la sucesiva intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que le hace “una fuerte competencia”. 3) La norma en materia de despidos colectivos, aunque mantiene la apelación a la posibilidad de acudir a los procedimientos de resolución de conflictos para superar las discrepancias durante los períodos de consultas en las reestructuraciones empresariales, cambia la posición de las partes en el escenario: antes la alternativa al desacuerdo era la remisión del asunto a la decisión de la autoridad laboral, ahora “lo es a la directa facultad empresarial de resolución de los contratos sin perjuicio de la posible reclamación en vía judicial”.

Un dato común en algunos ordenamientos jurídicos –España, Francia y Quebec- es que estas medidas alternativas están adquiriendo una importancia cada vez mayor por el desbordamiento de los procesos ante los tribunales, el declinar de la huelga como mecanismo central de conflicto, la búsqueda de una mejora del clima de las relaciones laborales dentro y fuera de la empresa, el “reular” del Estado en las relaciones laborales y el mayor papel de la autonomía individual y colectiva (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2007). En otros términos, hay una transferencia desde el Estado a los agentes sociales de la gestión de la conflictividad laboral, lo que produce cierto sesgo de “privatización” ante el repliegue del Estado Social en el ejercicio de la función jurisdiccional y de la función realizada en sede administrativa, al tiempo que avala y finanza que estas funciones sean asumidas por los agentes sociales (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2004, pp. 11-15). Confirmado lo anterior, se constata que la regulación legal ordinaria de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos se encuentra en una serie dispersa de preceptos legales, lo que da lugar a una normativa legal inconexa, en cascada, que responde a filosofías políticas muy diversas, de ahí que se solicite una nueva regulación unitaria y coordinada (SALA FRANCO, 2014). Vista con perspectiva esta problemática, “se echa en falta el non nato título IV del ET sobre conflictos colectivos que, sorprendentemente, quedó en el tintero del legislador cuando se elaboró dicha norma legal a la altura de 1980. En él, debería de haberse regulado todo lo relativo a los procedimientos extrajudiciales de solución de discrepancias no de modo tan alambicado, laberíntico y confuso como se ha ido haciendo, sobre todo, desde la reforma legal de 1994” (ESCUDERO RODRÍGUEZ, 2011). Si bien, esta reforma de la regulación legal de los procedimientos autónomos debe hacerse partiendo de la esencial proyección de estos instrumentos sobre la negociación colectiva, sin perjuicio de que los instrumentos reformadores no sean necesariamente los mismos (CASAS BAAMONDE, 2002)¹². Si se parte del hecho de que los procedimientos

¹² ¿Podría considerarse la posibilidad de una Ley general de medios extrajudiciales de solución de conflictos y no sólo de arbitraje? Son muchas las respuestas y dificultades a este interrogante: desde luego, en la ordenación de las relaciones laborales la ley constituye meramente el marco, que debe respetar el principio de la autonomía colectiva y asegurar al mismo tiempo la autonomía misma de estos sistemas de solución de conflictos y su eficacia componedora (de nuevo, CASAS BAAMONDE, 2002).

autónomos son, a un tiempo, fórmulas de solución de conflictos y medios de autotutela, en su desarrollo se conjugan aspectos procesales y de negociación colectiva, lo que requiere que la ley regule los aspectos derivados de los procedimientos autónomos que tengan relación con las normas estatales que regulan el proceso laboral (LRJS) y la negociación colectiva (ET). Se trata de una regulación valedora o de respaldo, pero no de una intervención directa del legislador sobre ellos que les reste dosis de autonomía (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2004, pp. 28-31).

II. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS SUCESIVOS ACUERDOS INTERPROFESIONALES ESTATALES

A la hora de delimitar históricamente el terreno y la importancia del carácter extrajudicial de estos medios, hay que decir, en primer lugar, que tratan de potenciar la negociación colectiva y reducir la intervención judicial en el momento de interpretar y aplicar las normas contenidas en el convenio colectivo; y al mismo tiempo, el sistema es un cierto indicio del fracaso de negociación colectiva, porque trata de buscar una alternativa a la inexistencia de un acuerdo al que podrían haber llegado directamente las partes del conflicto colectivo (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 1995). La implantación de los mecanismos negociadores implica un ejercicio de la autonomía colectiva y la solución autónoma es un desarrollo más de esta autonomía, “punto de encuentro entre dos espacios normativos de especial trascendencia en las relaciones de trabajo, el de la negociación colectiva y el de los procedimientos pacíficos de solución de conflictos” (LANTARÓN BARQUÍN, 2003)¹³. La negociación colectiva ha sido utilizada como cauce opcional para dotar a nuestro sistema de solución de conflictos de trabajo de un completo subsistema privado, complementario de la negociación directa y alternativo a la solución judicial. Dicho subsistema se halla integrado y articulado autónomamente por convenios

¹³ En el *Informe sobre Procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales del Consejo Económico y Social* (19 de octubre de 1994), se manifestaba que “la opción por la potenciación de los procedimientos autónomos supone optar también por (...) la potenciación de la autonomía de las partes, singularmente de la colectiva. Se trata fundamentalmente de que tales procedimientos sirvan de desarrollo de dicha autonomía y a la eficaz creación de un sistema equilibrado de relaciones laborales (...) la aceptación y utilización de estos procedimientos, además de significar un reconocimiento de la autonomía colectiva, actúan como factor de alimentación de la misma”.

sustantivos en la base y acuerdos interprofesionales de procedimiento de ámbito autonómico y nacional (SANTOR SALCEDO, 2006). La norma estatal no es suficiente para la puesta en marcha de los procedimientos privados de resolución de los conflictos laborales, sino que precisa de su incorporación y complemento a cargo de la negociación colectiva (CRUZ VILLALÓN, 1999). De hecho, la presencia de los acuerdos interprofesionales sobre tales procedimientos, de ámbito estatal como el ASEC y autonómico, han servido de contrapunto a la deficitaria opción legal española y han ayudado a comprenderlos y a hacerlos más operativos (ESCUDERO RODRÍGUEZ, 2011).

1. EL ENTORNO INSTITUCIONAL

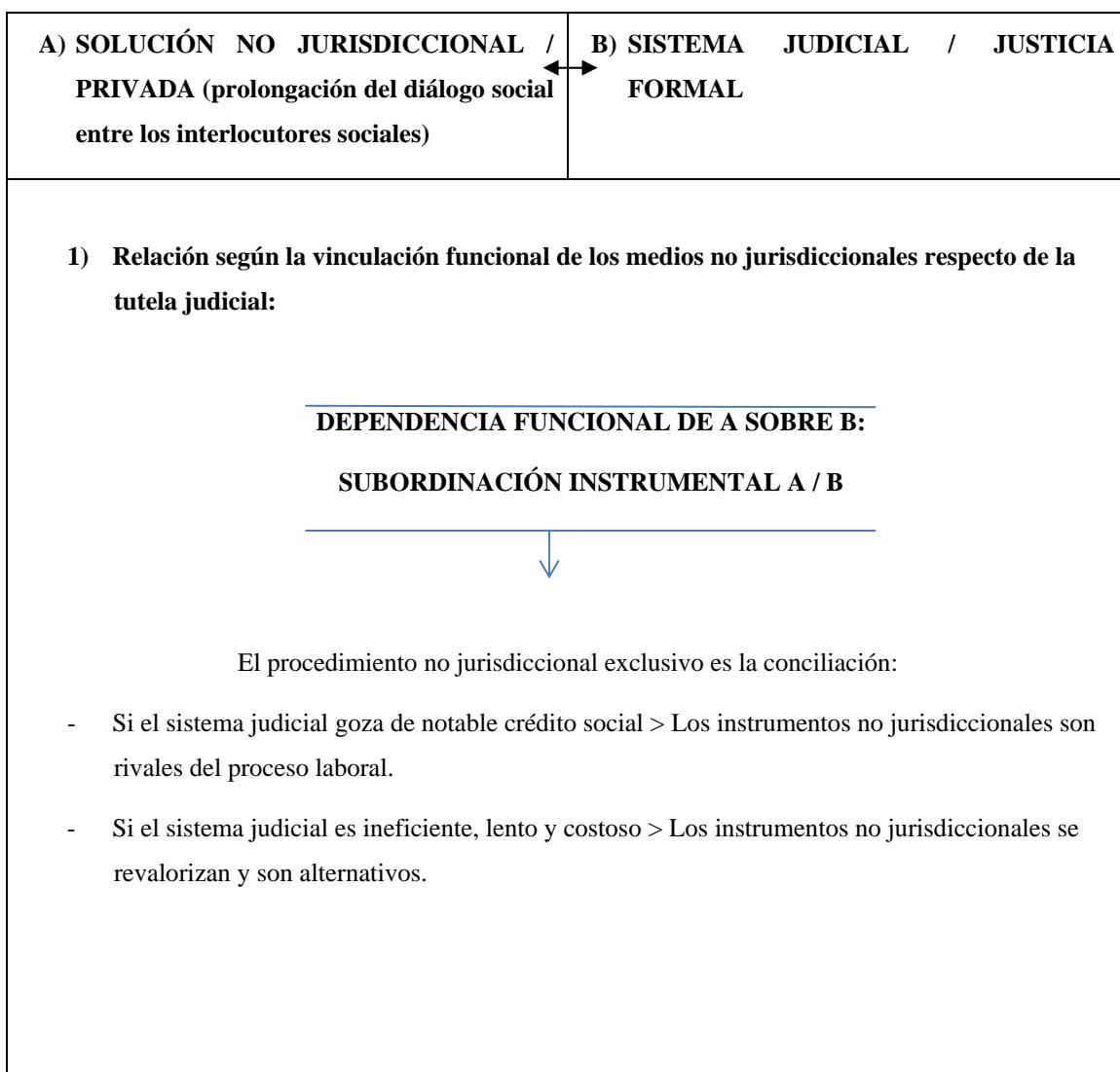
Desde hace tiempo, en la mayor parte de los países europeos –incluso a nivel mundial- se apunta una tendencia política hacia la promoción y estímulo de los procedimientos no jurisdiccionales de solución de los conflictos en cualquier ámbito (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), como se puso de manifiesto en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si nos detenemos en el ámbito laboral, esta tendencia se deja notar, especialmente en los conflictos colectivos y de intereses (VALDÉS DAL-RÉ, 2006)¹⁴. En la práctica totalidad de los sistemas europeos la composición no jurisdiccional de los conflictos se articula a través de la tríada clásica: conciliación, mediación y arbitraje. Como regla general, los modos no jurisdiccionales de solución de conflictos se encuentran muy poco formalizados, concediéndose un amplio

¹⁴ Ya en el Libro Verde de la UE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión [COM (2002) 196 final] se manifiesta que las ADR “representan una prioridad política” y que en el ámbito de las relaciones laborales “las ADR han demostrado su utilidad en el ámbito de las relaciones laborales, tanto en lo referente a los conflictos de intereses (relativos a la adopción o modificación de convenios colectivos que requieren una aproximación de los intereses económicos en conflicto) como en lo relativo a conflictos sobre determinados derechos (interpretación y aplicación de las disposiciones contractuales o reglamentarias)”. Por su parte, en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, se dice de forma expresa que la mediación es “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”. De cualquier forma, no hay que olvidar que la Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorpora al Derecho español la Directiva, deja fuera de su ámbito de aplicación la mediación penal, con las Administraciones Públicas, la laboral y en consumo (artículo 2.2).

margen de autorregulación a las partes en conflicto y al conciliador-mediador. El procedimiento es sencillo y no está sujeto a un rito especial (VALDÉS DAL-RÉ, 1998).

A continuación se inserta un esquema cuya fuente es el ensayo: "Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea" (VALDÉS DAL-RÉ, 2002d, pp. 17-38), que muy bien puede servir para conocer el entorno institucional de los procedimientos de solución de los conflictos colectivos en Europa y en España.

RELACIONES Y CONVERGENCIAS ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO EN EUROPA: JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL



AUTONOMÍA O EQUIVALENCIA FUNCIONAL ENTRE A Y B:
ESCENARIO ABIERTO



Pluralidad de procedimientos no jurisdiccionales, según la ley o la negociación colectiva:

No hay rivalidad, los procedimientos no pretenden sustituirse y hay vías de cooperación.

2) Convergencias según la organización de la tutela judicial:

- La existencia de una jurisdicción social especializada frena o contiene la incentivación de medios no jurisdiccionales.
- La neutralidad en el uso de las técnicas procesales favorece el impulso, legislativo o convencional, de los medios no jurisdiccionales; así como la maduración del modelo de equivalencia funcional.
- La estructura de los órganos judiciales influye en el desarrollo de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos > En los ordenamientos que incorporan a la función de administrar justicia a trabajadores y empresarios, los procedimientos no jurisdiccionales tienen el riesgo de confundirse con el propio sistema judicial.

3) Ordenación jurídica de los procedimientos no jurisdiccionales según el nivel de implicación del Estado. Hay una relación de equivalencia entre las políticas públicas de apoyo material y/o acciones legislativas de índole promocional y el grado de arraigo social de las soluciones no jurisdiccionales.

4) La consolidación de una cultura laboral que refuerza las tendencias de cooperación, concertación y diálogo social revaloriza los procedimientos no jurisdiccionales. Frente al saldo de vencedores y vencidos que deja tras de sí la sentencia judicial, hay fórmulas de conciliación y mediación con capacidad para generar o renovar acuerdos, así como para crear un flujo negocial estable y unas sinergias de negociación continua.

De este cuadro se puede deducir que en nuestro país hay una equivalencia funcional entre la solución no jurisdiccional y el sistema judicial, que se relacionan en un escenario abierto, donde existe una pluralidad de procedimientos no jurisdiccionales, según se dispone en la ley y se establece en

la negociación colectiva. Entre los dos procedimientos de solución de los conflictos de trabajo existe una línea de cooperación y no de rivalidad. Por otra parte, en España hay una jurisdicción social especializada, pero esta realidad no frena la incentivación de medios no jurisdiccionales, ambos cohabitan de forma pacífica, precisamente por el nivel de implicación del Estado en la ordenación jurídica de estos últimos y por las políticas públicas de apoyo material y las acciones legislativas de índole promocional. Por último, es procedente destacar que –con las reformas anteriores a 2012- en nuestro país se estaba consolidando una cultura laboral que reforzaba las tendencias de cooperación, concertación y diálogo social, que revalorizaba los procedimientos no jurisdiccionales y creaba “un flujo negocial estable y unas sinergias de negociación continua”.

El Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC, BOE de 8 de febrero de 1996), a la vez que introdujo en nuestro sistema fórmulas alternativas al modelo judicial de solución de los conflictos de trabajo, tuvo una importancia añadida, en tanto se apostó por el fortalecimiento e impulso de los procesos de negociación colectiva en la fase aplicativa del propio sistema de relaciones laborales¹⁵. Antes que el ASEC se firmaron tres acuerdos autonómicos: Acuerdo sobre procedimientos voluntarios de resolución de conflictos de trabajo en el País Vasco (1984), Acuerdo Interprofesional de Cataluña (1991) y el Acuerdo Interprofesional Gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (1992). En el ASEC aparecía clara la convicción de que la mediación y el arbitraje formaban parte de un sistema autónomo de relaciones laborales y ofrecía el elemento clave, la pieza

¹⁵ La participación de la Administración, tanto del Estado como de las respectivas Comunidades Autónomas se ha consolidado mediante los correspondientes Convenios Tripartitos de Colaboración en materia de conciliación-mediación y arbitraje, que han habilitado medidas para posibilitar la financiación y ejecución de los Acuerdos. Así, en desarrollo de la previsión contenida en la *Disposición Adicional Segunda* del V ASAC, el 25 de octubre de 2012 y por parte del Gobierno de la Nación y de los Agentes económicos y sociales signatarios del V ASAC se alcanzó el *Acuerdo Tripartito en materia de solución autónoma de conflictos laborales* (publicado en BOE de 30 de noviembre del mismo mes), en el que el Gobierno adquiere el compromiso de apoyar las funciones y cometidos pactados por las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, en el seno del V ASAC, por lo que aquél adoptará las medidas presupuestarias y técnicas necesarias para facilitar la consecución de los fines estipulados en el mencionado ASAC. Es oportuno recordar que dichas estructura y gestión recuerdan la mecánica establecida para la formación profesional continua (Acuerdo Nacional bipartito, por un lado, y Acuerdo Tripartito, por otro).

de cierre, del propio sistema gobernado, diseñado y aplicado por las partes sociales (VALDÉS DAL-RÉ, 2000)¹⁶.

Los medios de solución alternativa de conflictos parten de una máxima basada en la idea de que –en la conclusión de un conflicto- resulta más operativo entender las causas que juzgarlas. Las dos mejores técnicas que puede ofrecer la solución alternativa de conflictos son la mediación y el arbitraje¹⁷. La sucesiva aparición de Acuerdos Interprofesionales de Solución Autónoma o Extrajudicial de Conflictos Laborales en el ámbito autonómico se ha debido a la descentralización territorial del Estado compuesto diseñado por la Constitución de 1978, que ha significado la paulatina asunción de competencias en materia laboral por parte de las distintas Comunidades Autónomas. Se puede afirmar, con carácter general, que la relación existente entre el acuerdo estatal y los regionales no es de jerarquía entre ellos, sino de carácter funcional de articulación de la negociación en ámbitos competenciales diferentes, “son acuerdos del mismo carácter, pero provistos de alcance territorial distinto conforme a reglas de atribución de competencias” (PALOMEQUE LÓPEZ, 2005).

2. LA PREFERENCIA POR LA MEDIACIÓN

¹⁶ Estos instrumentos son potenciadores del sistema negocial, aunque la valoración general que se hacía en ese momento era que en los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial, y particularmente en el estatal, se advertía un “excesivo seguidismo” (CRUZ VILLALÓN, 1999) o “pereza convencional” (VALDÉS DAL-RÉ, 1998) en la utilización de las mismas categorías y definiciones empleadas por el legislador estatal. Esta *vis atractiva* es la misma que se podía predicar de los acuerdos extrajudiciales autonómicos respecto al estatal, no sólo porque esto hacía más fácil la implementación de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, sino porque la referencia del acuerdo estatal facilitó y aseguró el acomodo a la ley. Por ejemplo, una vez que en el I ASEC se creó un mimético reglamento del acuerdo, así lo hicieron todos los autonómicos, y de la misma manera que desapareció el reglamento estatal y se constituyó un texto único, sucedió en los demás acuerdos.

¹⁷ Junto a ellas, aparecen otros nuevos procedimientos de carácter mixto como la mediación-arbitraje, método híbrido entre la mediación y el arbitraje; los arbitrajes preventivos, en los que se producen modalidades tanto voluntarias como forzosas en su desarrollo, y obligatorias o forzosas en la ejecución del laudo; arbitrajes voluntarios, producido ya el conflicto, con forzosa ejecución del laudo; o también, se ha extendido el denominado mini-juicio (mini-trial), procedimiento privado y consensual, de solución voluntaria y amistosa de conflictos (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, 2000). Estos nuevos procedimientos no se incluyeron –ni se incluyen- en ninguno de los acuerdos extrajudiciales de nuestro país, lo que llevó a hablar de “escasa innovación” en el ASEC (DEL REY GUANTER, 1996).

La mediación laboral se prefiere al arbitraje porque no es un medio preprocesal, sino que sustituye al proceso, ya que el árbitro resuelve unilateralmente el conflicto mediante el laudo; con cierto paralelismo al dicho de que el convenio colectivo posee alma de ley pero forma de contrato, “también en el caso del laudo arbitral confluye una institución con cuerpo de sentencia pero alma de contrato. Y, a estos efectos, el cuerpo y el alma influyen directamente sobre la eficacia” (CRUZ VILLALÓN, 1996). De otro modo se ha manifestado que –cuando la decisión arbitral equivale a la decisión que contiene una sentencia porque solventa una controversia sobre conflictos de interpretación– tiene una naturaleza mestiza: su fuente de establecimiento es un contrato, pero su contenido tiene *alma* de sentencia (VALDÉS DAL-RÉ, 2001). Si bien, en los acuerdos sobre solución extrajudicial, mediación y arbitraje comparten unos mismos principios rectores que rigen su funcionamiento: gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad, a los que han de sumarse el respeto a los principios constitucionales y a la legislación vigente¹⁸. De modo esquemático, se puede concluir que en los acuerdos interconfederales los órganos de conciliación, mediación y arbitraje adoptan diversas modalidades: conciliación-mediación de uno o varios mediadores, que se designan para cada conflicto; encargo de la conciliación-mediación a un órgano constituido *ad hoc* para cada conflicto, que actúa como órgano colegiado y que se crea para cada controversia; y también puede existir un órgano permanente compuesto por los firmantes del acuerdo autónomo o por quien ellos designen, que actúa de forma colegiada y que no se modifica para cada conflicto. En cuanto al arbitraje, la mayor parte de los acuerdos interconfederales

¹⁸ Con todo, y por comparación, la informalidad es más apreciable en la mediación que en el arbitraje, sometido éste a mayores exigencias, fundamentalmente respecto del laudo, que se justifican por la naturaleza misma de este último y sus especiales efectos de obligatoriedad. En el arbitraje, las partes en conflicto ponen la discrepancia en manos de otro sujeto que decide unilateralmente, obligándolas a renunciar a cualquier otra fórmula de solución, y cualquiera que sea el resultado alcanzado. Una vez iniciado el procedimiento de arbitraje, es totalmente heterónomo, porque el árbitro, sin perjuicio del derecho de audiencia de las partes, resuelve por sí mismo, sin pretender que éstas negocien en su presencia. Además, en los acuerdos estatal y autonómicos, se configura como un arbitraje “en caliente”, dado que se plantea en el momento en que el conflicto se produce y está vivo (VALDEOLIVAS GARCÍA, 1997). Desde otro punto de vista, el arbitraje “privado”, pese a que un tercero ajeno al conflicto es quien impone la solución, debería incluirse, en todo caso, como un mecanismo de solución autónoma, ponderando para ello, más la naturaleza y origen del citado procedimiento, que la intervención en el mismo de un tercero dirimente; de otra parte, la intervención del tercero en la solución del conflicto varía según el tipo de arbitraje (STC 74/1983) y, desde luego, no se produce con la misma intensidad que en el procedimiento judicial (SESMA BASTIDA, 2004).

admiten que se designen uno o varios árbitros, en este último caso, se exige que actúen de forma conjunta y suelen establecer un número impar; la lista de árbitros la elaboran los firmantes del acuerdo interconfederal y, en algunos casos, es diferente de la de mediadores y conciliadores (GIL y GIL, 2007).

Acudir al arbitraje, en particular cuando hay un bloqueo en los procesos de negociación colectiva, puede entenderse como una forma de reconocimiento del fracaso de los negociadores en sus funciones y responsabilidades negociales, provocando, al final, un modelo de progresivo debilitamiento de la negociación colectiva y, a la postre, de los propios sujetos que la protagonizan. Para que esto no ocurra, el arbitraje “ha de ser un instrumento de apoyo a la negociación, que sirva de complemento a ésta, en clave, a lo más, de sucedáneo puntual y para materia concreta, pero no en clave de alternativa global a la negociación misma” (CRUZ VILLALÓN, 2012^a). Ya se dijo que al arbitraje, en tanto intervención de un tercero de forma vinculante, le correspondía un carácter marginal en el ámbito de resolución de los conflictos colectivos de intereses, lo que se debe “al hecho de que se trata del medio más perjudicial y limitativo respecto a la autonomía colectiva y al derecho de huelga”; no así, en relación a los conflictos colectivos jurídicos, donde se está produciendo una “desjudicialización”, que pretende descargar cuantitativamente a los tribunales de una excesiva litigiosidad –movimiento de la *alternative dispute resolution*-. En todo caso, una problemática propia de sistemas que han conocido una importante ideologización en sus relaciones laborales, como ha sido el caso de España, es la dificultad de encontrar terceros imparciales para el arbitraje, dada la falta de lo que podríamos denominar como “cultura de neutralidad” (DEL REY GUANTER, 1995). El arbitraje laboral prácticamente siempre es voluntario y es un mecanismo heterónomo de solución del conflicto de utilización muy reducida en el panorama europeo de relaciones laborales, porque a partir de la elección del árbitro las partes ceden el control del conflicto o entregan a un tercero la capacidad para resolverlo. Sin embargo, no deja de ser un cauce singular provisto de múltiples alicientes institucionales para una plena composición de los conflictos derivados de las relaciones de trabajo asalariado

(PALOMEQUE LÓPEZ, 2001)¹⁹. En otro orden de cosas, los compromisos previos de sometimiento voluntario a arbitraje pueden celebrarse en dos momentos: en caliente, una vez que el conflicto concreto ya se ha actualizado; o en frío, en previsión de las discrepancias que puedan surgir en el futuro, en este segundo caso es más fácil que las partes puedan adquirir compromisos de arbitraje obligatorio.

En la regulación originaria del I ASEC mediación y arbitraje se configuraron como mecanismos independientes, sin embargo en el II ASEC se procuró la potenciación del arbitraje y podía aparecer concatenado a la mediación. Esta novedosa regulación “escalonada” entre los procedimientos de mediación y arbitraje se introdujo en la redacción del artículo 10.2 II ASEC²⁰, pero no se configuró de forma preceptiva (SESMA BASTIDA, 2004). Esta opción traslada el poder decisorio que originariamente ostentaban las partes y se produce una transformación de los roles iniciales, porque ahora el tercero neutral e independiente pasa a controlar de forma omnímoda el conflicto planteado, hasta el punto de que su propuesta es tan indiscutible que se puede imponer a las partes, es de obligado cumplimiento por voluntad de los sujetos enfrentados. Esta forma de arbitraje voluntario en segunda instancia concede al árbitro un plus de confianza mucho mayor del que pudiera ostentar si hubiera sido nombrado *ab initio* del procedimiento²¹.

¹⁹ Entre estos alicientes están: 1º) Es un instituto respetuoso con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando las partes acuden de común acuerdo a la vía arbitral. 2º) Es un procedimiento adecuado para la composición de cualquier tipo de conflicto laboral, individual o colectivo, jurídico o de intereses. 3º) Los sujetos en conflicto pueden acudir a él de manera libre y espontánea, sin limitación de controversias, materias o contenidos litigiosos. 4) Lo dicho no impide la existencia de supuestos excepcionales de arbitraje obligatorio, donde el procedimiento se impone legislativamente a las partes bajo determinadas exigencias materiales.

²⁰ Ahora, el artículo 4.2 del V ASAC reza así: «Las partes en conflicto, inicialmente o durante el procedimiento, pueden habilitar a los terceros mediadores para que desarrollen funciones como árbitros». En algunos acuerdos interprofesionales también se desarrolla un modelo «escalonado», que supone agotar con carácter previo el procedimiento de conciliación-mediación para poder acudir al arbitraje (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, 2001).

²¹ De cualquier modo, los acuerdos y los laudos son productos que, en un sentido muy amplio, tienen la condición de “equivalentes jurisdiccionales”, al ser equiparables a las sentencias, “pero que no comparten entre sí más que un dato meramente adjetivo, cual es que son el resultado de una actividad de composición extrajudicial, proceduralizada a través de la mediación o a través del arbitraje” (PEDRAJAS MORENO, 2001).

Desde el 25 de enero de 1996, que se firma el ASEC, allí y en los sucesivos acuerdos estatales, los procedimientos establecidos son dos: la mediación y el arbitraje, dejando uno de los vértices del triángulo de instrumentos extrajudiciales que se suma a los dos señalados, la conciliación, como ocurre en muchos acuerdos interconfederales autonómicos²². La mediación es el instrumento componedor por excelencia de las controversias laborales, es un procedimiento voluntario, apoyado y que apoya a la negociación de las partes: negociación «protegida» (OIT, 1974) o negociación «asistida» (BORRAJO DACRUZ, 1983), porque el tercero no tiene poder de decisión. El mediador es imparcial y además carece de facultad coercitiva para imponer su criterio, ya que las partes conservan el poder de decisión final, mantienen el control del conflicto hasta la conclusión del procedimiento. Las partes son quienes deciden si la mediación termina con acuerdo o desacuerdo. Por ello, la mediación, a pesar de la intervención activa del tercero, es el procedimiento al que se recurre en detrimento del arbitraje, porque en aquélla es donde se materializa en mayor medida el diálogo entre las partes enfrentadas y más se asemeja a la negociación colectiva (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2003). En otros términos, la mediación es una medida autocompositiva, donde se produce una continuación de la negociación con ayuda de un tercero, es una negociación colectiva protegida o asistida, lo que no es predictable del arbitraje; en realidad, la mediación es un mecanismo más vinculado y más próximo a la negociación colectiva (SESMA BASTIDA, 2004). Estamos ante un concepto poliédrico, que admite e implica jurídicamente diversas perspectivas de análisis, pues puede presentarse: sólo como actividad, si la mediación fracasa; como actividad y resultado, si concluye con éxito; y como requisito prejudicial de obligado cumplimiento, bastando a este respecto su simple intento (SANTOR SALCEDO, 2006, p. 472)²³.

²² Sin embargo, es de apreciar que el ASEC no haya incurrido en el error de incorporar fórmulas conciliatorias, pues éstas se han mostrado en la práctica inútiles, no diferenciándose esencialmente de la negociación entre las partes, dado que sólo intenta la avenencia entre las partes, sin efectuar propuestas ni recomendaciones (VALDEOLIVAS GARCÍA, 1997).

²³ Lo característico de la mediación es la existencia de un procedimiento en el que las partes reciben un apoyo para dar solución al conflicto que les opone, apoyo que consiste en una doble técnica: la convocatoria de una reunión o reuniones, bien entre ambas y el mediador o mediadores, bien de cada una de ellas con el mediador o mediadores, y la oferta de posibles

Aunque la aceptación o desestimación de las propuestas de mediación se remite a la voluntad conjunta de las partes, suelen gozar de una notable autoridad moral e influencia social; es más, en muchos casos se abre la posibilidad de que la mediación finalice con el acuerdo de someter el conflicto a un arbitraje, donde el mediador puede erigirse como árbitro. Bien entendido, que estos terceros deben poseer una preparación y formación adecuada, no exclusivamente jurídica y que cuando se habla de eficacia de estos sistemas, se debe matizar que el tercero se compromete a una actividad, pero no a lograr un resultado positivo que a la postre depende de las partes; incluso, el mediador puede oponerse a un acuerdo cuando estime que tiene aspecto de ilicitud o de contrariedad a la ley (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2005)²⁴. Fuera de todo lugar queda la figura del “mediador o árbitro de parte” –solicitante o solicitada- dependiendo de quién le haya propuesto para formar parte de la lista de mediadores o árbitros, más en este segundo procedimiento. Un ejemplo de neutralidad se constata en el hecho de que en muchas ocasiones un mismo mediador realiza su labor a propuesta de la representación empresarial y en otras actúa propuesto por la parte sindical. La organización de los Servicios de Mediación y Arbitraje y los principios inspiradores de estos procedimientos, próximos a la solución judicial, deben ser suficientes para borrar cualquier sombra de duda al respecto. Por ejemplo, en el ámbito del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), se permite que las partes por mutuo acuerdo puedan nombrar a un solo mediador no incorporado a las listas

soluciones al conflicto que las partes pueden considerar libremente y decidir si aceptan o no, por lo que, en todo caso, dicha solución requerirá su acuerdo. En definitiva, el trámite de mediación puede ser más informal, haciendo ver a las partes posibles soluciones del conflicto, pero sin que se les llegue a presentar una propuesta final formal sobre la que deban necesariamente pronunciarse, en este caso se asemeja mucho a la conciliación; o puede ser más formal, “acabando con una propuesta final que se somete a consideración de ambas partes y sobre la que deben pronunciarse, en cuyo caso estamos muy próximos a lo que en algún caso se denomina arbitraje sin laudo vinculante” (ALFONSO MELLADO, 2005).

²⁴ Parece claro que el éxito de cualquier sistema de solución extrajudicial de conflictos reside en que quienes deben ser terceros imparciales gocen del suficiente prestigio y habilidad para llevar a cabo su tarea con pericia y autoridad, por ello el sistema español adolece de dos defectos preocupantes que se deducen del sistema de listas de mediadores y árbitros nombrados a propuesta de las asociaciones sindicales y empresariales firmantes de tales pactos: de un lado, la falta de profesionalidad; de otro, la sospecha de parcialidad, lo que al final suele abocar a la constitución de órganos colegiados (véanse las referencias bibliográficas en TASCÓN LÓPEZ, 2009). La labor del mediador no es negociar de manera asistida a la parte, ni actuar con cierto “amateurismo o voluntarismo”, sino que debiera haber superado un curso básico y obligatorio de técnicas de mediación y tener un carnet de mediador (MATEOS BEATO, 2000).

del SIMA y, desde sus orígenes, se exige que los mediadores sean ajenos al conflicto concreto en el que actúan, sin que puedan concurrir intereses personales o profesionales directos susceptibles de alterar o condicionar su actividad mediadora. Ya en el ASEC II se introdujeron los mecanismos y causas de abstención y recusación de un mediador. Está claro que si son las partes de mutuo acuerdo quienes designan al mediador, no se van a dar este tipo de problemas por cuanto que si el mediador no es ajeno al conflicto y lo designa una de las partes, la otra le recusará (ODRIOZOLA LANDERAS, 2001). Las partes en litigio, los trabajadores, las empresas o sus representantes legales, también pueden instar la iniciación de un procedimiento del que puede conocer la autoridad laboral provincial o autonómica, dependiendo del ámbito territorial del conflicto (artículo 51.2 ET). Esta actuación en la actualidad tiene un carácter absolutamente residual. La norma refleja la realidad práctica de esa función mediadora de la autoridad laboral, que trata de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo sin interferir en la decisión, porque la iniciativa administrativa debe respetar en todo caso la voluntad de las partes y no interferirse de modo directo en el procedimiento negocial, sin olvidar que la función mediadora de la autoridad laboral solo puede realizarse a petición conjunta de las partes (CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2012). En esta línea, asentado que la mediación ha de regirse por el principio de la voluntariedad, lo que determina su perfección como negocio jurídico reconocido por el ordenamiento es el consentimiento del mediador y los mediados, bien entendido que además de la mediación “instituida en la cumbre”, también la mediación en conflictos de trabajo puede ser estipulada *ad hoc* directa e inmediatamente por las partes. Esta mediación no es, sin embargo, usual, pese a estar prevista expresamente “en cualquier momento de las deliberaciones” de un convenio colectivo (art. 89.4 ET), y carece del marco normativo y de las garantías de las que, en cambio, se beneficia la mediación instituida en la cumbre (SANTOR SALCEDO, 2006).

Es conveniente advertir que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, mantiene la conciliación y/o mediación previas a la vía judicial y equipara los efectos entre la conciliación realizada ante el servicio administrativo correspondiente con la realizada mediante los órganos creados a

través de los convenios y acuerdos del artículo 83.2 y 3 ET, pero no se queda ahí, sino que “constituye un nuevo impulso a los medios extrajudiciales de solución del conflicto, al fomentar la conciliación extrajudicial, la mediación y el arbitraje con objeto de agilizar y aligerar la tramitación procesal” (véase la enumeración de las previsiones que se recogen en esta ley según MIÑARRO YANINI, 2014). Esta predisposición del legislador hacia la conciliación conlleva la instauración de un doble trámite de conciliación con carácter obligatorio, el primero en las sedes administrativa o convencional y el segundo en sede judicial, lo que constituye “una articulación legal positiva, en tanto previene la composición de dos escenarios distintos donde medir las partes su capacidad de pacto y resolver, en su caso, la controversia que les enfrenta (GARCÍA QUIÑONES, 2005^a). También se puede señalar alguna oportunidad perdida, como es el hecho de no exigir trámite alguno de evitación del proceso a la demanda judicial de los despidos colectivos (artículo 124 LRJS), “fórmula que podría haber sido la hábil para dar cierto espacio a los mecanismos de mediación y arbitraje”, so pena de que la apelación a la posibilidad de que se acuda a los procedimientos de resolución de conflictos para superar las discrepancias durante los períodos de consulta en las reestructuraciones empresariales en los despidos colectivos (artículo 85.1 ET), “siguiente prácticamente el mismo, es decir, plenamente marginal” (CRUZ VILLALÓN, 2012^a).

En síntesis, los procedimientos de solución de conflictos colectivos “ocupan una situación ambigua, porque, por un lado son complementos de los derechos de sindicación, negociación y huelga, pero al mismo tiempo son alternativas a los mismos”, y por ello han sido mirados históricamente con desconfianza por parte sindical (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, 1995). A mayor abundamiento, “de un lado, la contratación colectiva constituye la fuente de la que nacen [las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos (SESCC)]; pero, de otro, los procedimientos de conciliación y mediación así como, bien que en menor medida, el compromiso arbitral, al abrir nuevos escenarios para la prolongación del diálogo entre los interlocutores sociales, contribuyen a fortalecer la legitimidad social de la negociación colectiva como método de gobierno y gestión de los sistemas de relaciones laborales. Se

produce una “recíproca interacción” o vinculación de los SESCC con la autonomía negocial (VALDÉS DAL-RÉ, 2002b). Sin duda, hay una vinculación entre lo judicial y lo extrajudicial, así como entre lo autónomo y lo heterónomo, por ello se ha llegado a afirmar que, una vez superada la crisis económica que padecemos, estos procedimientos autónomos podrán representar un intento de “superación coadyuvante” de la vía jurisdiccional a la hora de aplicar las normas laborales, del mismo modo que la negociación colectiva tendría que suponer una “alternativa igualmente coadyuvante” a la legislación laboral (SALA FRANCO, 2014).

III. LA NECESARIA IMBRICACIÓN ENTRE LOS CONSENSOS SOCIALES Y LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Es cierto que las relaciones industriales están cada vez más “europeizadas”, si bien, los diferentes sistemas nacionales todavía conservan sus propios rasgos (BIAGI, 2001)²⁵. Y no conviene descuidar la paradoja de que mientras que muchas de las decisiones que afectan a los intereses de los trabajadores y empresarios se producen en el ámbito de la Unión Europea, la acción (reacción) de éstos o, mejor dicho, de las organizaciones sindicales y empresariales que los representan, sigue realizándose todavía en la mayor parte de las ocasiones en los niveles nacionales, disfunción que debe corregirse (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2003). Actualmente, por no decir que siempre ha sido o ha debido ser así, el Derecho del Trabajo no puede responder a los desafíos de globalización y a la necesidad de asegurar los derechos sociales constitucionales desde una dimensión nacional, estatal y colectiva, sino que ha de adaptar sus instrumentos, incluidos los de autotutela colectiva, a la dimensión

²⁵ A nivel interno o europeo, la negociación colectiva no puede funcionar sin un determinado grado de autonomía de los interlocutores sociales, de los convenios colectivos y del Derecho del Trabajo en general. “Sin esa autonomía, hay muy pocas cosas que negociar y, sin interlocutores autónomos, no hay una ejecución ni un efecto real de los acuerdos” (BRUUN, 2003). La crisis se está llevando por delante, está engullendo, mejor, destruyendo, los sistemas de negociación colectiva y se pierden las ventajas del convenio colectivo sectorial. Esto sucede en Europa desde la aprobación del Tratado de Lisboa (13-13-2007), mudando una corriente anterior que consideraba imprescindibles al diálogo social y a la negociación colectiva. Y así está ocurriendo en nuestro país, con intervenciones legislativas de tal calado que sólo pueden explicarse “desde una concepción de la negociación colectiva como mero instrumento de gestión al servicio de los intereses empresariales. Se desdeña, por tanto, la función normativa del convenio como instrumento de gobierno y ordenación de las relaciones laborales” (CORREA CARRASCO, 2014).

supranacional, elevando el nivel en que se diseñen las políticas nacionales de Derecho del Trabajo. El tema se ha planteado desde hace tiempo en la dimensión comunitaria y resulta necesaria una “relocalización” del Derecho del Trabajo y de sus reglas mediante la creación de niveles de decisión supranacional. En definitiva, se requieren unos “estándares internacionales” de derechos y reglas laborales que condicione y que protejan los Derechos del Trabajo nacionales, evitando su retroceso frente a las insaciables exigencias de desregulación de los mercados de trabajo (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2002)²⁶.

Si se parte de la experiencia de la Directiva 94/45/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, relativa a la institución de un Comité de Empresa Europeo o al establecimiento de información y consulta en las empresas o en los grupos de empresa de dimensión europea, se advierte que “el proceso de negociación de un acuerdo es un proceso lento y complejo, del que surgen conflictos cuyo efecto es paralizar o bloquear la negociación misma; en este contexto, la actuación de un mediador europeo puede contribuir de manera real y eficaz a la consecución de un acuerdo” (VALDÉS DAL-RÉ, 2003)²⁷. La

²⁶ Cuando se defiende el reforzamiento del papel de los sujetos colectivos, se entiende que se trata del refuerzo del diálogo social y del poder institucional de los interlocutores sociales, pero esto no significa que los representantes del poder político –principalmente la Comisión y el Parlamento Europeo- se descarguen de la responsabilidad de la Europa social, confiándola principalmente, si no exclusivamente, a los interlocutores sociales (POCHET y DEGRYSE, 2001). La mencionada relocalización se debe colegir al hecho de que “las tendencias presentes en el marco de los conflictos laborales parecen indicar que las manifestaciones obreras resultan principalmente del desorden y la insatisfacción que rodean a las relaciones industriales en el ámbito de la empresa (*enterprise level*). Entonces, es probable que las manifestaciones persistirán mientras las empresas sigan prestando poca atención a sus políticas de estructura salarial y personal” (CASALE, 2003). Los ámbitos en los que el conflicto europeo puede desenvolverse son tres: empresarial, sectorial e interprofesional; si bien, el empresarial es el “ámbito por excelencia del conflicto europeo”. Talvez en nuestro país también sea necesario que el ordenamiento jurídico y la agenda de los interlocutores sociales presten mayor atención a los procedimientos internos de reclamación a nivel de empresa, “como sistema adecuado para la resolución de conflictos, y así, como elemento de prevención para la aparición y consolidación de conflictos futuros que, en su defecto, habrán de gestionarse de conformidad con los procedimientos judiciales o extrajudiciales al uso”, atendiendo a la llamada a su formalización hecha desde el CES y de la propia Recomendación núm. 130 de la OIT, que se refiere a los mismos como procedimientos de utilización preferente (GARCÍA QUIÑONES, 2005b).

²⁷ Así, en el mencionado Libro Verde de la UE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, se asegura que las ADR son un elemento clave en el esclarecimiento de los conflictos pertenecientes al ámbito de las relaciones laborales en todos los Estados miembros y que “su desarrollo ha tomado apoyo en procedimientos propios en los que los interlocutores sociales (representantes de los empresarios y de los empleados) desempeñan un papel preponderante (...) La mayor parte de las ADR en el ámbito de las relaciones laborales se desarrollan bajo la responsabilidad de los interlocutores sociales.

conciliación y la mediación constituyen, en principio, los únicos mecanismos que cumplen el “test de idoneidad” para una hipotética implantación de un sistema no jurisdiccional, a escala europea, de solución de conflictos de trabajo (VALDÉS DAL-RÉ, 2002)²⁸. Cuando se regulan los procedimientos alternativos –y es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos mundiales- se hace desde su consideración como sistemas voluntarios donde se pretende que la solución del conflicto sea más temprana, sin que la intervención del Estado imponga posibles acuerdos. Se trata de conseguir soluciones rápidas para no llegar a los tribunales. Igual que sucede a nivel nacional, se echan de menos normas europeas de solución extrajudicial como existen en el Derecho del consumo, del comercio o de las relaciones familiares: ¿se podrían traer al ámbito laboral esos mecanismos? La respuesta para nada es fácil. Es cierto que –a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos- en Europa el arbitraje laboral apenas existe, bien por la desconfianza en la imparcialidad de los árbitros o porque se intenta profundizar en la gestión del conflicto por otra vía: la mediación dentro de la empresa como un mecanismo consensuado de resolución del conflicto²⁹.

Si fracasan, éstos pueden recurrir a las estructuras de ADR propuestas por las autoridades públicas. Los procedimientos aplicados varían de un Estado miembro a otro pero, en general, se recurre a ellos sobre una base voluntaria tanto en lo referente la decisión de recurrir a las ADR como en la aceptación del resultado”.

²⁸ Pero como matiza VALDÉS DAL-RÉ, no mediante una “norma de acción” dotada de la estructura interna propia de las reglas prescriptivas, sino mediante “técnicas más flexibles y menos precisas; técnicas que se limiten a dejar constancia de los elementos constitutivos del conflicto europeo: del carácter colectivo de los sujetos que promuevan el conflicto, de su dimensión transnacional y de su relación con un proceso de diálogo social o negociación colectiva europea o con un pacto colectivo europeo”. Este planteamiento, a pesar de su “indefinición jurídica”, tiene la ventaja de dejar en manos de los sujetos colectivos europeos los ámbitos funcionales del servicio de mediación europea, que podrán optar por dejarlo recluido en el ámbito de la empresa o expandirlo a otros superiores (VALDÉS DAL-RÉ, 2003).

²⁹ Se prefiere la “mediación de quejas” al arbitraje, ya que –aunque no se incluya en los convenios colectivos- ambas partes pueden querer participar por voluntad propia en estos mecanismos de mediación. Parece claro que la implantación de un sistema no jurisdiccional, a escala europea, de solución de conflictos de trabajo, ha de descartar el mecanismo del arbitraje y optar por una mediación voluntaria europea cuya finalidad no es dar cauce de solución pactada a cualquier conflicto que surja en el escenario europeo, sino que dejaría extramuros de su objeto a los conflictos de trabajo de naturaleza individual, ¿o no? La protección de determinados derechos individuales, señaladamente de los derechos fundamentales y libertades públicas (o de los derechos a la seguridad, salud y medio ambiente de trabajo)... sigue necesitando de la tutela judicial –una presencia pública y una decisión en la que no cabe la composición negociada, sino la declaración del derecho y su restablecimiento con la correspondiente condena en su caso- (CASAS BAAMONDE, 2002). Desde luego, es complicado mediar en comportamientos como el acoso, donde es difícil traer pruebas al mediador y donde no se pueden ceder pretensiones, pero la mediación en el interior de la empresa puede ser muy eficaz para lograr acuerdos en otras materias como el mantenimiento del empleo.

El futuro de los procedimientos alternativos en nuestro país no dependerá tanto del empeño judicializador o desjudicializador del legislador cuanto de los espacios de incidencia y de la función real que les reconoce la Ley 3/2012 y sus normas reglamentarias de desarrollo en el ámbito de la “flexibilidad interna” y de las decisiones de ajuste empresarial del volumen de empleo, partiendo del hecho de la notable ampliación del poder empresarial (CASAS BAAMONDE, 2014). Los procedimientos de solución extrajudicial autónomos de los conflictos laborales “han alcanzado *carta de naturaleza* en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, legal y jurisprudencial, habiendo contribuido notablemente a ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al allanar los problemas que planteaba la *tutela judicial efectiva* frente a ellos” (SALA FRANCO, 2014). Sentado lo anterior, parece claro que el diseño de la solución extrajudicial del conflicto laboral ha de partir de un “andamiaje normativo básicamente estatal” y del “respeto a la voluntad de las partes”³⁰. Las más recientes reformas laborales dan un tratamiento unitario a todas las medidas de flexibilidad interna o propugnan un “régimen jurídico prácticamente unitario de los procesos de reestructuración de empresas” porque entre los diferentes tipos de flexibilidad interna se produce un diálogo o unidad funcional (VALDÉS DAL-RÉ, 2012^a). La reforma laboral de 2012 apuesta claramente por detraer competencias a los convenios colectivos (especialmente a los sectoriales) y puede afirmarse que nos hallamos ante un marco legislativo que permite continuas adaptaciones del contenido contractual en la empresa a través de una serie de mecanismos de reestructuración que en su vertiente colectiva precisan de una consulta *fuerte* con los representantes de los trabajadores o de un convenio colectivo descentralizado (FALGUERA BARÓ, 2013). Se puede concluir que ya las reformas de 2010 y 2011 tenían una finalidad u objetivo común: “el modelo de flexibilidad interna que se quiere promocionar es un modelo pactado o consensuado” (MOLERO MARAÑÓN, 2011). Y la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al entendimiento de estos procedimientos como instrumentos

³⁰ Esto es a la negociación colectiva, para superar una asignatura pendiente en relación con la solución extrajudicial, cuál es su “depuración normativa” y para ello es preferible la modificación de los preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral y del Estatuto de los Trabajadores, “frente a una norma especial”. Si bien, la dificultad de regular adecuadamente los procedimientos de solución extrajudicial “alcanza instituciones nucleares del sistema de relaciones laborales” (LANTARÓN BARQUÍN, 2003).

típicos de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus distintas funciones, entre ellas, su función de gestión de la empresa y de las reestructuraciones empresariales, lo que es bueno para la propia autonomía colectiva, para las partes, para el sistema de relaciones laborales y para “el sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo” (STC 217/1991, FFJJ 1 y 5) (CASAS BAAMONDE, 2014).

No solo la flexibilidad ha venido para quedarse, en paralelo también la crisis económica permanecerá, y aquí es donde debe aparecer una nueva cultura negocial, donde el período de consultas no sería “una partida de tahúres en la que interviene cada vez la ley a favor de uno de los jugadores... sino algo menos traumático en el que coincidiría el consenso de ambos contendientes” (FALGUERA BARÓ, 2013). La solución autónoma de los conflictos de trabajo ya no es una carencia en nuestro sistema de relaciones laborales, pero los impulsos de búsqueda del acuerdo no deben hacerse a cualquier precio, por ejemplo, en la nueva ordenación jurídica de los descuelgues por las empresas del convenio que resulte aplicable (Ley 3/2012), “se fomenta el acuerdo de inaplicación imponiendo con carácter obligatorio, en caso de que las partes no se sometieran a los procedimientos pactados en el acuerdo interprofesional o estos no hubieran solucionado la discrepancia, la fórmula arbitral³¹.

³¹ No es cuestión ahora de discutir sobre la conformidad constitucional de una regla semejante, bastando con destacar la errática y extravagante regla que residencia en la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o en las respectivas instituciones autonómicas de naturaleza semejante, en lugar de en la Fundación Sima o en los correspondientes tribunales o institutos laborales autonómicos que ejercen idénticas funciones, la decisión de dictar en su seno el laudo arbitral o designar a un árbitro externo para que sea él el que lo dicte” (VALDÉS DAL-RÉ, 2012a). Parece que el carácter tripartito fue el que sirvió de base a la atribución de la citada competencia, pues la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, ya recordaba que es un órgano con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración, “cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad, tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución española” (MERCADER UGUINA, 2012). La cuestión es criticable por el carácter obligatorio del procedimiento, aunque se utilice como *ultimátum*, lo que permite poner en duda su constitucionalidad -ante la falta de voluntariedad de las partes en conflictos de intereses- porque pone en juego la integridad del derecho de negociación colectiva; y en segundo lugar, por el órgano designado para resolver el conflicto, ya que en la Comisión Consultiva está presente la Administración, que no es un tercero imparcial (GRANADOS ROMERA, 2012; MIÑARRO YANINI, 2014). Lo definitorio es que se trata de un órgano administrativo, “que dicta estrictos actos administrativos y, por tanto, no son propiamente expresión de la autonomía colectiva”; por otra parte, las tres instancias integradas en su seno no actúan en este caso en posición de igualdad, porque el único escenario imaginable es que la representación sindical en el seno de dicho organismo se oponga al descuelgue en tanto que la representación empresarial se manifieste a favor, “con lo cual el voto final de calidad queda otorgado *ex lege* a la

Tanto en el ámbito europeo como en el interno, de principio a fin, el protagonismo en la solución extrajudicial de mediación de los conflictos laborales es de los agentes sociales, y esto debe presidir la actuación del órgano mediador o arbitral; que el procedimiento termine con la avenencia entre las partes no es lo único que importa, sino que muchas veces la labor del mediador fue recuperar el diálogo entre solicitante y solicitado, buscar cauces de entendimiento y lograr un nuevo clima de paz social entre los interesados, de forma que puedan prevenirse futuros conflictos y que la mecánica del sistema mediador se traslade al ámbito negociador de las condiciones de trabajo en el interior de la empresa. Además del logro de que una propuesta concreta sea aceptada por ambas partes y resuelva el conflicto planteado (avenencia), el principal éxito de la composición autónoma es la promoción de la negociación colectiva a todos los niveles. Es más, “la finalidad primera y esencial a la que han de atender los modos no jurisdiccionales de solución de controversias no es, por paradójico que resulte, la prevención o la composición de la conflictividad laboral, sino el fortalecimiento del diálogo social y de la negociación colectiva” (VALDÉS DAL-RÉ, 2002). Desde aquí se puede reflexionar sobre la conveniencia de “anticipar” el procedimiento de mediación y que se realice antes de que el conflicto se desencadene; “esto es, habría de pensarse sobre la conveniencia de concebir la mediación más como forma de *prevenir* el conflicto que como forma de *solucionarlo*” (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2003), siempre y cuando este *adelanto* procure la finalidad primera y esencial, que no es otra que el fortalecimiento del diálogo social y la negociación colectiva. En otro sentido, se puede pensar que fortalecer el papel de terceros ajenos al sistema de relaciones

representación de la Administración”. En definitiva, de forma camuflada nos encontramos ante un mecanismo de arbitraje obligatorio de carácter público impuesto desde la ley, que materialmente se asimila al laudo de obligado cumplimiento del antiguo procedimiento de conflicto colectivo que fue declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, de 8 de abril (CRUZ VILLALÓN, 2012a); en otro caso, si la decisión se produjera en su propio seno, podría pensarse que la Administración habría realizado una función mediadora, aunque –como se ha dicho- esto resultará bastante improbable. En conclusión, nos encontramos en presencia de un “arbitraje público obligatorio instado por la parte empresarial” y, lo peor, “la decisión de inaplicar el convenio queda desvinculada de todo proceso de negociación colectiva, sea a nivel centralizado (convenio afectado) o descentralizado (acuerdo de descuelgue), por lo que el legislador no sólo se aparta del mandato constitucional, sino que vulnera de manera ostensible el principio de autonomía colectiva reconocido en la CE” (CORREA CARRASCO, 2014). Ahora bien, es claro que el sistema articulado por el legislador deja constancia de que se trata de una intervención claramente subsidiaria, el último intento para desbloquear situaciones de desencuentro negocial (ARIAS DOMÍNGUEZ y RAMOS MORAGUES, 2014).

laborales para que gestionen el conflicto, puede debilitar la negociación colectiva y el poder de las partes sociales, sobre todo en países como los del norte de Europa, donde hay una gran tradición de negociación y las partes tienen capacidad para solucionar sus propias desavenencias a través de procedimientos acordados mayoritariamente a nivel sectorial (RIGBY, 2014).

La sucesión de cambios normativos ha contribuido a aumentar las menciones estatutarias a la mediación y al arbitraje como medios autónomos para solventar los conflictos laborales, surgidos en el ámbito de la flexibilidad interna y de la negociación colectiva. Los interlocutores sociales confían en un sistema que ellos mismos se han dado, autónomo y privado, creado como alternativa a la solución judicial, que presenta mejores resultados estadísticos, con un alto porcentaje de acuerdos si lo comparamos con la conciliación administrativa, donde parece que solo se concilian los conflictos que ya llegan acordados. Por otra parte, la mediación laboral se prefiere al arbitraje, que no tiene la flexibilidad y agilidad del procedimiento mediador, y que no permite a las partes el control del conflicto en todas sus etapas. En definitiva, “el marco legal actual de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales se mueve entre diversas opciones de política legislativa, procedentes de las distintas leyes reformadoras” (CASAS BAAMONDE, 2014); pero, como se ha dicho, no deja de sorprender el hecho de que “no es que se regule sin consenso —lo que ya sería importante pero se podría alegar que ya se había producido en 2011—, es que se regula en contra del consenso, imponiendo soluciones contrarias a lo pactado por los protagonistas de la negociación colectiva: los trabajadores y empleadores y sus respectivas organizaciones representativas” (ALFONSO MELLADO, 2013).

Llegados aquí, no está de más confirmar el importante impulso legislativo a la mediación y al arbitraje y, por ende, el protagonismo que han adquirido estos mecanismos de consulta y negociación con base en la autonomía colectiva de los agentes sociales, lo cual es positivo, sobre todo en tiempos de crisis, pero siempre que se respeten los difíciles consensos alcanzados por las organizaciones que representan al conjunto de los trabajadores y empleadores;

y segundo, que se proceda a una conjunta y ordenada sistemática jurídica en su regulación.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA. VV. (2012): *El impacto de la Reforma Laboral iniciada con la Ley 35/2010 en los sistemas de conflictos laborales pactados*, ALFONSO MELLADO, C. L. (Dir.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid.
- ALFONSO MELLADO, C. L. (2005): “El papel de los conciliadores mediadores en los procedimientos de solución de conflictos laborales”, en AA. VV., *IX Jornadas nacionales de sistemas de solución autónoma de conflictos laborales*, original mimeografiado, Fundación SERLA, Salamanca, pp. 25-53.
- (2013): “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones Laborales*, nº 3, pp. 15-42.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RAMOS MORAGUES, F.: (2014): «Las nuevas funciones decisorias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, EOLAS ediciones, León, pp. 557-573.
- BIAGI, M. (2001): “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 3-14.
- BORRAJO DACRUZ, E. (1983): “Sistemas de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos de trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 10, p. 11.
- BRUUN, N. (2003): «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 1-48.

- CASALE, G. (2003): «Collective bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 49-102.
- CASAS BAAMONDE, M^a E. (1992): "La solución extrajudicial de los conflictos laborales", *Relaciones Laborales*, tomo II, pp. 29 y ss.
- (1995): "Procedimientos de solución y reforma de la legislación laboral", en AA. VV.: *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, pp. 51-88.
- (2002): "Sistemas autónomos de solución de conflictos "a escala europea" y reforma de la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, tomo I, pp. 69-85.
- (2014): "Mediación, arbitraje y períodos de consultas", *Relaciones Laborales*, nº 4, pp. 1-27.
- CASAS BAAMONDE, M^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2012): «Las reformas de la reforma laboral de 2012 (la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)», *Relaciones Laborales*, nº 15-18, pp. 31 y ss.
- CORREA CARRASCO, M. (2014): "Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)", *Relaciones Laborales*, nº 11, pp. 41-74.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1996): "El arbitraje laboral en la reforma legislativa", en OJEDA AVILÉS, A. (Coord.), *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Tecnos, Madrid, pp. 17-87.
- (1999): "La resolución privada de los conflictos relativos a la negociación colectiva", en AA. VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, SIMA, Madrid, pp. 5 y ss.
- (2011): "El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 251-285.
- (2012): "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012*,

Laurentino Javier Dueñas Herrero

de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid, pp. 385-417.

- DEL REY GUANTER, S. (1992): *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales*, Consejería de Fomento y Trabajo – Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

- (1995): “Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral”, en AA. VV.: *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, pp. 27-38.

- (1996): “El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: un análisis inicial”, en AA. VV.: *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva*, MTSS, Madrid.

- (2012): *Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales*, Fundación SIMA, pp. 1-25.

- DUEÑAS HERRERO, L. J. (2001): «El paritarismo convencional de autocomposición de los conflictos laborales en Castilla y León», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 311-345.

- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2011): “Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 311-356.

- FALGUERA BARÓ, M. Á. (2013): *El acuerdo en el período de consultas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, pp. 1-95.

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001), «La mediación», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 135-187.

- GÁRATE CASTRO, J. (1998): “Composición y solución privada de conflictos de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 87, pp. 39-71.

- GARCÍA QUIÑONES, J. C. (2005a): *La conciliación laboral*, Lex Nova, Valladolid.
- (2005b): “La solución extrajudicial de conflictos en las reestructuraciones empresariales”, en CUENCA ALARCÓN, M. (Coord.), *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales*, PEARSON EDUCACIÓN, SA, Madrid, pp. 105-133.
- GIL y GIL, J. L. (2007): “La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo”, en GIL y GIL, J. L. (Coord.), *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales*, Relaciones Laborales, nº 23-24, pp. 121-160.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (2000): «La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», Relaciones Laborales, nº 2, pp. 245-268.
- GRANADOS ROMERA, M^a I. (2012): «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?», Relaciones Laborales, nº 21-22, pp. 53-78.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. (2003): *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid.
- (2003): “Consideraciones acerca de la solución extrajudicial del conflicto laboral”, Información Laboral – Jurisprudencia, nº 10, pp. 2-18.
- MATEOS BEATO, A. (2000): “SIMA: balance y perspectivas”, en AA. VV., *Jornadas Confederales sobre mediación y arbitraje. Madrid, 14 y 15 de julio de 1999*, Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT, Madrid, pp. 40-45.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2012): “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, pp. 355-383.
- MIÑARRO YANINI, M. (2012): “El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de solución de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales”, Actualidad Laboral, nº 19-20, pp. 5 y ss.

Laurentino Javier Dueñas Herrero

- (2014): «La solución extrajudicial de conflictos laborales», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, EOLAS ediciones, León, pp. 37-58.
- MOLERO MARAÑÓN, Mª. L. (2011): “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 193-196.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2001): “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la “cuestión social”, *Relaciones Laborales*, tomo II, pp. 197-254.
- ODRIozOLA LANDERAS, A. (2001): “Apuntes sobre el ASEC II”, *Relaciones Laborales*, tomo I, pp. 645-664.
- OIT (1974): La conciliación en los conflictos de trabajo, OIT, Ginebra, p. 5.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2001): «El arbitraje laboral», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 311-345.
- (2005): “Los criterios de competencia territorial de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales”, en AA. VV., *IX Jornadas nacionales de sistemas de solución autónoma de conflictos laborales*, original mimeografiado, Fundación SERLA, Salamanca, pp. 79-87.
- (2012): “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, pp. 27-49.
- PEDRAJAS MORENO, A. (2001): «La impugnación de los acuerdos de mediación y de los laudos arbitrales laborales», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, p. 311-345.

- POCHET, P. y DEGRYSE, C. (2001): "Diálogo social europeo: los instrumentos y los actores", ejemplar mimeografiado presentado para las XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid.
- RIGBY, M. (2014): "Intervención por terceros: el contexto europeo", en GARCÍA CALAVIA, M. Á. y RIGBY, M. (Coords.), *La solución autónoma de conflictos laborales en España. Una aproximación*, Germania, Valencia, pp. 23-40.
- RÍOS SALMERÓN, B. (1997): "Soluciones pactadas de conflictos de trabajo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 3, p. 297.
- RIVERO LAMAS, J. (2006): *Prólogo a SANTOR SALCEDO, H.: La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid, pp. 21-26.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.ª L. (1998): "Algunos problemas jurídicos de la primera andadura del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje", *Derecho Social*, nº 4.
- (2003): "Conciliación, mediación y arbitraje en España", en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 149-213.
- (2004): *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (1995): "Conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral", en AA. VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, pp. 11-26.
- (1996): Introducción, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, OJEDA AVILÉS, A. (Coord.), Tecnos, Madrid, pp. 17-87.
- (2002): "La nueva dimensión del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 2, pp. 1-13.

Laurentino Javier Dueñas Herrero

- (2005): «Derecho, proceso y solución de conflictos de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 13, pp. 3-13.
- (2007): “Presentación”, en GIL y GIL, J. L. (Coord.), *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales*, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 1-10.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E. (2012): «Las reformas de la reforma laboral de 2012 (la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, pp. 31 y ss.
- SALA FRANCO, T. (2014): “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, pp. 463-475.
- SANTOR SALCEDO, H. (2006): *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid.
- SESMA BASTIDA, B. (2004): Procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales: marco convencional y normativo, Tesis Doctoral, Servicio de Publicaciones, Universidad de la Rioja.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2009): “La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desideratum* legal y el ostracismo social”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 10, pp. 209-226.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1997): «El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, pp. 521-567.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1993): Prólogo a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general*, ACARL, Madrid, pp. 13-22.
- (1998): «El ASEC: apuntes sobre su texto y su contexto», *Relaciones Laborales*, tomo I, p. 3.

- (2000): «Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, pp. 12-13.
- (2001): «Arbitraje y conflictos colectivos en el ASEC: problemas aplicativos», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp.191-208.
- (2002a): “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, pp. 41-63.
- (2002b): “Bases para la implantación de un sistema no jurisdiccional de conflictos de trabajo de dimensión europea (I y II)”, *Relaciones Laborales*, nº 8 y 9, pp. 1-10.
- (2002c): “Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, nº 18, pp. 17-38.
- (2003): “Informe de propuesta sobre un posible sistema voluntario de conciliación, mediación y arbitraje europeo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 453-475.
- (2005): “La conciliación laboral”, *Relaciones Laborales*, tomo II, pp. 13-24.
- (2006): “La solución extrajudicial de conflictos en el derecho europeo” en Valdés Dal-Ré, F. (Coord.), *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales. Situación actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Fundación SIMA, pp. 181-209.
- (2012): “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, p. 20.

ANEXO IX

VII. LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL (II)

“Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor”

Revista de Información Laboral, Lex Nova, nº 7, 2015.

ISSN: 0214-6045.

ALGUNAS SEDES DONDE NEGOCIAR EL CONFLICTO LABORAL: EL ESPACIO SIMA Y EL PARITARISMO CONVENCIONAL AUTOCOMPONEDOR

LAURENTINO J. DUEÑAS HERRERO

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. El modelo de gestión del SIMA.
1. Tipos de conflictos afectados.
2. Tipos de procedimientos tramitados.
- III. El *paritarismo convencional autocomponedor*.
- IV. La confianza de los interlocutores sociales en la negociación del conflicto laboral.
- V. Bibliografía citada.

RESUMEN

La solución alternativa del conflicto laboral se ha regulado de una forma desordenada en el sistema español de relaciones laborales y ha surgido una nueva cultura negociadora entre trabajadores, empresarios y sus representantes legales. Esta nueva cultura negociadora es un envite que se lanza desde la ley para que trabajadores, empresarios y sus representantes legales, puedan acudir en cualquier momento a la mediación o al arbitraje. La futura política legislativa debe encaminarse hacia la creación de un único escenario normativo regulador, que no sea contrario al consenso logrado por los interlocutores sociales. Algunos ámbitos donde negociar las controversias laborales son el SIMA y las comisiones paritarias.

ABSTRACT

The alternative dispute resolution has been regulated in a disorderly manner in the Spanish labor relations system, but a new bargaining culture amongst workers, employers and their legal representatives has emerged. This new bargaining culture is an invitation which is cast from the law to social interlocutors to enable both, the employers, workers and the legal representatives, at any time, for using mediation or arbitration to overcome their differences. The legislative policy option must be the creation of a single normative scenario for its regulation, which will not go against the consensus of the social partners. Some areas where labor disputes can be negotiated are the SIMA and other parity committees.

Palabras clave: interlocutores sociales, comisiones paritarias, conflictos laborales, convenio colectivo, negociación colectiva, procedimientos alternativos, acuerdo extrajudicial, reestructuración productiva, SIMA.

Key words: *social partners, collective bargaining, collective agreement, labour disputes, alternative dispute resolution, extrajudicial agreement, productive restructuring, parity committees, SIMA.*

I. PLANTEAMIENTO

Un ensayo sobre el conflicto de trabajo, la autonomía colectiva y la solución extrajudicial, por muy breve que sea, no puede dejar de considerar los siguientes aspectos fundamentales: el reconocimiento del conflicto, los mecanismos para su solución y el papel de ambos en el sistema de relaciones laborales (LANTARÓN

BARQUÍN, 2003)¹. El conflicto laboral forma parte integral de los sistemas de relaciones industriales (CASALE, 2003)², es una expresión del más amplio conflicto social y en él confluyen intereses divergentes según las necesidades, posiciones y poderes de los sujetos implicados; se puede definir como toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo (ALONSO OLEA, 2008). La intensidad de un conflicto viene determinada por la dimensión de los intereses en contienda y por el poder de los protagonistas enfrentados; “siendo ello así, el conflicto de trabajo debe ser entendido como una genérica referencia a la situación de tensión u oposición latente o expresa en la que se sitúan quienes ocupan posiciones de poder desigual en el marco de las relaciones de trabajo”; si nos detenemos en el conflicto colectivo, se puede decir que exterioriza la pretensión que un sujeto colectivo formula frente a otro y su aplicación a aquellos de quienes ostenta una representación reconocida social o legalmente (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, 1993). A mayor abundamiento, se trata de una controversia sobre cuestiones profesionales y se muestra como un fenómeno propio e inseparable del funcionamiento de las sociedades regidas por sistemas capitalistas democráticos (BARREIRO GONZÁLEZ, 1980); y “la función del Derecho no es otra que dar razonable satisfacción a la necesidad que toda sociedad tiene de solventar o, al menos, de ordenar y racionalizar los conflictos que en ella surgen”, debido a la estrecha vinculación entre norma jurídica y controversia (VALDÉS DAL-RÉ, 2005). La calificación de ese conflicto social como industrial “es, ni más ni menos, acreedora de la naturaleza de la relación que lo origina, el contrato de trabajo, que es su presupuesto” (LANTARÓN BARQUÍN, 2003). Fijado lo anterior, y dentro de la órbita del “conflicto industrial”, la realidad nos muestra que en la programación de cualquier controversia laboral está inscrita su solución, porque la consecución de un compromiso es el presupuesto de partida del propio conflicto, “lo contrario nos situaría más en un combate que ante un conflicto colectivo de trabajo” (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, 2001).

Tras esta breve exposición propedéutica confirmamos que el conflicto debe existir y debe tener un cauce adecuado de solución. Claro es que, el tratamiento y la gestión del conflicto de trabajo no pueden dejar de lado, antes al contrario, deben ayudarse de la autonomía colectiva de las partes. La composición extrajudicial se produce básicamente a través de la conciliación, la mediación o el arbitraje, si bien, en este último las partes ceden el control del conflicto planteado, porque el árbitro dirime. Los procedimientos autónomos procuran reconducir el conflicto hacia un sistema de encuentros y desencuentros inherentes a toda regulación de las condiciones de trabajo. En definitiva, las técnicas de conciliación y mediación son los cauces por excelencia para la composición de los conflictos no justiciables, que versan sobre la existencia misma de la regla aplicable y que han de ser dirimidos mediante la negociación entre las partes, bien de manera directa bien con el auxilio de un tercero; incluso la preferencia en favor de la conciliación alcanza igualmente a los conflictos propiamente jurídicos, donde se discute el sentido recto que debe atribuirse a una regla ya existente (VALDÉS

¹ A estos tres aspectos LANTARÓN BARQUÍN añade dos ideas generales que deben planear sobre ese estudio: la adecuación del medio de solución a las características del concreto conflicto y las excelencias de los medios autónomos en abstracto, por su voluntariedad y por ser signo de la madurez de los sujetos colectivos. Tampoco se deben dejar de lado, el necesario papel público y, por último, el justo equilibrio entre estos últimos.

² Así lo manifiesta CASALE: “Labour disputes are an integral part of the industrial relations systems. They are, indeed, a part of life and can appear at any time and at almost any level of the economy”.

DAL-RÉ, 2005). Sin duda, una de las grandes ventajas de los sistemas autónomos es que ofrecen cobertura conjunta a la solución de conflictos jurídicos o de interpretación y de conflictos económicos o de intereses, así como a la de los conflictos colectivos y a la de los plurales e individuales, diluyendo las rígidas fronteras teóricas, que no siempre prácticas, que establecen su separación (CASAS BAAMONDE, 2002)³.

II. EL MODELO DE GESTIÓN DEL SIMA

El objeto de los acuerdos de solución extrajudicial o autónoma de conflictos laborales no es la regulación de condiciones de trabajo o de empleo, sino de una serie de procedimientos para alcanzar ciertos resultados de pacificación social (MARTÍN VALVERDE, 1996); a esto hay que sumar que los acuerdos interprofesionales, los convenios colectivos o la propia ley, no sólo reglamentan los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, también pueden y suelen crear el órgano que los gestiona, fijando sus normas de funcionamiento. Al mismo tiempo se les dota de los recursos económicos, técnicos y humanos correspondientes. Así, por ejemplo, la resolución de conflictos laborales en los países de Europa Central y Oriental está regulada por ley. Una tendencia común es la creación de servicios independientes y autónomos de conciliación, mediación y arbitraje en el plano nacional, pero la dificultad para llevarlos a cabo en muchos países de la región mencionada se debe a la falta de disponibilidad de suficientes recursos financieros y humanos, no hay conciliadores y árbitros bien preparados (*non-availability of sufficient resources, both human and financial*) (CASALE, 2003). En el caso de España, un acuerdo profesional (ASEC/1996) procedió a instituir tanto los procedimientos como la institución encargada de su gestión y organización (fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, SIMA). En otros países, en cambio, los procedimientos se regulan y su órgano gestor se constituye por un acto de soberanía política, por ley (VALDÉS DAL-RÉ, 2002)⁴.

Los diferentes acuerdos estatales y autonómicos que se han ido sucediendo en nuestro país han encargado la gestión de los procedimientos extrajudiciales a órganos que, básicamente, se constituyen como lugares de encuentro para negociar el conflicto y su gestión se ha configurado de dos formas: como fundaciones o bien como órganos integrados en los Consejos de Relaciones Laborales de la correspondiente Comunidad

³ En la doctrina del Tribunal Supremo se destaca que la “nota finalista” es la que marca la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses, y que la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros, porque respecto de los segundos, el Juez no puede sustituir “la infungible voluntad negociadora de las partes”; “y, como es lógico, estas últimas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación (STS 13-05-2014, FJ 5).

⁴ El autor pone como ejemplos de este modelo legal, la experiencia inglesa, con el *Arbitration and Conciliation Advisory Service* (ACAS), y griega, con el *Servicio Griego de Mediación y Arbitraje* (OMED). Más adelante también señala que se financian con fondos públicos, sean creados por el propio Estado o por la autonomía privada; así el *National Mediation Office* en Suecia, el *Labour Relation Commission* en Irlanda, el *ACAS* inglés y el *OMED* griego son, todas ellas, instituciones encargadas de activar, en situaciones de conflictividad laboral, procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, que gozan de autonomía y que se financian con fondos públicos. Pero también sucede en aquellos otros casos en los que la institución, pese a haber sido creada mediante un acto de autonomía privada (acuerdo interprofesional), es sufragada con cargo a fondos públicos. El *Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje* (SIMA) refleja, de modo paradigmático, esta segunda orientación.

Autónoma, con mayor o menor grado de participación de la administración respectiva. Parece que lo mejor es que la gestión sea predominantemente asumida por las organizaciones sindicales y empresariales, ya que precisamente lo que se busca es incrementar su participación en la solución de los conflictos laborales (SALA FRANCO y ALFONSO MELLADO, 2001). Uno de esos lugares donde se gestiona la negociación de los conflictos de ámbito estatal es el SIMA, que es una institución paritaria constituida a partes iguales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del V Acuerdo para la solución autónoma de conflictos (7-02-2012)⁵.

1. TIPOS DE CONFLICTOS AFECTADOS

Una vez situados en el escenario de los recursos personales y materiales que van a hacer posible el funcionamiento y puesta en práctica del V ASAC, y delimitados los medios o procedimientos de solución extrajudicial de modo genérico, debemos enumerar qué tipo de conflictos pueden tramitarse en el SIMA. Antes de hacer el cómputo de los resultados, y porque se trata de una de las referencias que observan de cerca los acuerdos autonómicos, es oportuno analizar los tipos de conflictos regulados en el V ASAC sobre los que pueden versar las solicitudes que se plantean por las partes. Los conflictos laborales afectados o susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en el V ASAC (mediación y arbitraje), son los siguientes:

1. *Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación.* Se puede solicitar el inicio del procedimiento de mediación para solucionar los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 153 LRJS y sin perjuicio de la intervención de las comisiones paritarias a la que se refieren los artículos 85.3 e) y 91.3 ET en los conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos⁶. Desde el I ASEC se viene arrastrando un “modelo de conflicto fundamentalmente judicial y de aplicación e interpretación” con intervención de la comisión paritaria, que es referencia en la interpretación más que en el control de la aplicación (MATEOS BEATO, 2000). En el V ASAC se recoge esta intervención de las comisiones paritarias con carácter previo a la tramitación del procedimiento extrajudicial. La eficacia de la solución alcanzada en estos conflictos: acuerdos y laudos, es de equiparación a la eficacia de un convenio colectivo, siempre que las partes que lo suscriben tengan la legitimación y mayoría suficiente para pactar un convenio, en caso contrario estaríamos ante un pacto colectivo de eficacia contractual o extraestratutario. En 2014 se tramitaron 387 procedimientos, de los que 278 fueron de interpretación y aplicación, lo que significa un 72% del total (afectaron a 2.871.480

⁵ El SIMA tiene personalidad jurídica y capacidad de obrar y reviste las características de una fundación tutelada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por lo que sus recursos tienen naturaleza pública y sus actuaciones carácter gratuito (artículo 5 V ASAC).

⁶ Son los conflictos jurídicos por excelencia y tienen su origen en la interpretación y aplicación de una norma estatal o un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, una decisión empresarial de carácter colectivo o una práctica de empresa. Las comisiones paritarias de los convenios colectivos están legitimadas para conocer de los conflictos que se planteen en la aplicación e interpretación del convenio (artículo 91.1 ET), sin impedir la posibilidad de acudir posteriormente a la vía extrajudicial o judicial. De hecho, en los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente (artículo 91.3 ET).

trabajadores). Esta es una constante desde que existe el SIMA. **Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.**

2. *Los conflictos por discrepancias surgidas en el seno de las comisiones paritarias.* Parece claro, tras lo dispuesto en la letra e) del artículo 85.3 ET, que debe designarse una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas⁷. En las estadísticas del SIMA no aparece ningún conflicto de este tipo en 2014 (solo 1 en 2013) y el bloqueo en la comisión paritaria –que muchas veces no deja de ser un problema interno- es absolutamente tangencial desde 1998. **Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.**

3. *Los conflictos por discrepancias surgidas en la negociación colectiva.* Son conflictos surgidos cuando durante la negociación de un convenio colectivo, acuerdo o pacto se produce un bloqueo de la negociación. Es un claro ejemplo de conflicto de intereses. Tras la reforma de 2012 se ha simplificado el procedimiento para la renovación de un convenio colectivo denunciado y se ha reducido el plazo máximo de la ultraactividad a un año desde su denuncia, lo que incentiva la utilización de la mediación y el arbitraje si hay un enquistamiento en la negociación del nuevo convenio⁸. En 2014 los bloqueos de negociación de un convenio colectivo fueron 4 y

⁷ En muchos convenios ya se expresaba que la constitución de una Comisión de Interpretación y Vigilancia perseguía el fin de fomentar la paz social a través de la colaboración entre las partes en la solución de discrepancias, conflictos y mejoras del contenido del convenio. Y se añadía que si —a pesar de la intervención de la comisión paritaria— el conflicto permanecía, las partes podrían acudir a los procedimientos autónomos de solución extrajudicial y, finalmente, si optaban por ello, a la jurisdicción laboral. En el propio contenido del convenio colectivo debe recogerse el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos (art. 85.3, letra e) ET). En el V ASAC se enumera como un conflicto laboral, susceptible de someterse a los procedimientos de mediación y arbitraje, el relativo a las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la adopción de acuerdos, para la resolución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este acuerdo deberá instarse por quien se disponga en el convenio colectivo o, en su defecto, por la mayoría de ambas representaciones (artículo 4.1. b) del V ASAC).

⁸ Esto proporciona un trascendental papel a las mediaciones y arbitrajes establecidos por los acuerdos del artículo 83 ET. A nivel estatal, en el V ASAC, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, en la letra c) del artículo 4.1, se establece que cuando se está negociando la renovación de un convenio colectivo que afecta a más de una Comunidad Autónoma se puede acudir a la mediación o al arbitraje:

- a) En cualquier momento. Cuando sea solicitado conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el convenio con eficacia general. En este caso, no será preciso el transcurso de plazo alguno para someterse a los procedimientos previstos en el V ASAC.
- b) Tras el transcurso de cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora. Si el bloqueo se produce transcurridos cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora, podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de los trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación.
- c) Según previsión del convenio colectivo. No se exigirá la mayoría, si así está previsto en el convenio colectivo, cuando se hayan superado los plazos máximos de negociación previstos en el artículo 85.3.f) ET [redacción del Real Decreto-ley 7/2011 (8 meses a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia)] o en el convenio que se esté renovando. Es preciso recordar que la letra f) del apartado 3 del artículo 85 ET está actualmente derogada. Este tercer supuesto queda ahora desfasado por la derogación de los plazos máximos del art. 85.3.f) ET, ocho meses o catorce meses, según la duración del convenio inferior o superior a dos años. Pero teniendo en cuenta que actualmente la ultraactividad se elimina en un año desde la denuncia del convenio colectivo (art. 86.3 ET), tiene sentido la apertura de estas iniciativas sin mayoría de alguna de las partes si se interpreta de manera integradora que la referencia es de ocho meses —aun estando derogado el art. 85.3.f) ET— desde la denuncia del convenio —que es cuando comienza a contar el límite temporal del art. 86.3 ET— o los tiempos establecidos en el convenio colectivo. Esta interpretación, al menos en el V ASAC, facilita el desbloqueo, y mitiga, con tiempo suficiente, el riesgo

afectaron a 115.920 trabajadores; y los bloqueos de negociación de un acuerdo o pacto, llegaron a 5 y afectaron a 5.292 trabajadores. **Gráfico 1 y Cuadro 4.**

4. *Los conflictos derivados del desacuerdo en los períodos de consulta.* Son los conflictos derivados de discrepancias surgidas en los períodos de consultas a que se refieren los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET. Son conflictos de regulación, reordenación o reestructuración de empleo. Los convenios colectivos han de expresar dentro de su contenido mínimo los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo⁹. Los acuerdos logrados en mediación —igual que el laudo arbitral— son equiparables al valor del acuerdo en período de consultas. Sin duda la reforma de 2012 ha sido clave para que este tipo de conflictos dejen de ser residuales, por otra parte, no hay que olvidar que en la época anterior, “en la práctica, la autoridad laboral ya jugaba un papel compositivo, dotada, además, de *auctoritas decisoria*” (FALGUERA BARÓ, 2011). En 2014 este tipo de conflictos ascendió a 14, que son el 4% del total de los tramitados en el SIMA, y afectaron a 14.272 trabajadores. Debe significarse que hasta 2012, según la base de datos del SIMA, no constaba que se hubiera sustanciado nunca una divergencia por “períodos de consulta” (en ese año fueron un 4% y en 2013 un 5%). **Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.**

5. *Los conflictos en los supuestos del artículo 64.5, párrafo final, de la Ley Concursal.* En el V ASAC se recoge la posibilidad de sustitución del período de consultas, acordada por el juez, por la mediación y el arbitraje, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del artículo 64.5 párrafo último de la Ley Concursal. El artículo 64 de la Ley Concursal fue objeto de una nueva redacción fijada por medio de la Ley 38/2011, de 10

de caída de la unidad convencional en un año desde la denuncia del convenio colectivo (LAHERA FORTEZA, 2012). En conclusión, la ultraactividad del convenio colectivo decaerá transcurrido un año desde su denuncia, salvo pacto en contrario. Esta regla sobre la ultraactividad posee un valor meramente supletorio y se aplicará a falta de lo que acuerden las partes en convenio o a través de los mecanismos de la mediación o el arbitraje.

d) También se puede iniciar una mediación o arbitraje para solventar los conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de tres meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora, salvo que se trate de la renovación de un acuerdo o pacto que contemple un período distinto al precedente, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo. En este supuesto podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación. No será preciso el transcurso de este período cuando la mediación sea solicitada conjuntamente por ambas representaciones.

⁹ La reforma 2012 incluye la necesidad de acudir al procedimiento de mediación o al de arbitraje para todas las discrepancias que se produzcan en el curso de los períodos de consultas que afecten a los descuelgues de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, por tanto, también deben incluirse los descuelgues salariales (artículo 82.3 del ET), además de los conflictos derivados de modificaciones sustanciales y de movilidad geográfica; la Ley 3/2012, de 6 de julio, también lo amplía a la reducción de jornada, suspensión de la relación laboral y despidos colectivos. Estos supuestos ya se recogen en la letra e) del artículo 4.1 del V ASAC. A los acuerdos autonómicos de solución extrajudicial no les ha dado tiempo a adaptar sus disposiciones a la reforma laboral de 2012 y no contienen mención expresa a la forma de solventar las discrepancias que puedan surgir en la negociación de un descuelgue salarial. La mayoría de los acuerdos tampoco contienen ninguna referencia respecto a la posibilidad de sustituir el resto de períodos de consultas por el trámite de mediación o arbitraje.

de octubre, y se incluyó la posibilidad de que el período de consulta en los procedimientos de regulación de empleo (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de la relación laboral o despidos colectivos) fuera sustituido por los procedimientos de resolución autónoma de los conflictos laborales (procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en la empresa en concurso).

6. *Los conflictos previos a la convocatoria de huelga.* El artículo 8.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, permite que los convenios colectivos establezcan procedimientos de solución relativos a los conflictos que den origen a la huelga. Estos conflictos tienen que ver, más que con el objeto mismo, con la consecuencia: la posibilidad de terminar en huelga. La mediación se produce cuando la huelga no está convocada y es lo que trata de impedir el mediador, solventar las diferencias para evitar la huelga (obligatoriamente se debe acudir al SIMA antes de formalizar la convocatoria). En el caso de los conflictos suscitados sobre los servicios de seguridad y mantenimiento, la huelga ya ha sido convocada. Si la propuesta de mediación no es aceptada por ambas partes, queda expedita la vía de declaración de la huelga para resolver el conflicto. Según la *Memoria de Actividades 2014*, durante ese año se han solicitado en el SIMA 79 procedimientos por motivo de huelga, que suponen el 20% de los tramitados en este período y que afectaron a 234.292 trabajadores. Este tipo de conflictos se movía en una horquilla entre el 2 y el 4 por ciento hasta 2010, cuando aumentó hasta el 17%, y ha seguido una tendencia ascendente en los últimos 5 años (donde se situado entre el 19 y el 20 por ciento). **Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.**

7. *Otros conflictos cuya negociación también se puede solicitar en el SIMA son:*

- Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por el artículo 44.9 ET, que no se refieran a traslados colectivos o a modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.
- Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos, de forma previa al inicio de la vía judicial. Hasta 2012 no hubo ninguno y durante 2014 se tramitaron 5 en el SIMA (1% del total, lo mismo que en 2012 y 2013), que afectaron a 91.750 trabajadores. **Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.**
- Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, cuando dichos convenios contemplen su inaplicación negociada.
- Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos.

Los conflictos laborales que no pueden ser objeto de mediación o arbitraje en el SIMA son:

1. *Los conflictos individuales.* En principio, los conflictos jurídicos individuales se resolverán por la vía judicial, salvo sometimiento expreso y voluntario por las partes a la solución autónoma o extrajudicial. El valor legal del acuerdo de mediación o laudo arbitral será equiparable a un acuerdo contractual entre las partes. No hay que olvidar que el acuerdo en conciliación o mediación tiene efectos equiparables a la conciliación prejudicial y es ejecutable como ésta (art. 68 LRJS). Los conflictos individuales se han excluido del ámbito de aplicación del V ASAC porque se plantean por su propia

naturaleza en el centro de trabajo y no superan este ámbito territorial. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 91.5 ET, el artículo 4.3 V ASAC no incluye la solución de conflictos individuales ni cubre los conflictos y ámbitos distintos a los previstos en este artículo, que podrán someterse a los procedimientos previstos por acuerdos suscritos, o que puedan suscribirse, en los distintos ámbitos autonómicos, o que estén establecidos en los convenios colectivos de aplicación¹⁰.

2. Los conflictos que versen sobre seguridad social. El V ASAC no se aplicará a los conflictos que versen sobre Seguridad Social, salvo la Seguridad Social complementaria, incluidos los planes de pensiones. Esta exclusión objetiva parece lógica, las normas de Seguridad Social no pueden quedar vinculadas por procedimientos mediadores o arbitrales, porque sus efectos dependen de una resolución administrativa o judicial; no así la complementaria, fruto de la autonomía colectiva y que está dentro del ámbito de aplicación del V ASAC.

Por último, hay otro tipo de conflictos laborales que podrán tramitarse en el SIMA, lo que supondría una ampliación respecto a los que se pueden ser objeto de procedimiento:

¹⁰ El objeto de los procedimientos de solución autónoma es, genéricamente, el conflicto de trabajo; individual, si las partes acordaron el sometimiento voluntario; pero, sobre todo, el conflicto colectivo, que representa la consecuencia por excelencia del conflicto laboral (DUEÑAS HERRERO, 2001). De aquí se deduce que la intención es identificar los medios de composición extrajudicial de los conflictos con los de naturaleza colectiva económicos o de intereses o jurídicos, estos últimos surgidos de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos (CASAS BAAMONDE, 1999). Históricamente los acuerdos autonómicos y, particularmente, los acuerdos interconfederales, han apostado por la descentralización en la resolución de conflictos de carácter colectivo y la remisión a la negociación colectiva en las Comunidades Autónomas para que sea en este ámbito donde se decida la oportunidad de suscribir la ampliación de su ámbito objetivo a los conflictos de naturaleza individual (FERNÁNDEZ VILLARINO, 2001). Así, hay algunos acuerdos extrajudiciales autonómicos donde se contemplan los conflictos individuales y, en otros, la resolución de estos conflictos a través de sus procedimientos se ha dejado planteado como una posibilidad de futuro, atendiendo a la evolución propia de cada sistema. Los procedimientos de solución extrajudicial se han negociado colectivamente, de ahí que la atención se centrara inicialmente en la solución de los conflictos colectivos. En el I ASEC y los acuerdos iniciales de País Vasco, Galicia y Cataluña, así se aprecia. Sin embargo, a finales del año 2000, se podían detectar ya diversos acuerdos que abordaban la solución de los conflictos individuales cuando el empleador era un ente privado. La solución ha ido evolucionando hacia una extensión a los conflictos plurales e individuales relativos a: clasificación profesional, fijación de fechas de vacaciones, movilidad geográfica, reconocimiento de antigüedad, modificaciones sustanciales, reconocimientos de excedencias, licencias y permisos, ciertas reclamaciones de cantidad, jornada de trabajo y horario, y movilidad funcional. Raramente se incorporan asuntos sobre extinción contractual y no es usual que se incorporen los problemas sobre vulneración de derechos fundamentales (SALA FRANCO y ALFONSO MELLADO, 2001). En el Informe sobre Procedimientos autonómicos de solución de conflictos laborales del Consejo Económico y Social (19 de octubre de 1994) se señala que el constante crecimiento del número y entidad de los conflictos individuales sobrecarga el sistema judicial y dificulta una rápida y eficaz satisfacción de los derechos, por lo que sería ventajoso proceder a una paulatina consolidación de resolución de procedimientos autonómicos para aquellos tipos de conflictos individuales en que la carga técnico-jurídica fuera menos intensa. En el Informe se ponen algunos ejemplos: determinación de la fecha de vacaciones, derechos de formación profesional, sanciones, etc. De cualquier modo, también se indican "las dificultades técnicas, jurídicas, económicas y sociales que plantean los procedimientos autonómicos de solución de estos conflictos en relación a la actuación judicial. Destacan entre ellas la consideración de aquellos conflictos que afectan en términos tales a los intereses o derechos básicos de las partes que difícilmente pueden someterse a procedimientos de negociación. Así sucede, en lo relativo a la existencia o no de un contrato de trabajo, la validez del ejercicio del poder de dirección en sus aspectos fundamentales, la licitud de determinadas extinciones del contrato, el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, etc.".

1. *Los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de derecho público.* Las relaciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas son laborales y están incluidas en el Estatuto de los Trabajadores y les deben resultar de aplicación los preceptos relativos a los procedimientos extrajudiciales, a pesar de que ni la CEOE ni la CEPYME representan a las Administraciones Públicas. Mayores dificultades ofrece la incorporación de las discrepancias entre los funcionarios públicos y la Administración. En el artículo 1.2 del V ASAC se excluyen los conflictos donde sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 LRJS, sin perjuicio de que la Comisión de Seguimiento del Acuerdo analizará y acordará, en su caso, la incorporación al mismo de «los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios, siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del artículo 45 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y su legislación de desarrollo. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral». En este caso estamos ante una exclusión subjetiva, tanto para los funcionarios públicos y contratados administrativos, como para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, pues la exclusión atiende a la condición del empleador. La exclusión no afecta a las empresas públicas que actúan como un sujeto privado pese a su titularidad pública.

2. *Las controversias colectivas derivadas de acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.* Asimismo, en la letra a) de la disposición adicional tercera del V ASAC, se establece que en el seno de la Comisión de Seguimiento del presente Acuerdo se analizará y acordará en su caso, la incorporación al mismo de: «a) Las controversias colectivas derivadas de acuerdos de interés profesional de ámbito estatal o superior a una Comunidad Autónoma que afecten a más de una Comunidad Autónoma, siempre que voluntariamente así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, y sin perjuicio de otros acuerdos o pactos que en esta materia pudieran existir, y respetando, en todo caso, lo previsto en el artículo 18.1 último párrafo, y 18.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en lo que se refiere a los trabajadores autónomos económicamente dependientes».

Tal y como se identifica en el Preámbulo del V ASAC, ahora se incorporan un mayor número de conflictos colectivos, igual ocurre en el resto de acuerdos interprofesionales, y se contiene una relación muy acabada del tipo de conflictos a los que refieren sus procedimientos, es un listado suficientemente amplio, como para poder afirmar que se trata de una enumeración tan completa que llega a abarcar la totalidad de los conflictos colectivos laborales imaginables en la práctica de las relaciones laborales (CRUZ VILLALÓN, 2012b). Los conflictos colectivos vienen regulados a través de un sistema de lista que ha de reputarse cerrada y extramuros quedan todos aquellos no mencionados expresamente, así están excluidos los conflictos individuales, exclusión que no se basa en un elemento de carácter territorial –aunque el conflicto individual es por su naturaleza local- sino en un elemento estrictamente objetivo, no está en el listado, pero nada impediría que en un futuro se regulara esta posibilidad, “sin que ello

significase mermar o invadir las competencias de los acuerdos autonómicos” (VALDÉS DAL-RÉ, 2001).

Como se ha indicado, el tipo de conflicto que dio lugar al mayor uso por las partes en 2014 en los servicios del SIMA fue el de interpretación y aplicación con el 72%, seguido a gran distancia por el de mediación previa a la convocatoria de huelga con el 20% (juntos suman el 92% del total de los tramitados). Si se observa el comportamiento desde 2010, según el tipo de conflicto, también hay que destacar la evolución positiva -durante los cinco últimos años- de los que pueden dar lugar a la convocatoria de huelga¹¹, de no superar el 4% se ha pasado al entorno del 20%; este aumento se ha producido en detrimento de los correspondientes a bloqueos de negociación, que han pasado del 15% en 2008 al 1% en 2014. Por último, aparecen nuevos tipos de conflictos a partir de 2012, como los que tienen su origen en las discrepancias en los períodos de consulta de los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET¹².

Gráfico 1 y Cuadros 1 y 4.

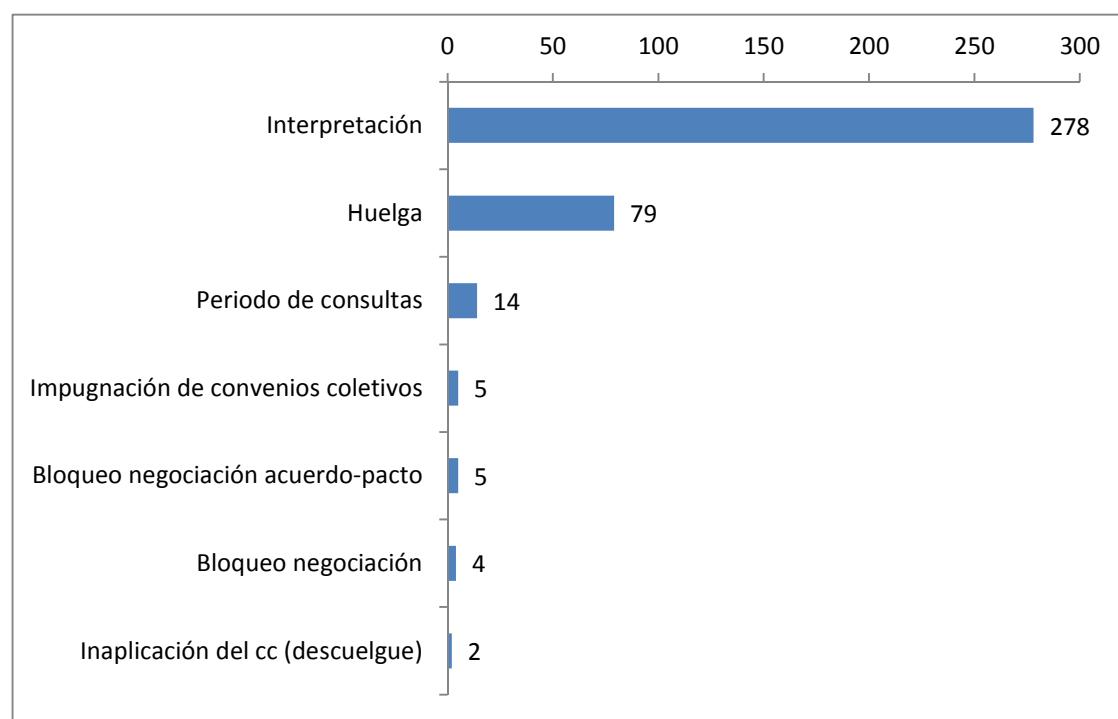
¹¹ Como consecuencia de la nueva redacción del artículo 3 V ASAC, referente a la naturaleza y eficacia jurídica, en la actualidad el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos es de eficacia general y directa, lo que significa que todos los sectores y empresas deben acudir al SIMA, con las salvedades que se establecen en el artículo 3.2 del ASAC, antes de formalizar la convocatoria de huelga, con la finalidad de intentar alcanzar un acuerdo que permita evitar su convocatoria.

Según la *Memoria de actividades 2014* del SIMA:

- Este tipo de procedimiento se promovió en 79 ocasiones durante el año objeto de estudio, afectando a 234.292 trabajadores (en 2013 fueron 100 los procedimientos por esta materia y afectaron a 731.490 trabajadores). De los 100 procedimientos de mediación tramitados, 11 correspondieron al ámbito sectorial y afectaron a 393.150 trabajadores mientras que 89 fueron de empresa y afectaron a 338.340 trabajadores.
- En 13 de ellos, es decir, en el 13% de los casos se alcanzó un acuerdo entre las partes que evitó la convocatoria de huelga, siendo 3 de sector y 10 de empresa.
- El motivo del conflicto más común de este tipo de procedimientos ha sido el relacionado con procesos de reestructuración de empresas, de los que el SIMA ha tramitado 58. De ellos 33 fueron por procesos de despido colectivo, 13 por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, 3 por sucesión de empresas, 1 por inaplicación de convenio y los 8 restantes afectaron a varias submaterias.

¹² Ya en el *Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados en 2012 de la Fundación SIMA*, los datos revelaban la desproporción existente en la clasificación de procedimientos según el tipo de conflicto: durante 2012 la mayoría de solicitudes de mediación se encuadraron en el tipo de conflictos de “interpretación y aplicación” (257 / 74%), seguidos de los conflictos de “huelga” (67 / 19%) y, en tercer lugar, los de “discrepancias en periodo de consultas (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET)”, que fueron 14. Los dos primeros tipos de conflicto sumaron el 93% del total. Algo parecido sucedió en 2011, cuando los conflictos de interpretación y aplicación (177 / 73%) más los de huelga (50 / 20%), sumaron el 93% de los procedimientos tramitados. En 2013 se presentaron 537 procedimientos en el SIMA: 378 fueron de interpretación y aplicación (70,39% del total) y 100 de huelga (18,62% del total); ambos son el 89,01% de todos los presentados.

GRÁFICO 1. NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS POR TIPO DE CONFLICTO EN 2014



Fuente: Fundación SIMA.

2. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS

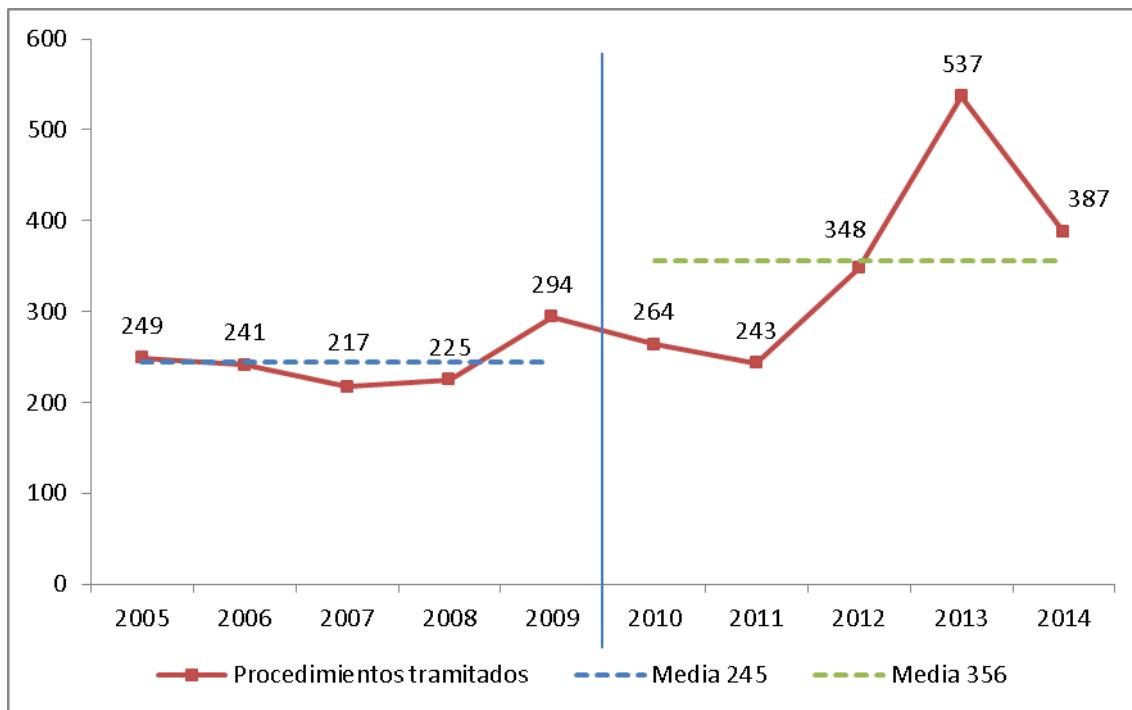
Los datos extraídos de las Memorias de Actividades nos muestran que en el año 2013, en términos absolutos se tramitaron 537 procedimientos que afectaron a 4.129.486 trabajadores; en 2014 fueron 387 expedientes, que afectaron a un total de 3.333.155 trabajadores y 218.136 empresas. Esto significa que los procedimientos tramitados por el SIMA en 2014 suponen una reducción del 28% respecto del año anterior. Véase el **Cuadro 1**. Expresamente la propia Fundación señala que la principal característica de su actividad en el año 2014 ha sido la consolidación de una tendencia de crecimiento de los procedimientos tramitados, porque la Fundación tramita ya una media anual de 356 expedientes en los últimos cinco años (2010-2014) frente a los 245 que tramitaba en el periodo (2005-2009). “Estas cifras, que suponen un incremento del 45% si comparamos los dos períodos, nos muestran una cada vez mayor confianza de empresarios y trabajadores en la solución pactada frente a la solución judicial”. Véase el **Gráfico 2**. Una de las consecuencias que se deducen de estos resultados es que ayudan a disminuir la carga de trabajo de los jueces y magistrados del orden social, que ha aumentado de manera significativa en la presente crisis, tanto por el incremento de la litigiosidad como por la mayor dificultad o complicación de los litigios enjuiciados, como son los conflictos colectivos y los despidos. A esto hay que añadir otro factor que repercute en la carga de trabajo: el dinamismo del cambio legislativo experimentado en los años de crisis (MARTÍN VALVERDE, 2014). Ante esta realidad extremadamente cambiante, se requieren mecanismos ágiles y de respuestas inmediatas por las incertidumbres y demandas en la coyuntura actual (Preámbulo V ASAC)¹³.

¹³ En palabras del FJ5 de la STC 217/1991, de 14 de noviembre, la instauración de medios autónomos de composición de conflictos no tiene otro fin que “procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo

Desde su creación en 1998, la Fundación SIMA ha gestionado más de 4.000 procedimientos de mediación y arbitraje. La principal característica de la actividad de la Fundación en el año 2014 es la consolidación de una tendencia de crecimiento de los procedimientos tramitados. Estas cifras, que suponen un incremento del 43% si comparamos los dos períodos, nos muestran una cada vez mayor confianza de empresarios y trabajadores por la opción de la solución pactada frente a la solución judicial. Los últimos tres años son los de mayor actividad y en ellos se está muy por encima de los 300 procedimientos tramitados. Véase el **Gráfico 2**. Según valoraciones de la propia Fundación SIMA, a este incremento de los procedimientos han contribuido tres aspectos: 1) La inclusión en el V ASAC de la eficacia directa del Acuerdo que se aplica a todos los sectores y empresas, sin necesidad, como en acuerdos anteriores, de que exista una adhesión previa del sector o empresa correspondiente. 2) El impulso que ha supuesto la remisión desde la ley a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos de las discrepancias que surjan en los períodos de consultas de los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Se han incrementado los conflictos relacionados con la reestructuración de empresas, que versan sobre materias como la extinción y la suspensión colectiva de contratos de trabajo, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la inaplicación de lo pactado en los convenios colectivos. Los procedimientos de reestructuración empresarial en 2012 alcanzaron un 31% del total de procedimientos tramitados y se situaron en cifras muy cercanas a los conflictos derivados del salario (36%), que históricamente han sido los que acaparaban el mayor número de expedientes. En 2014 han llegado a un 19%, inmediatamente después que las controversias por salario, que fueron del 21%. Los procesos de reestructuración por modificación sustancial de condiciones de trabajo (30%) y por despido colectivo (26%), han sido las submaterias que más se han utilizado en estos procedimientos. 3) Como tercer y último aspecto que ha influido en el incremento de los procedimientos está también la mayor confianza de sectores y empresas en la actuación desarrollada por la Fundación, hecho que se traduce en la amplia diversidad de sectores o subsectores de actividad que utilizaron sus servicios durante el año 2014: fueron 72, tanto a nivel de empresa como de sector. **Cuadros 1 y 4.**

cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo.

GRÁFICO 2. COMPARATIVA DE LOS PERIODOS 2005-2009 Y 2010-2014 SEGÚN EL NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS



Fuente: Fundación SIMA.

Si en 1996, cuando se firma el ASEC, los datos estadísticos mostraban, por lo que se refiere en particular al desarrollo de los conflictos colectivos, una limitada utilización en nuestro país de los mecanismos de solución privados previstos en sede teórica (CRUZ VILLALÓN, 1996), en el primer semestre de 1999 se duplicó la intervención de los mecanismos previstos en el ASEC respecto del año completo de 1998. A los cinco años de vigencia del ASEC, el arbitraje no había terminado de cuajar: frente al centenar y medio de mediaciones, los procedimientos arbitrales tramitados en el seno del SIMA apenas si alcanzaban la docena (VALDÉS DAL-RÉ, 2000). La importancia de estos mecanismos negociadores está en los propios indicadores económico-sociales, por ejemplo, en el SIMA la mediación fue la única opción en 2012 y casi la única en 2013 (los arbitrajes fueron 6, el 1% del total); en 2014 se tramitaron 4 (también 1% del total), que afectaron a 805.732 trabajadores. **Cuadros 1 y 4.**

CUADRO 1. EVOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS TRAMITADOS EN EL SIMA 2010-2014

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|------------|------------|------------|------------|------------|
| TOTAL PROCEDIMIENTOS | 264 | 243 | 348 | 537 | 387 |
| | % | % | % | % | % |
| ÁMBITO DEL CONFLICTO | | | | | |
| Empresa | 85% | 90% | 90% | 91% | 94% |
| Sector | 15% | 10% | 10% | 9% | 6% |
| TIPO DE CONFLICTO | | | | | |
| Interpretación y Aplicación | 78% | 73% | 74% | 70% | 72% |
| Huelga | 17% | 20% | 19% | 19% | 20% |
| Bloqueo negociación | 5% | 6% | 1% | 1% | 1% |
| Bloqueo en COPA | 0% | 1% | 0% | 0% | 0% |
| Servicios Seguridad y Mantenimiento | 0% | 0% | 0% | 0% | 0% |
| Impugnación convenio colectivo | 0% | 0% | 1% | 1% | 1% |
| Periodo de consultas | 0% | 0% | 4% | 5% | 4% |
| Bloqueo en la negociación acuerdo-pacto | 0% | 0% | 0% | 0% | 1% |
| Inaplicación del CC (descuelgue) | 0% | 0% | 1% | 2% | 1% |
| TIPO DE PROCEDIMIENTO | | | | | |
| Mediación | 99% | 97% | 100% | 99% | 99% |
| Arbitraje | 1% | 3% | 0% | 1% | 1% |
| RESULTADO | | | | | |
| ACUERDOS EN MEDIACIÓN | 34% | 28% | 26% | 24% | 27% |
| Laudos arbitrales | 1% | 3% | 0% | 1% | 1% |
| Total conflictos solucionados | 35% | 31% | 26% | 25% | 28% |
| Sin acuerdo | 53% | 62% | 63% | 62% | 61% |
| Total desacuerdo | 53% | 62% | 63% | 62% | 61% |
| Intentado sin efecto | 10% | 4% | 8% | 8% | 7% |
| Archivado | 2% | 3% | 3% | 5% | 3% |
| Total otros resultados | 12% | 7% | 11% | 13% | 10% |
| En trámite | 0% | 0% | 0% | 0% | 1% |

Fuente: Fundación SIMA.

En el año 2014, la materia salarial y los procedimientos relacionados con reestructuración de empresas fueron los que mayor número de procedimientos agruparon con 155 expedientes, que suponen el 40% del total de los tramitados. Pese a que los procedimientos sobre salario continúan acaparando el mayor porcentaje de expedientes en 2014, con un 21%, esta materia se reduce en 22 puntos porcentuales respecto al año 2013. Igualmente destacar la subida de los procedimientos relacionados con tiempo de trabajo, que se incrementaron hasta el 13% sobre el total de los

tramitados, así como de otras materias, por ejemplo, las relacionadas con derechos sindicales (11%) y con impugnación de convenios colectivos (6%). **Cuadro 2.**

CUADRO 2 PRINCIPALES PORCENTAJES POR MATERIAS DURANTE LOS AÑOS 2012-2014

| | 2012 | 2013 | 2014 |
|------------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Salario | 36% | 43% | 21% |
| Procesos de reestructuración | 31% | 21% | 19% |
| Tiempo de trabajo | 7% | 6% | 13% |
| Resto | 26% | 30% | 47% |
| Total | 100% | 100% | 100% |

Fuente: Fundación SIMA.

Las más recientes reformas laborales dan un tratamiento unitario a todas las medidas de flexibilidad interna o propugnan un “régimen jurídico prácticamente unitario de los procesos de reestructuración de empresas” porque entre los diferentes tipos de flexibilidad interna se produce un diálogo o unidad funcional (VALDÉS DAL-RÉ, 2012a). Se puede concluir que ya las reformas de 2010 y 2011 tenían ya una finalidad u objetivo común: “el modelo de flexibilidad interna que se quiere promocionar es un modelo pactado o consensuado” (MOLERO MARAÑÓN, 2011). Partiendo de estas dos consideraciones, si nos detenemos en los procesos de reestructuración empresarial por submaterias (**Cuadro 3**), se observa que la suma de las correspondientes a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y por despidos colectivos asciende al 56%; junto a estas hay que destacar -por la importancia que han adquirido con la reforma de 2012- las motivadas por la inaplicación del convenio (artículo 82.3 ET) que han sido 12 (16%) y han afectado a 9.744 trabajadores.

CUADRO 3. PROCEDIMIENTOS SOBRE PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN POR SUBMATERIAS. PORCENTAJE Y N° TRABAJADORES

| Submateria (Procesos de reestructuración) | Nº y Porcentaje | Nº trabajadores |
|--|-----------------|-----------------|
| Modificación sustancial de condiciones de trabajo art. 41ET. | 22 (30%) | 14.954 |
| Despido colectivo art. 51 ET | 19 (26%) | 20.640 |
| Varias submaterias o sin calificar | 13 (18%) | 24.475 |
| Inaplicación del convenio art. 82.3 ET | 12 (16%) | 9.744 |
| Movilidad geográfica -traslado- art. 40 ET | 4 (6%) | 3.438 |
| Sucesión de empresas art. 44 ET | 3 (4%) | 414 |

Fuente: Fundación SIMA.

Si se considera el ámbito en el que se plantea el conflicto, de los 387 conflictos tramitados durante el año 2014 correspondieron a conflictos de empresa 364, que afectaron a 778.400 trabajadores y 23 a conflictos de ámbito sectorial o intersectorial

que afectaron a un total 2.554.755 trabajadores. En 2013 los conflictos de empresa fueron 491 (afectaron a 1.043.896 trabajadores) y los de sector 46 (que afectaron a 3.085.590 trabajadores). Como se observa en los **Cuadros 1 y 4** hay una línea ascendente favorable al ámbito de empresa.

CUADRO 4. CONFLICTOS TRAMITADOS EN EL SIMA EN EL AÑO 2014

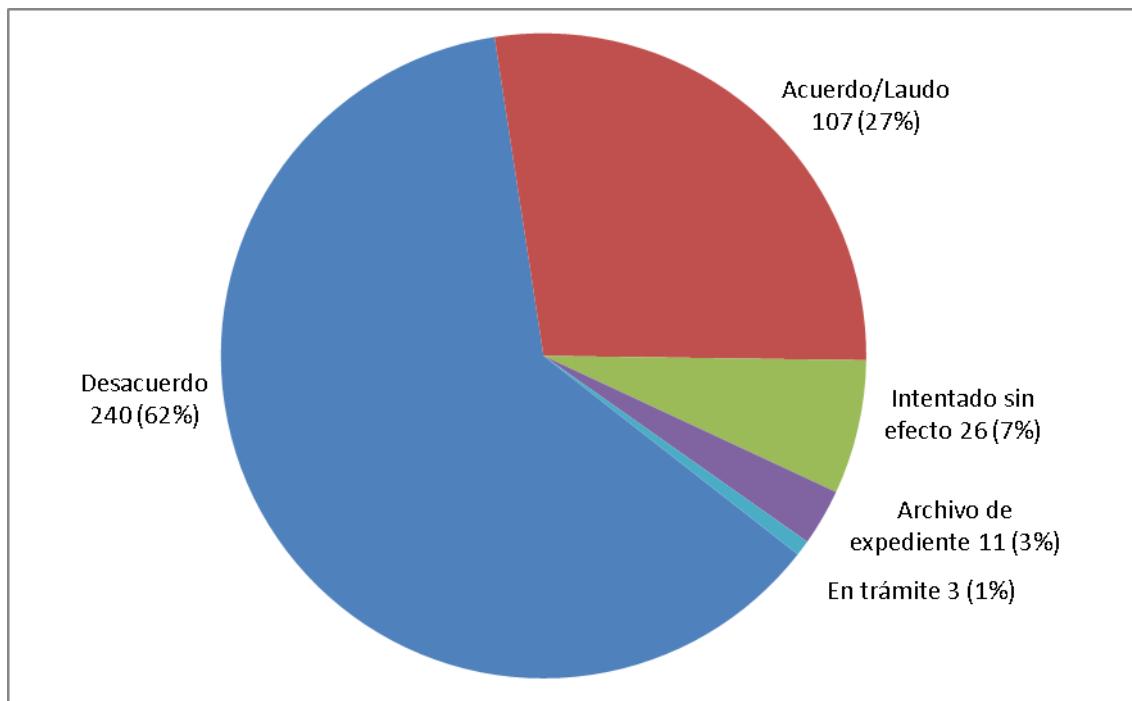
| | PROCEDIMIENTOS | TRABAJADORES |
|--|----------------|--------------|
| | 387 | 3.333.155 |
| ÁMBITO DEL CONFLICTO | | |
| Empresa | 364 | 94% |
| Sector | 23 | 6% |
| TIPO DE CONFLICTO | | |
| Interpretación y Aplicación | 278 | 71,8% |
| Huelga | 79 | 20,4% |
| Periodo de consultas | 14 | 3,6% |
| Impugnación convenio colectivo | 5 | |
| Bloqueo negociación acuerdo-pacto | 5 | 1,3% |
| Bloqueo negociación convenio colectivo | 4 | 1,0% |
| Inaplicación del CC (descuelgue) | 2 | 0,5% |
| TIPO DE PROCEDIMIENTO | | |
| Mediación | 383 | 99% |
| Arbitraje | 4 | 1% |
| RESULTADO | | |
| Acuerdos en mediación | 105 | 27% |
| Laudos arbitrales | 2 | 1% |
| Total conflictos solucionados | 107 | 28% |
| Sin acuerdo | 240 | 62% |
| Total desacuerdo | 240 | 62% |
| Intentado sin efecto | 26 | 7% |
| Archivado | 11 | 3% |
| Total otros resultados | 37 | 13% |
| En trámite | 3 | 1% |
| | | 751.320 |

Fuente: Fundación SIMA.

Los acuerdos suscritos durante 2014 en la fundación del SIMA beneficiaron a 689.777 trabajadores y 76.742 empresas, de ellos 97 tuvieron como ámbito la empresa y afectaron a 132.577 trabajadores y los 10 de sector a 557.200 trabajadores. En términos absolutos, en 2013 los resultados positivos en mediación fueron un 24%, porque hubo 127 acuerdos que afectaron a 603.837 trabajadores; mientras que en 2014 se alcanzó un acuerdo en el 28% de los procedimientos de mediación, si bien hay que tener en cuenta que un 10% se corresponde con mediaciones que no llegaron a celebrarse, o porque se archivaron los expedientes, o porque una de las partes no asistió al acto de mediación.

Al margen de otras causas de archivo del procedimiento, como puede ser la incompetencia del SIMA para su tramitación, es importante mencionar el hecho de que, aunque en teoría el desarrollo de la mediación es obligatorio cuando lo solicita una de las partes del conflicto, “en la práctica únicamente se desarrolla con una cierta normalidad cuando también la otra está de acuerdo con su tramitación, acuerdo que se manifiesta en el hecho de acudir a las comparecencias previstas” (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2003). Si se descuentan los procedimientos en los que la mediación no se pudo celebrar (los intentados sin efecto más los archivados fueron 37) y 3 que se encuentran en tramitación, los 105 acuerdos en mediación más los 2 laudos arbitrales llegan al 31% del total de los 347 efectivamente tramitados. A través de estos procedimientos se pudieron solucionar los conflictos de trabajo sin coste alguno y sin necesidad de tener que acudir a la vía judicial ni convocar, en su caso, una huelga como instrumento de presión. De hecho, la actividad de la fundación como órgano de solución autónoma de conflictos colectivos laborales se realiza al margen de los tribunales de justicia y ayuda a su desjudicialización. Véase el **Gráfico 3**.

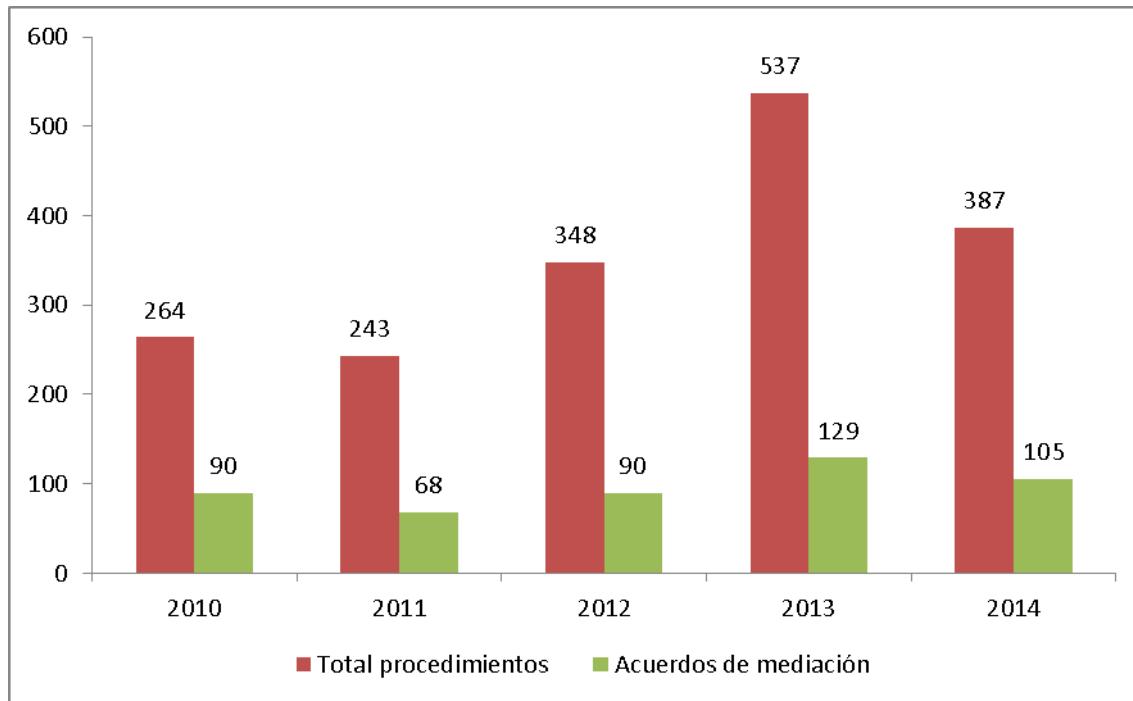
GRÁFICO 3. NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS POR RESULTADO



Fuente: Fundación SIMA.

Según el último *Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados*, que es el correspondiente a 2012, aun cuando el objeto del conflicto podría haber acabado en el ámbito judicial tras finalizar la mediación sin acuerdo, hasta un 59,4% de los conflictos tramitados en el SIMA y finalizados sin acuerdo, posteriormente no fueron judicializados; solo el 29% de las mediaciones tramitadas finalizó con sentencia, ya que en el resto antes se alcanzó acuerdo en conciliación judicial o hubo desistimiento.

GRÁFICO 4. PROCEDIMIENTOS Y ACUERDOS EN EL SIMA ENTRE 2010-2014



Fuente: Fundación SIMA y elaboración propia.

En términos absolutos la evolución de los acuerdos en mediación respecto al total de procedimientos tramitados puede verse en el **Gráfico 4**, si bien hay que considerar que en la columna “Total procedimientos” también están incluidos los pocos arbitrajes. Una labor de los agentes sociales no cuantificable estadísticamente -y que no muestran los cuadros y gráficos- es la didáctica y el valor que supone mantener siempre abierta la negociación para evitar la manifestación del conflicto.

IV. EL PARITARISMO CONVENCIONAL AUTOCOMPONEDOR

Un aspecto que desde el ASEC de 1996 ha sido común e indeferenciado a mediación y arbitraje, es la intervención previa de las comisiones paritarias, en lo que puede entenderse como una negociación del conflicto intramuros del recinto convencional y, en cualquier caso, con un carácter previo y una intención más preventiva que resolutiva del conflicto. Es conveniente advertir que históricamente las comisiones paritarias han sido el “único canal que de alguna manera incorporaba la negociación colectiva como fórmula para la solución del conflicto”, ya que antes de existir los acuerdos de solución autónomos o extrajudiciales, el sistema quedaba copado por la intervención administrativa o judicial (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2001). En la ley y en numerosos convenios se favorecen los procedimientos de autocomposición y se desarrollan cláusulas que fomentan la creación de comisiones paritarias (de interpretación, aplicación y vigilancia). En este escenario de “mudanza institucionalizada” las categorías relacionadas con la administración y aplicación del convenio “se redimensionan con evidencia persuasiva”. Las comisiones paritarias son órganos dimanantes del comité negociador formados por representantes del banco social y del banco empresarial que se instituyen en los pactos colectivos con la finalidad de interpretar el convenio, aplicar el clausulado del mismo y resolver, en su caso, cuantas discrepancias y conflictos surjan durante la vigencia del acuerdo (ALEMÁN PÁEZ,

2014). Así, la comisión paritaria debe mediar, conciliar y/o arbitrar en conflictos cuyo objeto es una materia o condición de trabajo específica. Se trata de una de sus funciones más significativas, cual es el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos. Aunque es muy poco habitual, las funciones de la comisión paritaria relativas a la solución de conflictos podrían extenderse más allá del propio convenio o acuerdo colectivo y alcanzar a conflictos que no guardan relación con él, que no estén causados propiamente por su interpretación y/o aplicación (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2001). La administración de lo convenido a través de estos órganos internos del convenio colectivo conlleva no sólo el establecimiento de una labor de interpretación, sino también del entendimiento para solventar las discrepancias que puedan producirse entre los afectados por el ámbito de aplicación del convenio. Consecuentemente, la clarificación de las cláusulas incompletas o ambiguas del convenio, constituirán una de las secuencias fundamentales de la actividad administradora, que se complementará con aquellas otras que el legislador o las partes hubieran establecido. “La administración por sí misma no entraña una controversia, al reducirse a una práctica de intendencia y gestión, pero sí podría derivar en un conflicto, cuando los miembros del órgano de administración mantuvieran posiciones divergentes” (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, 2000).

El rol de las comisiones paritarias se ha ampliado y al mismo tiempo se han establecido nuevas previsiones en torno a su funcionamiento y a la necesidad de establecer procedimientos para solventar las discrepancias que puedan plantearse en el seno de las mismas, que deben someterse a los sistemas no judiciales de solución de conflictos, tal y como se señala en el actual artículo 85.3.e) ET (PÉREZ DE LOS COBOS, 2012). Como puede deducirse tanto de este mismo precepto como del art. 10. 4 V ASAC, las comisiones paritarias pueden jugar un doble papel: “O como sede previa a la mediación y al arbitraje por un tercero, en cuyo caso entiende del conflicto para hacer un último intento de negociación, o bien como instancia de mediación o arbitraje propiamente dicha, en cuyo caso actúa como “tercero” paritario frente a las partes en conflicto” (DEL REY GUANTER, 2012)¹⁴.

¹⁴ Según DEL REY GUANTER, en los conflictos de flexibilidad interna, tanto en el V ASAC como en la Ley 3/2012, se hacen las siguientes referencias al papel de las comisiones paritarias:

- 1) En el art. 10.2 del V ASAC se establece que en los conflictos surgidos durante el periodo de consulta de los arts. 40, 41 y 82.3 ET, la intervención de las comisiones paritarias será preceptiva cuando así lo establezca el convenio colectivo de aplicación o, en todo caso, cuando así lo solicite una de las partes. En estos supuestos esta Comisión tiene un plazo de siete días para decidir a contar desde que se le sometió la discrepancia.
- 2) En los conflictos de aplicación e interpretación de convenios colectivos, el propio V ASAC en el art. 10.1 prevé la obligatoriedad de que la Comisión Paritaria intervenga previamente a someter el conflicto a la mediación o al arbitraje, lo cual es acorde con el art. 91.3 ET que va a establecer esta intervención como preceptiva antes de acudir a la jurisdicción social.
- 3) El V ASAC prevé la posibilidad de que la Comisión Paritaria asuma el papel de mediador desde una perspectiva formal, reconocido el mismo por el SIMA en los términos del art. 6.4 del V ASAC, en cuyo caso se considerará que se ha cumplido el trámite de la mediación propiamente dicha en los términos de los arts. 12 y ss. del V ASAC.
- 4) Por su parte, la Ley 3/2012 no prevé la intervención de las comisiones paritarias en los arts. 40 y 41 ET, aunque, pero en base a lo dispuesto en el art. 85.3 – «cuantas otras (cuestiones) les sean atribuidas» por los convenios colectivos, no hay ningún obstáculo a que intervengan en el ámbito de esos preceptos. Se entiende que, al igual que en el caso de los medios extrajudiciales del V ASAC, esta intervención no interrumpirá el periodo máximo de consultas legalmente establecido.

La existencia de procedimientos de autocomposición ayuda a que las comisiones paritarias tomen conciencia de una de sus funciones más significativas, el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos (párrafo primero del artículo 91 ET)¹⁵. Todas las reformas analizadas han revalorizado intensamente las funciones y el papel de las comisiones paritarias, promoviéndose la sustitución de nuestro tradicional modelo estático de negociación por un modelo dinámico, cuyo centro de gravedad queda en buena parte desplazado desde el proceso de negociación del convenio al proceso de administración y gestión de los pactos convenidos, puesto que se potencia su intervención frente a los procedimientos no judiciales (MOLERO MARAÑÓN, 2011)¹⁶.

Por otra parte, en lo referente a la intervención de la comisión paritaria en los descuelgues salariales, tiene sentido cuando se trate de descuelgues respecto de convenios sectoriales, pero parece claro que la apelación a la comisión paritaria “pierde por completo su razón de ser” cuando ahora, mecánicamente, su intervención se extiende también al supuesto de autodescuelgue de un convenio de empresa; en este caso porque se produce una coincidencia en sus integrantes con los que protagonizan la fase negociadora, “con lo cual no es sino acudir a una instancia formalmente diferente pero materialmente idéntica”. Si en su seno se alcanza un acuerdo “nos mantenemos plenamente en el ámbito del respeto a la autonomía colectiva y a la consideración de la fuerza vinculante de los convenios colectivos” porque se atribuye a la comisión paritaria la posibilidad de actuar como una auténtica comisión negociadora con la facultad para efectuar una novación modificativa de su propio pacto (CRUZ VILLALÓN, 2012a). En

5) Respecto al art. 82.3 ET, y al igual que ocurriría con los medios extrajudiciales en sí, el legislador si prevé expresamente la intervención de la «comisión del convenio», aunque no de forma obligatoria sino a petición de cualquiera de las partes. La misma ha de realizarse en un periodo máximo de siete días.

6) En el ámbito de la negociación colectiva en sí, y junto a los conflictos de aplicación e interpretación de los convenios colectivos y las controversias sometidas a las comisiones paritarias art. 4.1.a) y b), el V ASAC va a identificar como conflictos sometidos a su ámbito aquellos surgidos por el «bloqueo» de la negociación de convenios colectivos o de acuerdos y pactos —art. 4.1.c) y d)— y los resultantes de la impugnación de los convenios colectivos —art. 4.1. g)—. A ello se une los citados respecto a la inaplicación de los convenios colectivos, aunque su identificación en el V ASAC es previa a la reforma de la Ley 3/2012.

¹⁵ La finalidad general no deja de ser mantener o fomentar un clima de paz social e impedir en la medida de lo posible que tengan que ser los tribunales de justicia, y no las partes que han negociado la norma colectiva, los que tengan que decidir el alcance e interpretación de la misma (STCT 9-03-1984). “La sujeción de las partes negociadoras de un convenio colectivo al preceptivo y previo dictamen de la comisión negociadora parece una decisión aconsejable y discreta, habida cuenta además de la obligatoriedad general de los convenios colectivos” (STC 217/1991). También en el convenio colectivo se debe expresar «el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83» [artículo 85.3.e) ET].

¹⁶ En cualquier caso, la necesidad de plantear los conflictos previamente ante la comisión paritaria del convenio colectivo es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva; así el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente su compatibilidad con la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (por todas, STC 60/1989, las que en ella se citan, y también por su proximidad al presente supuesto la STC 162/1989). De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo (FJ 5, STC 217/1991, de 14 de noviembre).

la literalidad de la norma se manifiesta que “en caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio”, de la que no se dice su composición y podemos entender que se refiere a la comisión paritaria del convenio, pero el legislador no emplea esta denominación. Dicho en otros términos, el período de consultas, también el abierto con ocasión de la iniciativa adoptada por el empresario para apartarse de la disciplina normativa del convenio colectivo estatutario que le resulte aplicable, “ha de calificarse como un proceso negocial”, que puede concluir con o sin acuerdo. En este último caso, cualquiera de las partes -“fórmula manifiestamente eufemística”, pues será la empresarial la única interesada en la inaplicación del convenio colectivo- podrá activar “de manera escalonada y concatenada” diversos procedimientos con un común objetivo: lograr solventar la controversia derivada del cierre del período de consultas sin acuerdo. El primero de esos procedimientos se sustancia “ante la comisión del convenio” (art. 82.3, párrafo 7º ET), “aun cuando la ley omita su identificación, no hay la menor duda en que la comisión paritaria competente para conocer del conflicto es la del convenio del que el empresario pretende apartarse y que es el aplicable en la empresa” (VALDÉS DAL-RÉ, 2012b)¹⁷.

Si se persigue extender la eficacia normativa general del convenio también a su administración, y siempre que el conflicto se pueda solucionar dentro de la propia comisión paritaria, la única condición sería dotarla “de una composición personal que cumpla la legitimación estatutariamente exigida para las comisiones negociadoras de los convenios colectivos y de unas funciones decisorias acordes con ese objetivo de potenciar su capacidad resolutoria de conflictos colectivos” (DEL REY GUANTER, 1992). Esto significa que si equiparamos la estructura subjetiva de la comisión paritaria a la de la propia comisión negociadora estamos dinamizando la negociación colectiva de origen convencional, “que se suma a la legalmente prevista, difuminando la diferenciación entre conflictos jurídicos y de intereses hasta, quizás y en un horizonte que no parece inmediato, su práctica desaparición en estos conflictos colectivos” (LANTARÓN BARQUÍN, 2004). Por tanto, se puede concluir con carácter general que los acuerdos alcanzados por la comisión paritaria tendrán los efectos propios de un convenio estatutario cuando quienes lo firmen cumplan los presupuestos de legitimación y representatividad previstos legalmente y vincularán a todos los sujetos incluidos dentro del ámbito personal de aplicación del conflicto, igual que un acuerdo alcanzado a través de la mediación prevista en el acuerdo estatal o autonómico para la solución de conflictos colectivos.

En última instancia, las partes signatarias del ASEC, vale también para el V ASAC, al prever la obligada entrada de la comisión paritaria en el procedimiento de solución de los conflictos colectivos jurídicos, vuelven a expresar su decidida voluntad de privilegiar las vías autónomas de composición de las controversias en detrimento de las vías heterónomas (VALDÉS DAL-RÉ, 2003). En este mismo sentido se ha indicado que así se manifiesta el “celo de los negociadores” por la autonomía colectiva concluida en niveles inferiores y no deja de ser una forma de resolver el conflicto más cercana a la

¹⁷ Desde esta posición el autor soluciona distintas posibilidades entreveradas cuando la empresa se encuentre sometida a un sistema articulado de negociación colectiva; esto es, que le resulte de aplicación una pluralidad de convenios colectivos: bien si la relación de articulación entre niveles negociales responde a un criterio de reparto de materias en régimen de exclusividad o de forma compartida; o bien, si la relación de articulación convencional responde a un principio de complementariedad (véase en las págs. 167-168).

realidad sociolaboral en que se presenta y más adecuada, pues la composición de la comisión paritaria la convierte en intérprete auténtico del convenio (VALDEOLIVAS GARCÍA, 1997). En otra palabras, “son órganos de funcionalidad operativa debido a la necesidad de prever instrumentos que adeguen las previsiones convencionales a la realidad material donde vayan a aplicarse, pero a esta primera fundamentación práctica se añaden razones jurídicas que hunden sus raíces en los derechos de negociación colectiva y de representatividad sindical (arts. 37 y 28 CE)” (ALEMÁN PÁEZ, 2014). Sin duda, la intervención de las comisiones paritarias dentro del modelo de solución de conflictos fomenta el uso de la negociación colectiva como mecanismo procedural, pero no hay que olvidar –como se ha dicho- que no siempre está formada por todos los sujetos legitimados para negociar en el correspondiente nivel, por lo que no podrá negociar en sentido estricto sino dar una cierta continuidad a la negociación anterior; es lo que puede denominarse una “negociación limitada o debilitada”, pero, a la postre, una negociación que –aun de “más baja intensidad”- se emplea para dar solución a determinados conflictos (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2001).

La realidad es que la comisión paritaria sustituye al proceso y tiende a componer las controversias y corregir los inconvenientes de una excesiva judicialización (ALEMÁN PÁEZ, 1996). Ahora bien, lo que caracteriza a las comisiones paritarias es precisamente su *paritarismo*, por lo que cuando se produce su actuación, estamos en presencia de un *paritarismo autónomo de composición de las controversias*, aunque en puridad no pueden ejercer funciones de mediación en los conflictos de interpretación, por lo que “resulta inapropiado conferir a la CP la condición de tercero, ajeno a las partes en conflicto, en aquellos supuestos en los que el conflicto es promovido por uno de los sujetos firmantes del convenio que cuenta, en razón de esa cualidad, con representación en la propia CP”. No es un tercero imparcial, sino más bien un *tercero parcial*. “Desde esta perspectiva, la configuración de la CP como un órgano imparcial no deja de ser una ficción” (VALDÉS DAL-RÉ, 2003). Por tanto, en el artículo 91 ET la calidad con que interviene la comisión paritaria “en cuanto que representación de las partes firmantes carece de las notas de imparcialidad y neutralidad, que caracterizan a todo tercero, en todos aquellos conflictos nacidos de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”. Al carecer de la función de tercero, le impide actuar como una instancia de conciliación, mediación o arbitraje, y su actividad no deja de enmarcarse dentro de la gestión (MORALES ORTEGA, 2014). Empero, la exigencia ex artículo 85.3.e) ET del establecimiento de procedimientos para resolver las discrepancias que pudieran subsistir en su seno alberga potencialidad suficiente para, en su desarrollo, aproximar su actuación a la de un verdadero tercero y, por consiguiente, apreciar naturaleza de conciliación, mediación, o arbitraje en la misma. “Más fácil resulta asumir su condición de tercero cuando actúa administrando externamente desde otro nivel negocial superior en su función *compositiva vertical*” (LANTARÓN BARQUÍN, 2004). Para concluir, conviven dos formas de ordenar la relación existente entre la intervención de las comisiones paritarias y los procedimientos de mediación y arbitraje (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2001): a) Tras el fracaso de la intervención previa de la comisión paritaria, las partes en conflicto podrán intentar de nuevo su solución acudiendo a la mediación o al arbitraje; b) Por otro lado, los miembros de la comisión paritaria pueden acudir *ab initio* a estos mismos procedimientos para lograr el acuerdo entre ellos, acuerdo que posteriormente servirá para poner fin al conflicto planteado ante la comisión.

En mi opinión, más que preguntarme si las comisiones paritarias se sitúan extramuros o intramuros del SIMA, en tanto su creación y composición nace y se debe al convenio, pienso que su actuación está directamente vinculada al SIMA cuando en su seno no se resuelve el conflicto y es un mecanismo convencional “alternativo” o autocompositivo cuando consigue resolverlo.

4.- LA CONFIANZA DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN LA NEGOCIACIÓN DEL CONFLICTO DE TRABAJO

Como se ha manifestado en páginas anteriores, cuando las partes en conflicto no consiguen solventar la controversia que les enfrenta de manera directa, el recurso a la autonomía colectiva ha generado sistemas extrajudiciales de solución que suponen una vía adicional a la judicial por la que intentar poner fin a los conflictos laborales. Los representantes de los trabajadores y de los empresarios han configurado cauces institucionales que suponen la participación de terceros designados por las propias partes en la búsqueda de una solución. Los procedimientos privados de autocomposición para solventar el conflicto que se recogen en todos los acuerdos suscritos son básicamente la conciliación, la conciliación-mediación (mediación propiamente dicha) y el arbitraje. La característica más importante de estos cauces reside en el hecho de que son las partes quienes se conceden, con el respaldo de la norma estatal y convencional, la posibilidad de encontrar una «solución negociada» al conflicto planteado. Por ejemplo, el problema de la pérdida de eficacia temporal de los convenios colectivos en el proceso de renovación convencional tiene su origen en el derecho de la negociación colectiva y en él ha de encontrar solución (CASAS BAAMONDE, 2013a)¹⁸.

No hay que olvidar que fue el convenio colectivo el primer mecanismo de solución de conflictos y, bajo esta premisa, los procedimientos extrajudiciales se insertan dentro de la lógica de un modelo de relaciones laborales basado en la colaboración y la cooperación frente a los sistemas asentados en la conflictividad. El convenio colectivo es un instrumento de paz laboral, por ello hay que destacar que -al menos en su manifestación estatutaria- es fuente del Derecho y forma parte de un ordenamiento que se erige como instrumento de paz social (LANTARÓN BARQUÍN, 2003). Entre las funciones básicas inherentes al proceso de negociación colectiva y al convenio colectivo, además de ser instrumentos que permiten a los empleados controlar la oferta de mano de obra y proteger al empleado individual, están otras como ser un código laboral, un tratado que garantiza la paz laboral (*cease-fire agreement*) o un instrumento de colaboración entre los interlocutores sociales (BRUUN, 2003). La revalorización de los medios alternativos es el resultado de la consolidación de una nueva cultura laboral que refuerza las tendencias de cooperación, concertación y diálogo sociales, en detrimento de las de conflicto, oposición y rivalidad; de una cultura que, por lo mismo, ensancha y multiplica tanto los escenarios para el desarrollo de las prácticas de negociación como los métodos de búsqueda de acuerdos (VALDÉS DAL-RÉ, 2002);

¹⁸ Así, se entiende que la ultraactividad del convenio colectivo decaerá transcurrido un año desde su denuncia, salvo pacto en contrario, regla de carácter supletorio y dispositivo, porque se aplicará a falta de lo que acuerden las partes en convenio o a través de los mecanismos de la mediación o el arbitraje, evitando una situación de judicialización sin precedentes (OLARTE ENCABO, 2013). Estas ventajas del régimen legal de la ultraactividad, principalmente su carácter subsidiario, permiten una intervención de la autonomía colectiva en un doble nivel: convenio colectivo y negociación en la cumbre (GOERLICH PESET, 2013).

y que supone el tránsito de un sistema conflictivo y de adversarios a otro de cooperación. Esto conlleva una «cierta quiebra del modelo clásico de judicialización del ejercicio de los derechos» (CASAS BAAMONDE, 1999). Realmente no ha sido fácil la implantación de estos medios de solución extrajudicial en un sistema de relaciones laborales como el español, principalmente por la vocación por el modelo estático de negociación y por la escasa creencia en ellos, dado que la solución de los conflictos laborales encontraba su ámbito contencioso natural ante el juez laboral, lo que provocaba la “conversión del juez en administrador subsidiario del convenio colectivo”; ahora, en la solución de la controversia laboral planteada no interviene siempre un poder público dotado de potestad jurisdiccional (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, 1993).

El desarrollo de los procedimientos privados y alternativos debe tener lugar dentro del ámbito estricto de los Acuerdos Interprofesionales de Solución Extrajudicial, que están legitimados para negociar las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas y deben gestionarse exclusivamente por los Servicios de Mediación y Arbitraje que allí se crean. Fuera de aquí hay conciliación, por ejemplo, en el ámbito administrativo para resolver los conflictos individuales, o hay conciliación dentro del proceso. La implantación de la mediación y el arbitraje se ha hecho a través de una negociación de nivel supraempresarial, convenios o acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, que se utilizan para resolver una serie de conflictos limitados *ratione materiae*. Los convenios colectivos pueden crear sus propios sistemas alternativos para solucionar las controversias, si no lo hacen serán de aplicación directa los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales; entre estos, el V ASAC es el punto de referencia para numerosos acuerdos autonómicos. En los resultados que ofrecen todos ellos se comprueba la escasa utilización del arbitraje y un cierto éxito de los procedimientos de conciliación y mediación. A lo largo de la evolución de conflictos tramitados en el SIMA, desde el comienzo de su actividad, 9 de febrero de 1998, hasta el año 2014, se constata que los procedimientos de arbitraje nunca han llegado más allá del 5% del total de los presentados. La razón de esta profunda descompensación obedece a causas que trascienden el estado de precariedad jurídica en que ha de moverse la propia fórmula arbitral, son razones vinculadas a la cultura jurídica imperante en nuestro sistema de relaciones laborales y al abierto recelo que las organizaciones sindicales y, sobre todo, las empresas y las asociaciones empresariales mantienen en relación con el arbitraje (VALDÉS DAL-RÉ, 2001). El escaso desarrollo del procedimiento de arbitraje no debiera de alarmar o sorprender porque: 1º) Es un procedimiento donde no cabe el diálogo o la negociación entre las partes para resolver con protagonismo principal el conflicto; 2º) La mayoría de los conflictos tramitados en los distintos acuerdos de solución extrajudicial o autónoma están motivados por la interpretación y/o aplicación de una norma de origen estatal o convencional, son jurídicos, y se prefiere seguir confiando en la intervención del órgano jurisdiccional; 3º) Porque en el arbitraje se equilibra el poder de negociación de las partes en conflicto y quien lo tenía de partida no puede imponer la solución del conflicto (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2003).

La mediación y el arbitraje son fórmulas privadas que permiten la intervención de los agentes sociales en la solución del conflicto de trabajo. Los cauces de solución negociada poseen una especial relevancia para evitar o superar una huelga y sirven al desarrollo lineal de la negociación colectiva, por ello son habilitados desde la norma, que no solo los permite sino que los fomenta (CRUZ VILLALÓN, 2012b). La firma el 25 de enero de 1996 del I Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales

en el ámbito estatal (BOE de 8 de febrero de 1996), a la vez que introdujo en nuestro sistema fórmulas alternativas al modelo judicial de solución de los conflictos de trabajo, tuvo una importancia añadida, en tanto se apostó por el fortalecimiento e impulso de los procesos de negociación colectiva en la fase aplicativa del propio sistema de relaciones laborales. Actualmente el V ASAC ha cambiado su denominación para subrayar el papel que en la solución de los conflictos laborales deben desempeñar las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores «al margen y sin perjuicio de la jurisdicción social» (Preámbulo). “El papel desempeñado por los procedimientos autónomos se enlaza directamente con la credibilidad de los sujetos sociales: se fortalecen en contextos de alta credibilidad sindical y patronal, en que los sindicatos y asociaciones empresariales no sólo crean el sistema sino que también son capaces de asegurar su aceptación y utilización por sus asociados, infundiéndoles confianza” (CASAS BAAMONDE, 2002). En este ambiente de confianza y credibilidad de los interlocutores sociales, a partir de 1996 se pactaron la mayoría de los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos de las Comunidades Autónomas, antes se habían firmado el vasco, catalán y gallego. El mapa autonómico se completó con la firma del Acuerdo Interprofesional sobre solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias (BOPA de 10 de noviembre de 2003). Al igual que sucede en el ámbito estatal, los procedimientos de conciliación-mediación y arbitraje se gestionan normalmente por una fundación y son gratuitos porque sus recursos son de naturaleza pública. La finalidad de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales que recogen estos acuerdos, más que sustituir el marco judicial, es la de sustituir a la conciliación administrativa previa.

Un dato común en algunos ordenamientos jurídicos es que estas medidas alternativas están adquiriendo una importancia cada vez mayor por el desbordamiento de los procesos ante los tribunales, el declinar de la huelga como mecanismo central de conflicto, la búsqueda de una mejora del clima de las relaciones laborales dentro y fuera de la empresa, el “regular” del Estado en las relaciones laborales y el mayor papel de la autonomía individual y colectiva (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2007). En otros términos, hay una transferencia desde el Estado a los agentes sociales de la gestión de la conflictividad laboral, lo que produce cierto sesgo de “privatización” ante el repliegue del Estado Social en el ejercicio de la función jurisdiccional y de la función realizada en sede administrativa, al tiempo que avala y finanza que estas funciones sean asumidas por los agentes sociales (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2004). El fin no es otro que la gestión del conflicto de trabajo por los propios interlocutores sociales, pero sin que el Estado deje de promocionar esta opción por medio un ordenado marco legislativo y aportando suficientes medios materiales y personales. Si bien, la mediación y el arbitraje no dejan de ser procedimientos donde interviene un tercero con distinto grado de autonomía y autoridad decisoria, de ahí que se puede pensar que fortalecer el papel de terceros ajenos al sistema de relaciones laborales para que gestionen el conflicto debilita la negociación colectiva y el poder de las partes sociales, sobre todo en países como los del norte de Europa, donde hay una gran tradición de negociación y las partes tienen capacidad para solucionar sus propias desavenencias a través de procedimientos acordados mayoritariamente a nivel sectorial (RIGBY, 2014). Por todo ello, la intervención del Estado debe de ser muy cuidadosa, no debe actuar mediante una “norma de acción” dotada de la estructura interna propia de las reglas prescriptivas, sino mediante técnicas más flexibles y menos precisas; técnicas que se limiten a dejar constancia de los elementos constitutivos del conflicto: del carácter colectivo de los sujetos que promuevan el conflicto, de su dimensión y de su relación con un proceso de

diálogo social o negociación colectiva (esta opción la propone VALDÉS DAL-RÉ para la implantación de un posible sistema no jurisdiccional europeo) ¹⁹.

Confirmado lo anterior, se constata que la regulación legal ordinaria de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos se encuentra en una serie dispersa de preceptos legales, lo que da lugar a una normativa legal inconexa, en cascada, que responde a filosofías políticas muy diversas, de ahí que se solicite una nueva regulación unitaria y coordinada (SALA FRANCO, 2014). Vista con perspectiva esta problemática, “se echa en falta el non nato título IV del ET sobre conflictos colectivos que, sorprendentemente, quedó en el tintero del legislador cuando se elaboró dicha norma legal a la altura de 1980. En él, debería de haberse regulado todo lo relativo a los procedimientos extrajudiciales de solución de discrepancias no de modo tan alambicado, laberíntico y confuso como se ha ido haciendo, sobre todo, desde la reforma legal de 1994” (ESCUDERO RODRÍGUEZ, 2011). Si bien, esta reforma de la regulación legal de los procedimientos autónomos debe hacerse partiendo de la esencial proyección de estos instrumentos sobre la negociación colectiva, sin perjuicio de que los instrumentos reformadores no sean necesariamente los mismos (CASAS BAAMONDE, 2002)²⁰. Si se parte del hecho de que los procedimientos autónomos son, a un tiempo, fórmulas de solución de conflictos y medios de autotutela, en su desarrollo se conjugan aspectos procesales y de negociación colectiva, lo que requiere que la ley regule los aspectos derivados de los procedimientos autónomos que tengan relación con las normas estatales que a su vez regulan el proceso laboral (LRJS) y la negociación colectiva (ET). Se trata de una regulación valedora o de respaldo, pero no de una intervención directa del legislador sobre ellos que les reste dosis de autonomía (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2004). Esta normativa legal unitaria de la negociación de los conflictos laborales es estrictamente necesaria, pero siempre que se respeten los difíciles consensos alcanzados en la cumbre por los interlocutores sociales, y que se proceda a esa regulación conjunta utilizando una correcta y ordenada sistemática jurídica.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALEMÁN PÁEZ, F. (1996): *Las comisiones paritarias*, Civitas, Madrid.
- (2014): El papel de las comisiones paritarias en la solución del conflicto laboral. Una visión de-constructiva, Ponencia en la Fundación SIMA, Madrid, p. 3.
- ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R. M.ª (2008): *Derecho Procesal del Trabajo*, 15.ª ed., Civitas, Madrid.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. (1980): “La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹⁹ Es cierto que, como termina diciendo el propio autor, “el eventual reproche que podría verterse sobre una formulación como la propuesta es la indefinición jurídica que crea. Pero es esa meditada indefinición la que ofrece la principal ventaja al funcionamiento del sistema”, porque concede espacios abiertos y distintas opciones de intervención a los sujetos colectivos (véase lo escrito en la p. 10, repito, aunque sea referido a un posible “servicio de mediación europea”).

²⁰ ¿Podría considerarse la posibilidad de una Ley general de medios extrajudiciales de solución de conflictos y no sólo de arbitraje? Son muchas las respuestas y dificultades a este interrogante: desde luego, en la ordenación de las relaciones laborales la ley constituye meramente el marco, que debe respetar el principio de la autonomía colectiva y asegurar al mismo tiempo la autonomía misma de estos sistemas de solución de conflictos y su eficacia componedora (de nuevo, CASAS BAAMONDE, 2002).

- BRUUN, N. (2003): «The Autonomy of Collective Agreement», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 1-48.
- CASALE, G. (2003): «Collective bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues», en BLANPAIN, R. (Ed.), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 49-102.
- CASAS BAAMONDE, M^a E. (1999): «Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el derecho español», en AA VV, *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Fundación SIMA, Madrid, pp. 13-15.
- (2002): “Sistemas autónomos de solución de conflictos “a escala europea” y reforma de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, tomo I, pp. 69-85.
- (2013a): «La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, nº 6, pp. 1-25.
- (2013b): “Mediación, arbitraje y períodos de consultas”, *Relaciones Laborales*, nº 4, pp. 1-27.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1996): “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, en OJEDA AVILÉS, A. (Coord.), *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Tecnos, Madrid, pp. 17-87.
- (2012a): “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, pp. 385-417.
- (2012b): «El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, pp. 471-523.
- DEL REY GUANTER, S. (1992): *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales*, Consejería de Fomento y Trabajo – Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- (2012): *Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales*, Fundación SIMA, pp. 1-25.
- DUEÑAS HERRERO, L. J. (2001): «El paritarismo convencional de autocomposición de los conflictos laborales en Castilla y León», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 311-345.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2011): “Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 311-356.
- FALGUERA BARÓ, M. Á. (2011): *Novedades en la tramitación del despido colectivo y objetivo*, Editorial Bomarzo, Albacete, p. 68.

- FERNÁNDEZ VILLARINO, R. (2001): «En torno a la problemática de incluir las cuestiones litigiosas individuales en los procedimientos autónomos de resolución de conflictos: el caso del sistema extrajudicial de resolución de conflictos colectivos laborales en Andalucía (SERCLA)», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 373-385.
- Fundación SIMA (2013): *Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados en 2012: principales resultados*, SIMA, Madrid.
- (2014): *Memoria de actividades 2013*, SIMA, Madrid.
- (2015): *Memoria de actividades 2014*, SIMA, Madrid.
- GOERLICH PESET, J. M^a (2013): «La ultraactividad de los convenios colectivos», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (1993): *El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general*, ACARL, Madrid.
- (2000): «La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», *Relaciones Laborales*, nº 2, pp. 245-268.
- (2001): «La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 19-45.
- LAHERA FORTEZA, J. (2012): «El nuevo procedimiento negocial tras las reformas 2011 y 2012», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, pp. 193 y ss.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. (2003): *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid.
- (2004): “Consideraciones acerca de la solución extrajudicial del conflicto laboral”, *Información Laboral – Jurisprudencia*, nº 10, pp. 2-18.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1996): Solución judicial y solución extrajudicial de conflictos laborales: el acuerdo interprofesional de 8 de febrero de 1996”, en PEDRAJAS, F. (Editor): *Solución de conflictos laborales: negociación directa y solución extrajudicial*, Universidad de Almería, pp. 15-31.
- (2014): “Los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 15, pp. 297-320.
- MATEOS BEATO, A. (2000): “SIMA: balance y perspectivas”, en AA. VV., *Jornadas Confederales sobre mediación y arbitraje. Madrid, 14 y 15 de julio de 1999*, Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT, Madrid, pp. 40-45.
- MORALES ORTEGA, J. M. (2011): “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 217-249.

- MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. (2011): “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 193-196.
- OLARTE ENCABO, S. (2013): *Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2012), *Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna de la empresa*, original mimeografiado, Fundación SIMA, pp. 11 y ss.
- RIGBY, M. (2014): “Intervención por terceros: el contexto europeo”, en GARCÍA CALAVIA, M. Á. y RIGBY, M. (Coords.), *La solución autónoma de conflictos laborales en España. Una aproximación*, Germania, Valencia, pp. 23-40.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a L. (2001): “La intervención previa de la comisión paritaria en los procedimientos del ASEC-II”, en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 209-257.
- (2003): “Conciliación, mediación y arbitraje en España”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 149-213.
- (2004): Negociación colectiva y solución de conflictos laborales, Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 11-31.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2007): “Presentación”, en GIL y GIL, J. L. (Coord.), *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales*, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, pp. 1-10.
- SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C. L. (2001): *Los Acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: análisis comparativo*, Consejo Económico y Social, Madrid, pp. 3-131.
- SALA FRANCO, T. (2014): “La solución extrajudicial de los conflictos colectivos en la reforma laboral de 2012”, en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 15, pp. 463-475.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1997): «El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, pp. 521-567.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2000): «Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, pp. 12-13.
- (2001): «Arbitraje y conflictos colectivos en el ASEC: problemas aplicativos», en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.) y DUEÑAS HERRERO, L. J. (Coord.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 191-208.

Laurentino Javier Dueñas Herrero

- (2002): “Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, nº 18, pp. 17-38.
- (2003): “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I y II), *Relaciones Laborales*, tomo I, pp. 37-90.
- (2003b): “Informe de propuesta sobre un posible sistema voluntario de conciliación, mediación y arbitraje europeo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pp. 453-475.
- (2005): “La conciliación laboral”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, pp. 13-24.
- (2012a): “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, p. 20.
- (2012b): “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, en Lahera Forteza, J. (Coord.), *Reforma Laboral 2012: preguntas y respuestas*, Madrid, Ediciones cinco, pp.155-170.

Bloque temático II: *Transformaciones y transgresiones en el Derecho de la Seguridad Social*

ANEXO X

VIII. INTEGRACIÓN DE REGÍMENES ESPECIALES: LA DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO

“Las insuficientes razones para mantener un régimen especial de Seguridad Social para el medio rural”

Información Laboral, Lex Nova, nº 4, 2009, pp. 2 a 11.

ISSN: 0214-6045.

Revista de Información Laboral

Legislación y Convenios Colectivos

Marginales 546 a 730

Revista núm. 4/2009

Fecha de cierre: 2 de marzo de 2009

sumario

pág.

Estudios y Colaboraciones

Las insuficientes razones para mantener un régimen especial de Seguridad Social para el medio rural. LAURENTINO DUEÑAS HERRERO

LN- 2

Práctica

- Preguntas con respuesta:**

Cargo público

LN-12

Ayudas y subvenciones

Publicadas entre los días 19 de febrero y 2 de marzo de 2009.

LN-14

Índice de legislación y convenios

Marginales de IL **546** (final del último marginal de la revista anterior) a **730** (éste se completará en la siguiente revista), que se publican en esta revista y se incluirán en el **Tomo I** del *Repertorio Cronológico de Información Laboral*.

- **Disposiciones nacionales**
- **Disposiciones de comunidades autónomas**
- **Convenios colectivos sectoriales**
- **Convenios colectivos de empresas**

LN-22

LN-23

LN-24

LN-29

50
años

Estudios y colaboraciones

LAS INSUFICIENTES RAZONES PARA MANTENER UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL PARA EL MEDIO RURAL (*)

Laurentino Dueñas Herrero
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA SEGURIDAD SOCIAL AGRARIA.
- II. EL DECLIVE DE LA POBLACIÓN ACTIVA AGRARIA Y LA PERMANENTE CRISIS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL CAMPO ESPAÑOL.
- III. LA SITUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL CON EL MEDIO RURAL.
- IV. LA DESAPARICIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LA AGRICULTURA.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA SEGURIDAD SOCIAL AGRARIA

Fue en la Ley de 10 de febrero de 1943 donde se estableció por primera vez, en el sistema jurídico de la previsión social, un Régimen Especial de Seguros Sociales exclusivo para la agricultura, y por Decreto de 26 de mayo de 1943 se aprobó el Reglamento para la aplicación de dicha ley.

(*) Este trabajo recoge, en lo esencial, la comunicación que, bajo el título «El envejecimiento de la población y su repercusión en la protección social de la agricultura», dentro del Pleno 3: *The impact of demographic trends / developments on pension schemes in Europe*, fue enviada al IX Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Friburgo, los días 16 a 19 de septiembre de 2008.

Estudios y colaboraciones

En esa Ley de 1943 se implantaron en el campo español los Regímenes obligatorios de Subsidios Familiares y de Vejez, que luego, por Decreto-Ley de 23 de julio de 1953 y Decreto de 18 de octubre de 1957, se extendieron sucesivamente a los obreros campesinos fijos y a los eventuales. Según se disponía en los artículos 2.^º y 3.^º de aquella ley, las cuotas de empresa para tales subsidios en la agricultura eran proporcionales a las cuotas del Tesoro de la contribución territorial rústica y pecuaria, y se recaudaban simultáneamente con éstas y en el mismo recibo de contribución. Estas cuotas tenían el concepto de recargo sobre las que constituyan la contribución rústica y se entregaban al Instituto Nacional de Previsión para atender al pago de los Subsidios Familiar y de Vejez en la agricultura, figurando el concepto apropiado en las cuentas de rentas y gastos públicos a continuación de la agrupación de exacciones municipales, con el epígrafe de «Recargos para seguros sociales en la agricultura», exigiéndose, en todo caso, al propietario de la finca o al que en tal concepto lo sustituyera (Decreto de 26 de mayo de 1943). Más adelante, los estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria de 1961 incluyeron una prestación de «Ayuda familiar». En definitiva, el Régimen de Subsidios Familiares terminó incluyendo a la agricultura, a pesar de que este sector daba una menor aportación económica y un mayor número de hijos, y se hizo dentro de una estricta unidad de caja y de compensación de resultados, evitando, en parte, el agravio comparativo que venían experimentando los trabajadores del campo español con los de la industria y servicios.

Un jalón histórico importante en la protección del trabajador agrícola fue la creación, por Decreto de 5 de septiembre de 1958, del Servicio Nacional de Seguridad Social Agraria, dentro del Ministerio de Trabajo y dependiente de la Dirección General de Previsión. En la Exposición de Motivos de este Decreto se reconoce que, hasta el momento, la previsión social del campo no había alcanzado el nivel obtenido en otros órdenes y actividades laborales, pues se había orientado casi en exclusiva a actividades no agrícolas, lo que obligó a abrir un nuevo período para acoplar la previsión social a las exigencias del agro. La trascendencia de la creación de este organismo reside en que constituye el punto de arranque de toda la labor que más tarde se desarrollará para hacer llegar al campo la totalidad de los beneficios de la previsión social (DEL PESO Y CALVO, 1962).

A pesar de todo, debido a las características propias de la vida rural y a la dispersión de los trabajadores campesinos, los distintos seguros sociales existentes no tuvieron apenas implantación en el campo, de ahí la necesidad de crear una Mutualidad que ayudara en su gestión. Concretamente, sólo un año después del nacimiento del Servicio Nacional de Seguridad Social Agraria, se creó la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria, por Decreto 613/1959, de 23 de abril, para la gestión en el campo de la Seguridad Social. En este Decreto se establecieron ya importantes definiciones de quiénes debían considerarse empresarios y trabajadores a efectos mutualistas, las prestaciones a otorgar y los riesgos a cubrir. En realidad, se puede decir que supuso el inicio de la especialidad de una protección social agraria, o, por mejor decir, es cuando se generalizó institucionalmente la extensión a los trabajadores agrícolas de los beneficios de la Seguridad Social (ALMANSA PASTOR, 1991).

Posteriormente, el obligado punto de partida fue la Ley de Bases de 1963 y su Texto Articulado de 1966, que son la raíz jurídica para la sistematización y regulación legal del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (en adelante, REASS), por obra de la Ley 38/1966, de 31 de mayo, desarrollada por Decreto 309/1967, de 23 de febrero, que aprobó el Reglamento General. Las nuevas y revolucionarias concepciones penetraron en la Seguridad Social agraria de manos de la Ley 38/1966, concebida bajo la inspiración de aquélla. En la Exposición de Motivos se puede leer que «esta Ley se inspira en los principios de la Ley de Bases (...) y muy especialmente en (...): a) El tratamiento igual en lo posible de iguales situaciones de infortunio que puedan afectar al trabajador del campo y a su familia...» (Exposición de Motivos, IV). Ante las patentes insuficiencias protectoras de la regulación mencionada, la Ley 41/1970, de 22 de diciembre, perfeccionó la acción protectora y el régimen de financiación del REASS.

“Estas cuotas tenían concepto de recargo sobre las de contribución rústica y se entregaban al Instituto Nacional de Previsión para el pago de los Subsidios Familiar y de Vejez en la agricultura.”

La normativa de referencia estuvo conformada por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio (BOE de 21 de septiembre de 1971), que, en cumplimiento del mandato de la disposición final tercera de la Ley 41/1970, refundió la Ley 38/1966 y esta última. El Texto Refundido —aprobado por Decreto— tiene rango de Ley, tal y como fue interpretado por la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 19 de junio de 1973. El Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (BOE de 19 de febrero de 1973), aprobó el Reglamento General del REASS, desarrolló el Texto Refundido de 1971 y derogó el anterior Reglamento de 1967 (aprobado por Decreto 309/1967, de 23 de febrero). La validez del Reglamento de 1972 fue discutida en vía jurisdiccional y la STS de 21 de mayo de 1976 decidió en favor de su legalidad. Por tanto, la legislación vigente parte de la letra a) del artículo 10.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) y de los decretos antes mencionados: Decreto 2123/1971, desarrollado reglamentariamente por el Decreto 3772/1972.

Por último, los Acuerdos de 20 de octubre de 2005, «sobre el encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia», y el de 13 de julio de 2006, «sobre medidas en materia de Seguridad Social», supondrán el final del REASS, mediante la integración de los trabajadores agrícolas por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) (Ley 18/2007, de 4 de julio, desarrollada por el Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto) y de los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General (todavía pendiente).

II. EL DECLIVE DE LA POBLACIÓN ACTIVA AGRARIA Y LA PERMANENTE CRISIS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL CAMPO ESPAÑOL

Recién implantado el sistema de la Seguridad Social, en un diario nacional se podía leer que «el problema agrario de España es el primer problema económico del país. La producción agraria española, que todavía en los comienzos de la década de 1950 representaba el 35 por 100 de la producción total, descendió en 1960 a un 25 por 100 y en 1964 a un 18 por 100» (ABC, edición del día 2 de junio de 1967). Este comentario reflejaba el camino evolutivo decadente hacia una mayor debilidad del peso de la agricultura en el conjunto de la producción española.

En el año 2000, según el Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales del Ministerio de Trabajo e Inmigración, el REASS, con 1.139.700 trabajadores (806.900 por cuenta ajena y 332.800 por cuenta propia), era el que más trabajadores tenía dados de alta, a excepción del RETA, pero con un descenso importante sobre el 1.573.069 de trabajadores que acogía en 1980. El número de afiliados en alta en 2005 fue de 1.043.700 en el REASS. En 2007 eran 19.152.300 los trabajadores afiliados al conjunto del sistema, y había 968.900 afiliados en alta laboral en el REASS, de los que 721.000 eran trabajadores por cuenta ajena y 247.900 trabajadores por cuenta propia (debe tenerse en cuenta que, a partir del 1 de enero de 2008, los trabajadores por cuenta propia del REASS han pasado a integrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o por Cuenta Propia, de acuerdo con lo establecido en la Ley 18/2007, de 4 de julio). Estos datos reflejan el declive de la población activa agraria española. En 1960 la agricultura empleaba a la tercera parte de la población ocupada, en la actualidad no supera el 5% del total del empleo.

La «crónica debilidad económica» de la agricultura ha traído consigo una menor amplitud en su protección social. Se puede afirmar que la resultante lógica de la falta de autosuficiencia económica sectorial del campo es la incapacidad de los agricultores para soportar, con sus propias rentas, un adecuado sistema de prestaciones sociales. Esta debilidad económica es, por lo que se refiere a la Seguridad Social, aún más aguda, por la repercusión en precios de las cargas sociales —que aquí encuentra menor capacidad de actuación— y por la solidaridad generacional que, debido al éxodo agrícola, afecta principalmente a los jóvenes, quedando notablemente disminuida la balanza entre «partes que consumen» (*parties prenantes*) y «partes que proveen» (*parties versantes*). Hay un claro desnivel a favor de las primeras (MARTÍN VALVERDE, 1969).

La especificidad del REASS tuvo su origen en la depresión económica del colectivo y en su «regresiva financiación». En otro diario de la época se destacaba que: «En tres meses, [hay un] déficit de 950 millones de pesetas en la Mutualidad Agraria (...) Los ingresos no alcanzan los 275 millones de pesetas, de los que hay que pagar 533 millones en pensiones, 256 en indemnizaciones, 415 por prestaciones sanitarias y 17 por accidentes del trabajo» (Ya, edición del día 31 de mayo de 1967).

Estudios y colaboraciones

Desde el primer momento los recursos del REASS han sido de todo punto insuficientes para atender las prestaciones a su cargo. Ya en 1954 se apuntaba que si se quisiera ampliar el campo de aplicación del Régimen y mejorar sus beneficios sería indispensable aumentar las cotizaciones patronal y obrera —que son proporcionalmente inferiores a las que se exigen de las empresas y trabajadores industriales— y que el Estado subvencionara al REASS en las sumas que se estimaran necesarias (GÓMEZ-ACEBO SANTOS, 1954).

En el Régimen Especial de Seguros Sociales Agrícolas —regulado por la Ley de 10 de febrero de 1943 y disposiciones complementarias—, comprensivo del Seguro de Vejez e Invalidez y del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, se percibieron cuotas patronales, durante los años 1944 a 1952, por valor de 2.318 millones de pesetas, mientras que las prestaciones otorgadas de 1943 a 1952 ascendieron a la suma de 7.224 millones de pesetas (página 124, *Composición, actas y conclusiones de la I Asamblea del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, 1953).

En la financiación de las cargas, la tasa de absorción gastos corrientes/cuotas, que pone de manifiesto la relación entre lo que se da y se recibe, para 1989 fue: Régimen General: 1,050; Agrario: 7,3383 (GONZÁLEZ RABANAL, 1989). A lo que hay que añadir que la ratio activos/pasivos, para 1992, fue: Régimen General: 2,99; Agrario: 0,74 (ACHURRA APARICIO, 1992). En 2006 había, en el Régimen General, tres activos por cada pensionista, y en el Agrario la correlación era negativa, 0,69 activos por cada pensionista.

La protección social de la actividad agropecuaria constituyó una modalidad de Seguridad Social derivada, en gran parte, de la insuficiencia económica de dicho sector (BLANCO RODRÍGUEZ, 1958). Según datos del Consejo Económico y Social, este Régimen Especial, para 1992, presentaba un déficit previsto en presupuestos de 735.126 millones de pesetas. La diferencia legislativa con el Régimen General procede de dicha insuficiencia y, además, del *modus operandi* necesario para la cotización. En consecuencia, la única solución fue mantener su regulación especial.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre se ha aspirado a que el REASS —ahora sólo con trabajadores por cuenta ajena— fuera aproximando sus prestaciones a las del Régimen General. Ya en las conclusiones de la Ponencia sobre «Pluralidad de la legislación sobre Seguridad Social», en las *Jornadas Técnicas Sociales sobre la planificación de la Seguridad Social*, celebradas en 1960, se indicaba que debía «aspirarse a que los regímenes especiales agropecuarios y del mar vayan aproximando sus prestaciones, utilizando para ello los posibles excedentes de otros seguros y subsidios, a las del régimen general, con vistas a una posterior unificación legislativa» (Quinta); o, «Novena. (sic) Que la insuficiencia de nuestra Seguridad Social, especialmente la de los sectores agropecuario y del mar, se debe en gran parte al criterio de tipo fiscal de que debe sostenerse exclusivamente con cargo a los sectores de la producción. Esto suscita una insolidaridad que es necesario corregir, debiendo aportar la renta nacional (...) la parte correspondiente, considerando dicha aportación como integrante de las cuotas...». Los autores de la Ponencia propugnaban «un criterio unificador a ultranza, que dejaba prácticamente eliminadas las peculiaridades mutualistas por sectores profesionales que supone su teórica razón existencial».

A la dinámica interna del REASS de caída de activos cotizantes se añade un crecimiento del número de pensionistas, que, de 1.268.888 en 1980, ha pasado a 1.455.300 en 2006, lo que significa que la relación activos/pasivos es negativa y que la situación de este Régimen Especial es actuarial y financieramente inviable (DESENDENTADO BONETE, 2008). De aquí se deduce que el verdadero eje de cuantas polémicas afectan al REASS se encuentra en el hecho de que no contribuye a las cargas del sistema de modo equivalente a como lo hacen otros Regímenes (CUBAS MORALES, 1993). Si bien la índole de sus recursos financieros no justifica la especialidad del Régimen Agrario, «porque aparte de las percepciones tributarias sobre productos derivados del campo (impuesto común de afectación especial), las cuotas, la aportación estatal y la aportación del régimen general no sólo no justifican la especialidad, sino que esta última plasma una solidaridad intersectorial que

“La ‘crónica debilidad económica’ de la agricultura ha conllevado una menor amplitud en su protección social. La resultante es la incapacidad de los agricultores para soportar un adecuado sistema de prestaciones sociales con sus propias rentas.”

puede ejercer atracción absorbente del régimen agrario hacia el régimen general» (ALMANSA PASTOR, 1991).

El punto de arranque para esta consideración es que, a pesar de las aportaciones del Régimen General —solidaridad intersectorial—, las subvenciones estatales —solidaridad nacional o sistema de compensación— y las aportaciones de los propios interesados, el medio agrario es incapaz por sí solo de allegar los recursos necesarios para atender a sus necesidades de protección. En la Exposición de Motivos de la Ley 38/1966 se puede leer que «desde la implantación de los subsidios de vejez y familiar al campo en 1943, todo el esquema operativo de la Seguridad Social en el sector agrario ha tenido en cierta medida un claro significado de acción benéfica, en evidente contraste con los principios del Seguro Social (...). Prácticamente, las cotizaciones patronales se han establecido sobre bases a todas luces insuficientes, (...). De ahí, que haya tenido que acudirse al sector industrial de la Seguridad Social no para obtener la natural ayuda que por solidaridad nacional se debe prestar al campo, sino para soportar el déficit cada vez más acentuado del sector agrícola, en tales proporciones que en el ejercicio de 1964 ha rebasado el 50 por 100 del total de las prestaciones abonadas». En conclusión, la preocupación por la ínfima capacidad de contribución del REASS aparece como recurrente *leitmotiv* a lo largo de todo el Preámbulo de esta ley (CUBAS MORALES, 1993).

Por otra parte, los medios financieros procedentes de la actividad agraria más productiva, la denominada agro-industria, se han utilizado para financiar el Régimen General de la Seguridad Social, y se ha consumado el drenaje de los fondos generados en el campo a la actividad industrial o comercial.

III. LA SITUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL CON EL MEDIO RURAL

La situación económico-financiera del REASS se caracteriza en el momento presente, básicamente, por las mismas notas que en los años noventa del siglo pasado (GARCÍA BECEDAS, 1991):

- a) Constante disminución de la población agraria censada.
- b) Evolución negativa de la relación existente entre afiliados en alta y pensionistas.
- c) Relación entre ingresos y pensiones reconocidas inversamente proporcional a la experimentada por el Régimen General (ya en 1990 las cuotas agrarias representaban el 3,5% de las cuotas totales recaudadas por el sistema y extraían de éste el 22,17% de las pensiones totales pagadas). Esto a pesar de la evolución creciente de los tipos de cotización agraria.
- d) Pensiones de jubilación notoriamente insuficientes y que crecen menos, proporcionalmente, que las reconocidas por el Régimen General (la jubilación media es inferior al Salario Mínimo Interprofesional). La pensión media mensual en el REASS fue, en 2007, de 456 euros para los trabajadores por cuenta ajena y de 437 euros para los trabajadores por cuenta propia, mientras que en el Régimen General fue de 802 euros.

En el Pacto de Toledo (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 12 de abril de 1995, número 134), cuando se realiza el análisis comparativo de gastos e ingresos, al tratar de la insuficiencia de las cotizaciones sociales, se manifiesta que ésta se agudiza más cuando se distingue entre los diferentes Regímenes. Poniendo como ejemplo al REASS, se indica que si las cuotas de los afiliados ocupados alcanzaron, en 1995, 181.976 millones de pesetas, por el contrario las aportaciones del Estado son más del doble que la citada cifra, en concreto 406.950 millones. El cuadro 16 que adjuntaba permitía constatar lo apuntado. Se añadía que las mismas consideraciones podían formularse si las magnitudes que se comparaban eran el número de cotizantes y el número de pensionistas. Sólo en el Régimen General y en el Régimen de Trabajadores Autónomos la relación cotizante-pensionista era superior a dos; en todos los demás Regímenes: Agrario, Minería, Trabajadores del Mar y Empleados del Hogar, había más pensiones que cotizan-

Estudios y colaboraciones

tes, lo que los hacía financieramente inviables... Desde esta referencia la Seguridad Social agraria se plantea constantemente como un «régimen de subvención continua» por los sectores industria y servicios, o del propio Estado.

Esto no debe servirnos sino para confirmar que uno de los fines de cualquier sistema de protección social es procurar la distribución equitativa de la renta, sin temor a emplear todo tipo de solidaridad, desarrollando al máximo el principio de reparto para conseguirlo. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (BBOOE de 30 de diciembre y 28 de enero de 1964), recogía tal solidaridad nacional y el sistema de compensación por medio de las aportaciones del Estado; en la Base 3.^a, 11, se manifestaba que los Régimen Especiales Agrario y del Mar se organizarían «sobre la base de la solidaridad nacional, estableciéndose un adecuado sistema de compensación al que contribuirá el Estado mediante las aportaciones que al efecto se determinen. En la regulación de ambos regímenes se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones del régimen general».

Por otra parte, se podía —y se puede— constatar que el nivel de renta de la población campesina dentro de la Unión Europea es notablemente inferior al de la ocupada en los otros sectores económicos (por ejemplo, actualmente en España la agricultura tiene menor población ocupada que la construcción). Además, las diferencias de renta agraria entre las distintas regiones comunitarias son más que apreciables.

En fin, la solidaridad social no deja de ser un principio del ordenamiento de la Seguridad Social, pero no es un «recurso inspirador» sólo para el ámbito social, en el sistema económico también se parte del principio de que las diferencias entre la protección a la industria y a la agricultura se justifican por las «ventajas sociales» para esta última. En este sentido, la política de elevación de precios se ha defendido con criterios sociales de redistribución a favor de la «cenciente» de la sociedad. El hecho de que el porcentaje de la producción agrícola en el producto nacional sea bajo, permite ciertas transferencias de renta desde los demás sectores a la agricultura, sin que ello constituya un gravamen excesivamente elevado. Desde la óptica financiera de la Política Agrícola Comunitaria, para cubrir los fondos del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) se parte del presupuesto de la «solidaridad financiera» entre los Estados miembros o «cofinanciación» entre la Comunidad y los países miembros, lo que conlleva un posterior efecto redistributivo entre todos los Estados.

La política agraria comunitaria *stricto sensu* y, sobre todo, las medidas complementarias y de compensación social pueden ayudar a un mejor entendimiento de la Seguridad Social Agraria; por ejemplo, por medio de las definiciones conceptuales que se recogen en la política de estructuras agrarias, tales como: agricultor a título principal, joven agricultor o cese anticipado en la actividad agraria del empresario y de sus dependientes.

Todas estas medidas, más o menos subvencionadas, suponen intervenciones indirectas de la Unión Europea en los ámbitos de Seguridad Social Agraria de los Estados miembros y pueden entenderse como fomento del empleo en el mundo rural. Es más, dentro de las líneas maestras de la política para el medio rural se encuentra la política social para la agricultura. Ante el previsible hundimiento de los precios agropecuarios, sujetos a ordenación de mercado, habría tres vertientes de la política social en las que incidir (ROJAS BRIALES, 1991):

1. Generalización del subsidio social para quienes estén desprovistos de ingresos y patrimonio propio, que les permita un nivel mínimo de subsistencia.
2. Equiparación de la Seguridad Social Agraria al Régimen General, cuya integración «por fases» respondería a una realidad social, porque «el trabajador agrario ha dejado de ser un bien numeroso y barato para llegar a convertirse en el factor limitante para muchas explotaciones».



3. Más flexibilidad en el sector agrario que en otros sectores para el acceso a la jubilación; por la dureza del trabajo y por la circunstancia de la existencia de pequeñas empresas familiares, se recomienda la creación de una amplia gama de opciones a disposición de los afectados. Por ejemplo, dejar a libre elección la jubilación entre los 55 y los 70 años, «con una perceptible, pero no extrema diferencia entre las prestaciones». Por otra parte, para ROJAS no tiene sentido condicionar las jubilaciones a la repoblación forestal o al abandono de la actividad.

En definitiva, los trabajadores agrícolas se han beneficiado de la política de revalorización de las pensiones mínimas y la distribución dentro de la Seguridad Social ha jugado claramente a su favor. El porcentaje de pensiones con complementos por mínimos en el REASS es del 51,83% para los trabajadores por cuenta ajena y del 45,02% para los trabajadores por cuenta propia; en el Régimen General no llega al 20%. Además, también las carreras de seguro son comparativamente más cortas en el REASS que en el Régimen General (véase DESDENTADO BONETE, 2008).

IV. LA DESAPARICIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LA AGRICULTURA

El parco triángulo en el que se sustanciaba toda la ayuda legal disponible para la delimitación del ámbito subjetivo y la construcción de la Seguridad Social del sector primario de nuestra economía estaba formado por el Texto Refundido de 1971 y los artículos 10.2.a) y 98.b) de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (CUBAS MORALES, 1993). La configuración de la estructura del sistema de la Seguridad Social tiene una composición plural:

- a) Por un lado, el Régimen General, dentro del cual existen sistemas especiales cuya especialidad es menor en materia de encuadramiento y cotización. Éstos pueden existir dentro del Régimen General o de los Regímenes Especiales. Algunos ejemplos de estos sistemas especiales relacionados con actividades agrarias en sentido amplio —agrícolas, pecuarias y forestales— son: los trabajadores de la industria de conservas vegetales, de empresas de manipulado y envasado de frutas y hortalizas, de manipulado y empaquetado de tomate fresco o de la resina. Todos ellos están dentro del Régimen General. Su especialidad, según el artículo 11 de la Ley General de la Seguridad Social, reside en las materias de encuadramiento de empresas, afiliación de trabajadores y forma de cotización o recaudación.
- b) Por otro lado, los Regímenes Especiales, en número abierto —artículo 10.2.g) de la Ley General de la Seguridad Social, que autoriza al Gobierno su creación—, previstos y no previstos en la Ley General de la Seguridad Social. Su implantación y regulación —artículo 10.3 de la Ley General de la Seguridad Social— deben hacerse por ley respecto a los Regímenes Especiales Agrario, del Mar y de Funcionarios Públicos Civiles y Militares; para los demás, es suficiente norma de rango reglamentario. Los Regímenes Especiales tienen una regulación propia y distinta de la acción protectora para un sector o grupo diferenciado de la población asegurada. Las razones de su existencia están en la naturaleza de esas actividades profesionales, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o la índole de determinados procesos productivos. Una característica común a todos ellos es que son deficitarios y han constituido una «carga histórica» de la Seguridad Social.

No obstante las particularidades de cada Régimen Especial, ha existido una tendencia de aproximación al Régimen General o *vis atractiva* que éste ha ejercido sobre ellos. Esto se ha manifestado en continuas remisiones al Régimen General para lo que no esté expresamente regulado con carácter especial y en la integración en el Régimen General de otros tantos Regímenes Especiales, que, según lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, y el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, con efectos de 1 de enero de 1987, fueron: tra-

Estudios y colaboraciones

jadores ferroviarios, representantes de comercio, futbolistas profesionales, artistas y toreros; el Régimen Especial de escritores de libros se integró en el Especial de Trabajadores Autónomos. El Real Decreto 2621/1986 indica en su Preámbulo que seguirán manteniendo peculiaridades en materia de cotización y de prestaciones, pero al integrarse han desaparecido como tales. Otros, previstos en el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social, no han encontrado materialización o desarrollo reglamentario, habiéndose procedido a su integración en otros Regímenes, fundamentalmente en el Régimen General. A pesar de este fraccionamiento del sistema de la Seguridad Social, existen unos métodos correctores o medios legales que intentan subsanarlo, buscando su unidad. Estos instrumentos correctores, básicamente, son: la existencia de un régimen jurídico común para todo el sistema (Título I de la Ley General de la Seguridad Social), la afiliación única y el cómputo recíproco de cotizaciones entre los Regímenes que componen el sistema de la Seguridad Social o los Servicios Comunes.

Concretamente, el REASS acogía a uno de los colectivos más numerosos, a pesar de su constante disminución en los últimos años. De modo genérico, en él estaban comprendidos todos los trabajadores que, de forma habitual y como medio fundamental de vida, realizaban labores agrarias, fueran propiamente agrícolas, forestales o pecuarias. Hasta el 1 de enero de 2008 este Régimen Especial acogía a los trabajadores agrícolas por cuenta ajena y aquellos por cuenta propia que fueran titulares de pequeñas explotaciones agrarias.

Para ser sujeto protegido en el REASS se tiene en cuenta la actividad que se realiza; en el artículo 2.º del Decreto 2123/1971 se manifiesta que quedan incluidos quienes «en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias». En el Reglamento se indica que una actividad se calificará como labor agraria si es de obtención directa de productos agrícolas, forestales o pecuarios, incluyendo el almacenamiento, transporte y primera transformación, excluyéndose otras actividades de carácter accesorio o complementario, de transformación, comercialización y distribución. Por consiguiente, los trabajadores por cuenta ajena excluidos del REASS por razón de la naturaleza de la actividad se han ido incluyendo en el Régimen General de la Seguridad Social.

Actualmente ha desaparecido una de las peculiaridades más importantes del REASS, porque ya sólo comprende a los trabajadores por cuenta ajena, bien fijos o eventuales que prestan servicios con carácter exclusivo —aunque no sean únicamente agropecuarios— y remuneración permanente en explotaciones agrarias, siempre que no los alternen con trabajos de carácter industrial. Quienes realicen tareas auxiliares de riego, mecánicos o conductores de vehículos, por ejemplo, están incluidos, siempre que no lo hagan de forma industrial. Por otra parte, para que exista relación laboral por cuenta ajena debe tener la condición de empresario agrícola la otra parte contratante. En los artículos 4.º del Decreto 2123/1971 y 7.º del Decreto 3772/1972 se define al empresario agrícola como toda persona natural o jurídica, pública o privada, que sea titular de una explotación agraria y, en cualquier caso, se reputará a quien ocupe a trabajadores por cuenta ajena en labores agrarias. En este mismo sentido, en el artículo 10.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, no nombrando el hecho de que se trate de un titular de una explotación agraria, lo define de la siguiente manera: «se reputará empresario a quien ocupe trabajadores por cuenta ajena en las labores agrarias determinadas en las normas reguladoras del campo de aplicación de dicho Régimen, sea con el carácter [hace alusión a la titularidad de la explotación] de propietario, arrendatario, aparcero u otro concepto análogo».

Los trabajadores del REASS deben inscribirse en un censo que cumple un papel similar al de la afiliación o el alta, es decir, hace nacer la relación jurídica con la Seguridad Social y se mantiene pese a los cambios de empresario, paso de trabajo por cuenta ajena a propia o viceversa, incluso en las situaciones de desempleo o inactividad (salvo que dure ininterrumpidamente más de tres meses naturales, en cuyo caso habrá de solicitarse la baja). Para los trabajadores por cuenta ajena del campo se instituyó la denominada «cartilla agraria» como documento básico para garantizar los requisitos de habitualidad en la actividad y medio fundamental de vida; en ella se acredita el

“Los trabajadores por cuenta ajena excluidos del REASS por razón de la naturaleza de la actividad se han ido incluyendo en el Régimen General de la Seguridad Social.”

número de jornadas reales de trabajo. En estos aspectos se pueden mantener las especialidades de afiliación, altas y bajas, en particular para los trabajadores eventuales y fijos discontinuos.

La financiación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Ajena es peculiar y reviste múltiples formas de cotización. Podemos partir del siguiente esquema:

- a) Los trabajadores por cuenta ajena son responsables directos de las cotizaciones por contingencias comunes. Realizan su aportación conforme a unas bases tarifadas a las que se aplica el tipo del 11,50%, frente al 4,70% del Régimen General. Se trata de una cuota fija mensual única para cada categoría profesional. Respecto de los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contratos de trabajo temporales (trabajadores de temporada o campaña que se comprometan a retornar a su país de origen una vez concluida la relación laboral), el empresario está obligado a descontar e ingresar dicha cuota fija.
- b) Cotizaciones de los empresarios. Existía una cotización por jornadas teóricas que debían realizar todos los empresarios —o, mejor dicho, todos los propietarios—, fueran o no trabajadores por cuenta propia. La Ley 41/1994, de 30 de diciembre (BOE del 31), de Presupuestos Generales del Estado para 1995, la suprimió con efectos de 1 de enero de 1995. Ahora hay que diferenciar:
 - b.1) Cotización por jornadas reales. Según las jornadas efectivas de trabajo realizadas por los trabajadores que contrate. Las bases son diarias y vienen ya establecidas por categorías profesionales, se les aplica el tipo del 15,50% para hallar el resultado a ingresar por el empresario para las contingencias comunes, frente al 23,60% del Régimen General.
 - b.2) Cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores por cuenta ajena a su servicio. Las reglas son las mismas que para el Régimen General (salarios reales).
 - b.3) La cotización al FOGASA se realiza sobre la misma base de cotización que las jornadas reales.
- c) Los empresarios son también los responsables de ingresar la cotización conjunta por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo o eventuales. Empresario y trabajador son obligados a cotizar aplicando los tipos correspondientes sobre la misma que sirvió para calcular las jornadas reales computada mensualmente (no se cotiza conforme a los salarios reales, como en el Régimen General).

En el Acuerdo de 13 de julio de 2006 se propone el objetivo de la equiparación de los trabajadores por cuenta ajena, en materia de acción protectora, mediante la creación de un sistema especial de cotización en el que se procurará no incrementar en exceso la presión contributiva de los trabajadores y empresarios del REASS, y por ello se opta por un período transitorio de 15 a 20 años. Por otro lado, parece que en los períodos de actividad la base de cotización de los trabajadores por todas las contingencias debiera estar constituida por las retribuciones efectivamente percibidas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 109 de la LGSS; además, el empresario debe ser el sujeto responsable del ingreso de esa cotización en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En cuanto a la acción protectora, gracias al proceso de homogeneización, las prestaciones de los trabajadores por cuenta ajena del REASS tienen una gran similitud con las dispensadas por el Régimen General, aunque se mantengan algunas especificidades en materia de incapacidad temporal, incapacidad permanente o jubilación. Tal vez la contingencia que más cambios ha sufrido es la de desempleo; concretamente a partir de 1981 —en cumplimiento del mandato de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo—, los trabajadores contratados para prestar servicios por tiempo indefinido pueden optar a una protección por desempleo total. Desde el 1 de junio de 2002, en aplicación de la relevante reforma introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, los trabajadores agrarios eventuales de todo el territorio nacional y en una tendencia a la igualdad con el nivel de cobertura otorgado por el Régimen General, pueden acceder a la prestación de carácter contributivo por desempleo, pero con importantes diferencias respecto a dicho Régimen. Por otro lado, los trabajadores agrícolas por cuenta ajena eventuales, censados en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura y ciertos pueblos de Castilla-La Mancha, donde el pa-

Estudios y colaboraciones

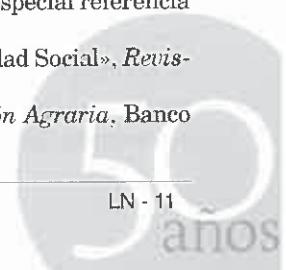
ro estacional es proporcionalmente más elevado que la media nacional, pueden tener derecho a un subsidio de desempleo, que sustituye al anterior empleo comunitario. Para esos mismos territorios, años más tarde nacería la renta agraria, y concretamente en 2003 y 2006 se retocó esta regulación para hacer desaparecer los límites temporales de acceso a ella. Por último, los trabajadores eventuales que queden fuera del antes mencionado subsidio asistencial *ex Real Decreto 5/1997*, de 10 de enero, según se dispone en el Real Decreto 463/2003, podrán tener derecho a la «renta agraria». Tras sucesivas actuaciones gubernamentales se ha igualado la escala de acceso al desempleo con los restantes trabajadores asalariados (Real Decreto 864/2006, de 14 de julio, «para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios»). Sobre esta cuestión han venido incidiendo los Acuerdos de los agentes sociales del sector de finales de 2005. La integración del trabajador por cuenta ajena agrario en el Régimen General de la Seguridad Social debe ser aprovechada por el legislador para hacer una completa reforma reguladora de los subsidios agrarios por desempleo.

En conclusión, la simplificación de los Regímenes Especiales, en concreto la desaparición del REASS, se está llevando a cabo con la técnica de la integración formal, mediante la que se logra prescindir de la apariencia de pluralidad, pero manteniendo las especialidades dentro de cada Régimen unificado. En palabras de DESDENTADO BONETE, «con ello, el sistema no se unifica realmente, pero la pluralidad puede hacerse menos transparente, porque las transferencias financieras de la caja única ya no se realizan de un régimen a otro, sino dentro de las especialidades del mismo régimen». Creo que la conversión de los Regímenes Especiales en sistemas especiales no siempre es necesaria; por ejemplo, se puede crear un sistema especial donde queden encuadrados exclusivamente los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrarios, pero los trabajadores indefinidos pueden integrarse plenamente en el Régimen General común de la Seguridad Social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4.^a edición renovada, 1991.
- ALMANSA PASTOR, J.M.²: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7.^a edición, 1991.
- BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: «La planificación de la Seguridad Social española desde 1957 a 1963», *Revista de Derecho del Trabajo*, número 5, 1958.
- CUBAS MORALES, A.: «El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 12, 1993.
- DEL PESO Y CALVO, C.: «Previsión y Seguridad Social del trabajador agrícola», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, número 2, 1962.
- DESDENTADO BONETE, A.: «El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós», *Actualidad Laboral*, versión electrónica, R1394, 2008.
- DUEÑAS HERRERO, L.J.: «La triple naturaleza de la actividad empresarial agraria en el Derecho de la Seguridad Social», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, número 1, 2000.
- GÁMIR, L.: «Política agraria», en Gámir, L. (coord.), *Política Económica de España 2. Autonomías, sectores, objetivos*, Madrid, Alianza Editorial, volumen 2, 1980.
- GARCÍA BECEDAS, G.: «La reforma del régimen especial agrario de seguridad social (Proyecto para un debate)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 3, 1991.
- GÓMEZ-ACEBO SANTOS, R.: «Régimen agropecuario de Seguridad Social con especial referencia al Seguro de Vejez», *Revista de Política Social*, número 22, 1954.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «La «especialidad» del Régimen Agrario de la Seguridad Social», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, número 6, 1969.
- ROJAS BRIALES, E.: «¿Quo vadis PAC?», *El Campo — Boletín de Información Agraria*, Banco Bilbao Vizcaya, número 122, 1991.

“Los trabajadores agrícolas por cuenta ajena eventuales, censados en las Comunidades Autónomas en las que el paro estacional es más elevado que la media nacional, pueden tener derecho a un subsidio de desempleo.”



ANEXO XI

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. REFORMAS EN LAS CONTINGENCIAS (I)

**“La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en
el Régimen General de la Seguridad Social”**

Relaciones Laborales, La Ley, nº 4, 1996, pp. 31 a 65.

ISSN: 0213-0556.

Datos identificativos**La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social.****Autor:**

Dueñas Herrero, Laurentino-Javier

Publicación:

Relaciones Laborales (LA LEY)

Revista N°:

4

Fecha de Publicación:

Quincena del 16 al 29 Feb. 1996

Sección:

Doctrina

Página:

373

Tomo:

1

LA LEY

5998/2002

Índice Sistemático

- La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social
- I -- DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO
- II -- BREVE EVOLUCION NORMATIVA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
- III -- CONFIGURACION LEGAL DEL CONCEPTO
- IV -- ELEMENTOS CONCEPTUALES
 - o 1.Alteración de la salud
 - o 2.Incapacidad laboral
 - o 3.Duración limitada en el tiempo
 - o 4.Asistencia sanitaria por la Seguridad Social
- V -- RELACION JURIDICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y RELACION LABORAL
- VI -- LA INTERRELACION ENTRE LA TRANSFORMADA INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA Y LA DESAPARECIDA INVALIDEZ PROVISIONAL
- VII -- EL NUEVO ARTICULO 131 BIS DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - o 1.ºCuando no haya prórroga ordinaria por no presumirse curación en los 6 meses siguientes a la finalización del plazo inicial de 12.
 - o 2.ºCuando haya prórroga ordinaria de 6 meses por presumirse curación durante la misma.
 - o 3.ºComparando duraciones máximas, el esquema diferenciador entre la regulación anterior de la IPr y el art. 131 bis. 2 TRLGSS es el siguiente:
- VIII -- INTEGRACION EN LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS PERIODOS DE OBSERVACION POR ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO SITUACION ASIMILADA
- IX -- CONCLUSION

Voces

- Incapacidad laboral transitoria
- Seguridad Social

La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social

Laurentino-Javier Dueñas Herrero

Profesor ayudante de Derecho de la Seguridad Social en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Palencia. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid.

Relaciones Laborales, Nº 4, Sección Doctrina, Quincena del 16 al 29 Feb. 1996, pág. 373, tomo 1,
Editorial **LA LEY**

LA LEY 5998/2002

I -- DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO

El análisis y labor hermeneútica del objeto de cualquier investigación tiene por finalidad desnudar la institución jurídica para ir recreándola paso a paso. Para ello se ha de partir de la norma positiva, teniendo en cuenta la labor jurisprudencial y sin dejar de lado la obligada referencia a los antecedentes (1) . Desde la Ley 193/1963 --de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (*BOE* del 30)--, más concretamente tras su desarrollo legislativo por el Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social --aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (*BOE* del 22)--, la incapacidad temporal se manifestaba a través de dos situaciones dignas de protección y legalmente tipificadas: la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional (ILT e IPr, en adelante). La distinción formal entre ambas instituciones se realizaba en función del tiempo, pasándose a IPr tras el agotamiento del plazo máximo de duración de la ILT. La diferenciación de las mismas se ayudaba de unos efectos jurídicos secundarios en la relación jurídica de Seguridad Social: subsistencia del alta y de la obligación de cotizar durante la ILT, obligación que no se mantenía en la IPr (2) . Sin embargo, en lo concerniente a la relación laboral individual, para ambas situaciones se suspendía el contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo. En realidad, se apuntaban dos contingencias con signos distintos: mientras la ILT se recogía en la Orden de 13 de octubre de 1967, la IPr aparecía regulada en la Orden de 15 de abril de 1969 --propia de la invalidez permanente (IPte)--, en cuyo art. 20 hay una enumeración de situaciones asimiladas al alta --y referidas a la IPte-- más amplia que para la ILT; en cuanto a la gestión, como durante la IPr no permanecía la obligación de cotizar --aunque el contrato siguiera en suspenso--,

lógicamente no se establecía el pago delegado por parte de las empresas; incluso, en los casos de enfermedad común, se podría acceder a la prestación de IPr sin haberlo hecho a ILT, por ej. quien no cumpliendo el período de carencia para esta última pero cotizando durante la misma consiguiera el período mínimo para la prestación «distinta» de IPr (3) .

Sin duda, era más lo que unía a estas contingencias que lo que las separaba, tal y como acabamos de mencionar. A nivel conceptual --ILT e IPr-- sólo se diferenciaban en su duración máxima, manteniendo una identidad en el resto de elementos definitorios (4) . Asimismo, la técnica de protección era la misma: ante la pérdida temporal de la capacidad de ganancia debida a causas patológicas (enfermedad o accidente) o biológicas (maternidad), la superación se realizaba a través del tratamiento sanitario por la Seguridad Social y la prestación de un subsidio económico (5) . Recientemente, junto con lo ya revisado en materia de desempleo, ha sido objeto de reforma importante el concepto de la contingencia de ILT (6) . A finales de 1994, simultáneamente a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995, se aprobó la «Ley de acompañamiento» 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (*BOE* del 31), por medio de la cual el legislador introdujo --entre otros-- una serie de cambios complejos e importantes en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (7) . El Capítulo II del Título II de la Ley 42/1994 trata sobre la «Acción protectora del sistema de la Seguridad Social», concretamente sus arts. 32 y 36 contienen las reformas en la materia objeto de estudio: la incapacidad temporal (IT). Hay una redefinición de la IT como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social; de manera que desaparece la contingencia de IPr [por ej. la Disposición derogatoria única, en su punto 2, establece que quedan derogados los artículos 135 y 136 del Texto refundido de la LGSS, aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio (*BOE* del 29 --TRLGSS--) y configura la maternidad --fuera de la IT-- como una contingencia específica (deroga el número 4 del art. 131 del TRLGSS mencionado) (8) . Por consiguiente, son de gran interés las modificaciones producidas en el ámbito de la contingencia de IT en cuanto a su duración, por un lado; por otra parte, la desaparición de la IPr y, finalmente, la exclusión de la maternidad como situación determinante de esta contingencia (9) . Indudablemente, la Ley 42/1994 conduce a una redefinición, más que a un nuevo concepto de IT (10) .

El objeto de este estudio es la nueva configuración de la contingencia de IT en el régimen general, de la que hay que excluir la protección por maternidad --que tiene su tratamiento específico dentro del TRLGSS en el Título II, Capítulo IV bis--. Habrá referencias a esta contingencia por su andadura al lado de la ILT e IPr, pero su actual concepto --de carácter no patológico-- queda extramuros del ámbito de la IT y su tratamiento dilataría en exceso la extensión de este trabajo. En definitiva, la principal confrontación entre instituciones de Seguridad Social, para pulir mejor el concepto de IT, debe realizarse entre la anterior ILT y la desaparecida IPr.

Después de haber marcado el panorama actual que dibuja la Ley 42/1994, el propósito de nuestra tarea no es otro que intentar llegar al concepto de IT. La mecánica a emplear es ir girando siempre en torno a la IT, ver su evolución desde los orígenes para --extrayendo los motivos y momentos más destacables-- llegar finalmente a la razonabilidad de su actual concepción. Es indudable que la incidencia de la ley mencionada ha matizado la concepción de IT, pero los cimientos de la noción siguen firmes e inalterables. La «expulsión» de la IPr o el descuelgue de la maternidad no suponen más que un leve temblor, sin consecuencias graves para el concepto de IT. Desentrañar sus elementos y su nueva configuración es lo único que pretendemos (11) .

II -- BREVE EVOLUCION NORMATIVA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Para llegar al actual estado de la IT en nuestra legislación es imprescindible acudir, aunque brevemente, a su conformación histórica (12) . Originariamente las incapacidades temporales se protegieron mediante distintos seguros en función del riesgo productor de las mismas. La ILT fue un nuevo concepto acuñado en la Ley de Bases de 1963; concretamente la Base Séptima es la directriz o punto de referencia de esta contingencia (13) . En el sistema anterior a la Ley de Bases las situaciones de IT derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional quedaban cubiertas por los seguros de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, protegiendo el seguro obligatorio de enfermedad las situaciones de IT derivadas de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, dentro de unos límites temporales. El principio de uniformidad de las contingencias, pretendido por la Ley de Bases calendada, intenta una mayor equiparación de trato entre los diversos orígenes o estados de la ILT (14) . Ciento es que no se ha logrado plenamente, pero algunos momentos normativos como la Ley 24/1972, de 21 de junio (*BOE* del 22), de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social --y su normativa de desarrollo--, ayudaron a conseguir una consideración más conjunta de la contingencia, independientemente del riesgo causante de la misma.

Actualmente, su regulación legal la hallamos en el Capítulo IV del Título II (arts. 128 a 133) del TRLGSS citado, con las importantes modificaciones de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas presupuestarias urgentes (*BOE* del 25) --que cambia la responsabilidad en el pago de la prestación cuando la ILT deriva de enfermedad común o accidente no laboral, actual art. 131.1 TRLGSS-- o las incluidas en la reciente Ley 42/1994, como veremos más adelante (15) . A nivel reglamentario, sólo quiero destacar como norma específica la Orden de 13 de octubre de 1967 (*BOE* de 4 de noviembre) (16) , que dicta reglas para la aplicación y desarrollo de la prestación por ILT en el Régimen General de la Seguridad Social, de interés en cuanto a la delimitación y origen del tratamiento de esta incapacidad (17) .

III -- CONFIGURACION LEGAL DEL CONCEPTO

El Derecho de la Seguridad Social tiende a establecer conceptos jurídicos definidos y precisos, intentando reducir el grado de indeterminación de los mismos, para asegurar certeza y seguridad en la prestación concedida y en la responsabilidad asumida (18) . El concepto legal de IT está recogido en el art. 128 del TRLGSS en términos semejantes al art. 1.º de la OILT de 1967. Su definición se realiza destacando las causas determinantes de la contingencia, es decir, los riesgos que la pueden producir, diferenciando si son profesionales o no (19) . Desaparece respecto de la anterior redacción el supuesto de la maternidad que conforma el actual Capítulo IV bis y que no conlleva un estado patológico, sino biológico, específico de esta contingencia (20) . Si prescindimos de la mera enumeración de causas que recoge el núm. 1 del art. 128 TRLGSS (21) , hemos de deducir que IT es aquella contingencia protegida, derivada de cualquier riesgo (22) alterador de la salud, en que se encuentra quien ha sufrido su actualización y que conlleva una incapacidad para el trabajo de duración limitada en el tiempo. En definitiva, su protección viene dada en función de las causas o riesgos --mejor que contingencias-- determinantes de tal situación y su definición empieza en una primera relación de causalidad --previa-- entre alteración de la salud y una enfermedad o accidente (23) y sigue en otra segunda relación de causalidad --actual-- de esa alteración de la salud con el impedimento temporal para la realización del trabajo (24) . A nivel conceptual, la naturaleza común o profesional del riesgo originario puede adjetivar la contingencia pero no la caracteriza (si la IT deriva de riesgo profesional, el trabajo es al mismo tiempo origen/causa y resultado/consecuencia). Cuestión distinta es que, efectivamente, no existe uniformidad en lo relativo a los requisitos ni a las prestaciones, habiendo dos regímenes jurídicos diferenciados según cual sea el riesgo (25) . Por consiguiente, para explicar el concepto de IT, lo importante es la actualización del riesgo, siendo indiferente la naturaleza profesional o no de esa causa originaria (26) . El Preámbulo (II,2) de la Ley de Bases de 1963 afirma, incluso, que «el principio de la conjunta consideración de las contingencias alcanza su máxima expresión en las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez». Lo determinante es que acaecido el desequilibrio psíquico o físico en el individuo afecte directamente sobre la capacidad de trabajo.

El concepto de ILT --incapacidad temporal tras la redacción dada por la Ley 42/94-- no ha sufrido alteración significativa. Así, aunque vayan a ser desarrolladas en el apartado siguiente, las notas características que la doctrina siempre tomó en consideración básicamente son dos y hoy pueden seguir predicándose de esta contingencia (27) :

- 1.º Que se esté objetivamente impedido para prestar el trabajo o se prescriba, sin más, la baja (lo cual sigue considerándose respecto a la IT derivada de los períodos de observación de la enfermedad profesional, no ya de los de descanso provenientes de la maternidad, que deja de ser estado patológico potencial de una IT).

•2.º Que tenga una duración limitada en el tiempo, con un tope máximo de 18 meses. La duración máxima de la ILT que recogía el art. 126 del anterior Texto Refundido -- aprobado por Decreto Leg. 2065/1974, de 30 de mayo (*BOE* de 20 y 22 de julio de 1974)-- era de 18 meses, incluida la prórroga de los 6 últimos si se preveía curación, luego repetido en el art. 128 del TRLGSS. Transcurrido este plazo máximo automáticamente se pasaba a IPr si se presumía curación. Esta justificación sigue presente en el actual art. 131 bis.2 párr. 2.º TRLGSS, que recoge una extensión máxima por 18 o 30 meses (12 más para unos supuestos que nos recuerdan a la desaparecida IPr, dado que durante los mismos tampoco subsiste la obligación de cotizar --párr. 3.º--), y --pienso-- con la particularidad de que, mientras tanto, se mantiene en suspenso el contrato de trabajo (art. 131 bis.3, prórroga de los efectos de la IT hasta la calificación de la IPte). Aquí es donde se han producido las modificaciones más significativas por la Ley 42/1994, tal y como analizaremos a continuación.

IV -- ELEMENTOS CONCEPTUALES

Toda situación de incapacidad --temporal o permanente-- presenta, en el sistema protector de seguridad social, un doble aspecto: de un lado, el déficit de salud del trabajador que repercute directamente en su aptitud para el trabajo y, de otro, la puesta en marcha de un instrumento o mecanismo jurídico que legitime o vincule a esa falta de capacidad laboral la concesión de una prestación económica sustitutoria de la renta del trabajo dejada de percibir por no poder desempeñarlo temporal o definitivamente. Si bien, no necesariamente, es el trabajo el único punto de referencia; así, claramente, en el caso de la invalidez permanente no contributiva --de base no profesional-- o en el de la gran invalidez que toma en consideración la repercusión sobre la aptitud para realizar los actos más esenciales de la vida cotidiana.

Los presupuestos objetivos que hemos de tener en cuenta a la hora de delimitar la contingencia de IT son (28) : por una parte, la alteración de la salud y su consecuencia inmediata, el impedimento o incapacidad para el trabajo; y por otra, la duración o carácter temporal de la situación protegida --esta imposibilidad temporal prevista conlleva la suspensión del contrato individual e implica «meter en un mismo saco» a la IT y la IPr y en otro distinto a la IPte, donde se prevé un carácter definitivo y la extinción de la relación laboral--. A esto hay que añadir, como requisito formal y auxiliar, la necesaria intervención del sistema sanitario de la Seguridad Social en la declaración y control de la situación protegible (29) . Estos elementos conceptuales de la contingencia de ILT deben acreditarse en el momento del hecho causante (30) .

A continuación vamos a analizar cada uno de ellos, siguiendo el hipotético orden cronológico en que pueden ocurrir. Hay IT cuando por culpa de una alteración en la salud se produce la incapacidad en el trabajo durante un tiempo limitado en que se permanecerá recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Distinguimos (31) :

- Alteración de la salud.
- Incapacidad o impedimento laboral.
- Duración limitada en el tiempo.
- Asistencia sanitaria por la Seguridad Social.

1. Alteración de la salud

Es indudable que no toda alteración de la salud es constitutiva de la contingencia de incapacidad temporal (32) . El desequilibrio psíquico/físico (33) deberá afectar al individuo de forma que le incapacite temporalmente para su trabajo. Si no hay tal incapacitación «laboral» estaremos ante otra contingencia protegida: la alteración de la salud, sin más, que no siempre supone una imposibilidad de trabajar (34) . La prestación, en este caso, consistirá en procurar el restablecimiento de la salud, en cuanto recuperación del funcionamiento del organismo, que conlleva en sí mismo una recuperación de todo tipo de capacidades y aptitudes (35) .

Si el enfermo pudiera seguir trabajando y lo hiciera, por ejemplo, cuando sigue trabajando pendiente de una mejoría inminente, es una «cuasi incapacidad» que no llega a producirse. Se define en sentido negativo respecto de la incapacidad. Esto ocurrirá, normalmente, en enfermedades leves y con certeza de que van a ser temporalmente breves, presumiéndose inmediata curación. Estaríamos ante un malestar generalizado, pero no incapacitante; que incide --pero no elimina-- la capacidad para seguir trabajando y, en consecuencia, no tiene la suficiente fuerza incapacitadora. La alteración física o psíquica debe ser objetivable y ocurrir mientras el trabajador está en activo (36) ; debe ser susceptible de determinación objetiva y afectar a la actividad productiva activa, de ahí que la prestación consista en un subsidio sustitutorio de los salarios o rentas profesionales (37) . Si no existe tal impedimento profesional no tiene sentido la prestación o subsidio económico sustitutivo del salario dejado de percibir (38) . Esta es la justificación de que el art. 4.º.1 de la OILT de 1967 recoja como única situación asimilada a la de alta al desempleo total y subsidiado (nivel contributivo), sólo en este caso puede producirse un mecanismo sustitutorio entre prestaciones (39) . Para este caso específico de simultaneidad de dos contingencias, situación a proteger de desempleo a la que sobreviene una IT, se superpone una protección de tipo sanitario y se asegura al beneficiario la protección económica de mayor importe (40) .

La relación entre la alteración de la salud y la incapacidad laboral es de causalidad, pero no «necesariamente directa», sino que examinando cada caso concreto puede bastar una «necesaria correlación» (41) entre lesión --causa-- y el resultado incapacitante --efecto--. Esta lesión en la salud requerirá de una asistencia sanitaria que, como veremos más adelante, debe ser prestada por la propia Seguridad Social mientras dure la incapacidad.

2. Incapacidad laboral

Como hemos indicado *ut supra*, es necesario que tal alteración de la salud conlleve intensidad suficiente como para provocar una incapacidad o impedimento para trabajar (42) . La IT constituye una contingencia protegida de contenido típicamente profesional; *precisamente, es el calificativo laboral el que especifica la incapacidad* (43) . Doctrina y jurisprudencia se han manifestado en este sentido, único que debe seguir manteniéndose para esta contingencia, pues a este elemento no le han afectado los recientes cambios acaecidos. Hay que recalcar que a pesar de haberse borrado el calificativo laboral de la denominación, no se ha producido una deslaboralización de la IT; no se ha eliminado el carácter de incapacidad para el trabajo (44) .

Este parámetro tiene un carácter fáctico en las situaciones derivadas de accidente o enfermedad (art. 128.1.a TRLGSS). Para los supuestos de períodos de observación por enfermedad profesional --y en la regulación de la maternidad anterior a la Ley 42/94--, efectivamente, la incapacidad puede no existir de hecho; se trata de una presunción legal. Aquí, la incapacidad para el trabajo puede no darse realmente, pero se presume *ope legis* la imposibilidad para el trabajo como justificación de su protección (45) .

La alteración patológica debe tener la suficiente fuerza negativa sobre la capacidad del trabajo y en el trabajador concreto como para impedir que siga realizando sus tareas tal y como venía desarrollándolas. La incapacidad debe ser entendida para «el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante» (46) . En efecto, la incapacidad debe referirse --de forma absoluta-- al trabajo específico, lo cual es irrefutable en cuanto al inicio de la IT; pero es también evidente que, para permanecer en la situación de IT --aunque genéricamente sea posible la realización de otro tipo de trabajo-- no se puede realizar ninguno (47) . Por tanto:

- 1.º La incapacitación va referida al trabajo concreto o habitual, que no se puede realizar so pena de perder la prestación (a la incapacidad de ganancia no iría unida la imposibilidad o falta de la misma).
- 2.º Para el mantenimiento de la prestación, la incapacidad debe predicarse de todo tipo de trabajo que dé derecho a remuneración. Por consiguiente, la incapacidad está en el inicio referida al trabajo propio y en su dinámica se generaliza para todo trabajo, siendo indiferente que implique o no riesgo de agravamiento (48) . Lo dicho supone un análisis individualizante de la contingencia, que --acotándolo

aún más-- debe referirse no sólo al trabajo específico sino a cada persona concreta, lo que nos lleva a personalizar la IT. Una enfermedad puede implicar para un sujeto la incapacidad para su trabajo, no así para otro y respecto de la misma enfermedad. Esto hace que hablemos de un casuismo también respecto de la IT (49) .

Se trata de una situación de inactividad laboral que interrumpe la prestación profesional del trabajador, dejando intacta la relación contractual; si bien, al mismo tiempo, genera derecho a un subsidio por quedar limitada la capacidad de ganancia del trabajador en la relación sinalagmática de trabajo (50) . A diferencia con otras instituciones jurídicas que tienen ese mismo resultado, aquí la inactividad tiene su causa en una incapacidad o imposibilidad sobrevenida como consecuencia de un acontecimiento patológico en la relación de trabajo, resultado de un evento incierto y, por tanto, no previsto (esta *característica común en cuanto al resultado* podemos observarla en situaciones como el desempleo parcial, la huelga o, incluso, las vacaciones; pero, sobre todo, en los descansos por maternidad. *Ello no justifica* --como veremos al final-- *que estemos ante supuestos de IT*, ya que el resto de los elementos conceptuales no son comunes).

En conclusión, el concepto de ILT y el de IT mantienen un mismo significado pues a la desaparición del término «laboral» no le ha seguido la deslaboralización de la contingencia, ni en cuanto a su origen ni en cuanto a su única consecuencia: la imposibilidad de seguir trabajando.

3. Duración limitada en el tiempo

Si las dos notas anteriores nos servían para delimitar la genérica incapacidad laboral, ésta diferencia la contingencia de IT, por un lado, y la de IPte, por otro. La duración viene determinada por la ley y supone la existencia de unos plazos que si se van cumpliendo darán paso a contingencias distintas. Esta temporalidad debe ser algo más que el mero paso de tiempo: va unida a la posibilidad cierta de mejoría y restablecimiento dentro de esos plazos, entendiéndose el carácter pasajero de la situación como algo transitorio (transitoriedad). Mientras se suceden los días se mantiene la presunción de que habrá curación, pues el actual estado es transitorio o provisional; de no ser así --o sea, que no hubiera posibilidad cierta de curación-- el resultado final podría ser otro bien distinto: la IPte; pasándose a la presunción contraria en la evolución de las lesiones: carácter presumiblemente definitivo (51) . Como luego veremos al analizar el nuevo art. 131 bis. 2 TRLGSS, esta temporalidad puede --excepcionalmente-- llegar a durar hasta 30 meses desde el inicio de la IT.

En definitiva, el carácter estático de la contingencia nos lo da la temporalidad; el dinámico, la transitoriedad. Este juego de presunciones nos lleva a decir que no deben emplearse como sinónimos los términos temporalidad y transitoriedad, aunque la jurisprudencia sí lo haga (52) . La temporalidad nos ayuda a diferenciar las distintas fases de protección: ILT/IPr/IPte. La transitoriedad califica esos

plazos y permite prever la posibilidad de recuperación mediante el tratamiento médico, dentro de los límites marcados por la temporalidad (53) . La transitoriedad es la justificación de la temporalidad y ésta es la que determina «sin solución de continuidad» el paso de una a otra contingencia (54) . Si son dos notas claramente unidas: ¿cuál debe primar?, ¿por qué poner plazos a la decisión médica? (55) . No hay problema de razonabilidad cuando tras el agotamiento del plazo máximo se presume alta por curación o si las secuelas tienen ya presumiblemente carácter definitivo (en este último caso la ley obliga a pasar a IPte indefectiblemente). Pero, por ejemplo, ante una recuperación para trabajar tardía --más allá del plazo máximo-- pero cierta y que siga teniendo carácter temporal (necesidad de asistencia médica y presunción de curación a corto plazo del transcurso del máximo), aquí la única solución posible sería una declaración de IPte sujeta a segura revisión por mejoría --cuando la nota propia de la IPte es su presumible carácter definitivo--. Algo parecido a esto es lo que recoge el art. 36.Dos de la Ley 42/94, al mantener la reserva del puesto de trabajo si «previsiblemente» el trabajador va a ser objeto de revisión por mejoría que le permita su reincorporación, subsistiendo la suspensión por dos años más desde la declaración de la IPte (esto se debe a la desaparición de la IPr que trae consigo el acortamiento de los plazos).

De lo dicho deducimos que la duración más que una nota constitutiva en sentido estricto era diferenciadora de la ILT y la IPr, situaciones que ahora componen una misma contingencia: la IT (y de ésta respecto de la IPte). Si relacionamos los plazos máximos fijados en el art. 128.1 a) TRLGSS y el nuevo art. 131 bis.2 diferenciamos un tramo inicial de 12 meses que puede ser prorrogado por otros 6, si durante los mismos se presume alta médica por curación. Agotado el plazo máximo de los 18 meses, hay otro máximo de 3 meses *para examinar al incapacitado a efectos de su calificación* en el correspondiente grado de IPte. Este examen debe producirse necesariamente en esos tres meses; lo que puede demorarse es la calificación de la IPte «si continúa la necesidad de tratamiento médico y la situación clínica así lo aconsejare», sin sobreponer --en ningún caso-- los 30 meses desde el inicio de la IT (art. 131bis.2 párr. 2.º TRLGSS). Dado que el único cambio acaecido tras la Ley 42/1994 está en el presupuesto de la temporalidad, lo analizaremos al referirnos a la relación entre IT y la desaparecida IPr, deteniéndonos en el estudio del nuevo art. 131 bis del TRLGSS.

Cuestión distinta a los límites temporales es cómo deben computarse los plazos anteriormente marcados; o sea, *el procedimiento a seguir para la concesión de la prórroga ordinaria o el problema de las recaídas*. Respecto a estas últimas, podemos definirlas como el lapso de tiempo no superior a 6 meses que transcurre entre una afección y otra (56) . Literalmente el art. 128.2 TRLGSS establece que «a efectos del período máximo de duración de la incapacidad temporal... y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y observación». Por su parte, el art. 9.º.1 párr. 2.º de la Orden de 13 de octubre de 1967 marca dos tipos de recaída, inferior o superior a los 6 meses, de manera que si la

interrupción de la IT por «períodos de actividad laboral» es superior a 6 meses, se empieza a contar de nuevo la IT, «aunque se trate de la misma o similar enfermedad». Por consiguiente, en «sentido literalmente contrario», si ese período de interrupción o de actividad es inferior a 6 meses --se trate del mismo o distinto proceso patológico-- no supone el inicio de un nuevo cómputo, sino que debe sumarse al anterior. En realidad, la solución interpretativa nos conduce a distinto resultado según nos fijemos sólo en el elemento meramente temporal o si combinamos tiempo y riesgo causante de la IT; según tengamos en cuenta la merma que lleva a la pérdida de aptitud para el trabajo --mientras ésta dure-- o vayamos también a la calificación de la enfermedad --si es distinta a la anterior o si ahora el origen está en un accidente, ¿puede abrir un nuevo proceso de IT, aunque hayan pasado menos de 6 meses desde el anterior proceso?-- (57) .

En cuanto a la *prórroga ordinaria*, tiene su causa en la presunción de que durante la misma pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación o si se estima necesaria para el estudio y diagnóstico de la enfermedad profesional (art. 128.1.*a* y *b* TRLGSS, respectivamente). La declaración de la prórroga del art. 128.1 *a*) TRLGSS, si procede, previo dictamen médico, corresponderá a la Entidad Gestora o, en su caso, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedad profesional o empresa autorizada para colaborar en la gestión de aquélla (art. 15 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio --*BOE* del 28--, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, sobre nueva regulación de prestaciones del régimen general). Esta prórroga siempre es por un período de 6 meses y necesita de los correspondientes reconocimientos médicos para determinar su procedencia o no, tal y como recogen los arts. 8.^º.1 --para la asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral-- y el 13.^º.1 --para la asistencia sanitaria por enfermedad profesional o accidente laboral-- del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (*BOE* del 28), que dicta normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la seguridad social. No obstante, se ha seguido una interpretación flexible o pragmática más que una interpretación formalista y literal sobre el procedimiento para calibrar si se ha de dar o no la prórroga hasta los 18 meses; de manera que basta el mantenimiento de las prestaciones y el dato de que sigan tramitándose los correspondientes partes de continuación de la baja para entenderse fácticamente prorrogada la IT (58) . Sin embargo, «resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente» es competencia del INSS --art. 1.1 c) del RD 1300/1995, de 21 de julio (*BOE* de 19 de agosto), que desarrolla en materia de incapacidades laborales la Ley 42/1994-- y, concretamente, función de los Equipos de Valoración de Incapacidades, examinar la incapacidad del trabajador para formular al Director provincial del INSS el dictamen-propuesta sobre la «procedencia o no de prorrogar el período de observación médica en enfermedades profesionales» --art. 3.^º.1 g) del RD 1300/1995--. Respecto a la prórroga «puente» o extraordinaria del art. 131 bis.2. apdo. segundo TRLGSS, el art.

1.º.1 letra g) del RD 1300/1995, señala como competencia del INSS declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de IT a que se refiere el apartado 3 del art. 131 bis del TRLGSS.

4. Asistencia sanitaria por la Seguridad Social

Hemos de añadir, como otro requisito más (59) , la necesaria intervención del Sistema sanitario de la Seguridad Social mediante la prestación de la asistencia sanitaria, tal y como lo recoge el art. 17.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 y el tenor literal del art. 128.1 a) del TRLGSS: «... mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social...». No hay que olvidar que la asistencia sanitaria debe prestarse por la Seguridad Social, *para llevar un auténtico control médico* de la situación de baja en el trabajo e impedir el abuso en este tipo de prestaciones (60) . La protección o subsidio económico precisa de la relación jurídico-laboral y de la prestación de esa asistencia sanitaria por los servicios médicos oficiales. El INSALUD, u órgano correspondiente en las Comunidades Autónomas que tienen transferidos los Servicios de Salud de acuerdo con las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ostentará un cierto «poder de dirección» sobre el beneficiario. Esta dirección estará encaminada al restablecimiento de su salud (61) . A través de los partes de baja, confirmación/continuación y alta de la Seguridad Social se probará, no sólo el hecho de estar incapacitado para trabajar, sino también la involuntariedad del caso, su temporalidad y el hecho de estar recibiendo prestación sanitaria por la Seguridad Social (62) .

Las prestaciones por IT se condicionan a que el beneficiario siga las indicaciones que se le prescriban para poner fin a su específica situación de necesidad (63) y la IT subsistirá mientras que a la incapacidad se una la necesidad de asistencia sanitaria para la curación de los efectos de la lesión. Si la asistencia sanitaria fuera manifiestamente insuficiente para superarla debe producirse la propuesta de IPte (64) .

El art. 35 de la Ley 42/1994 da nueva redacción a la Disposición adicional undécima del TRLGSS aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, sobre la colaboración de las Mutuas en la gestión de la prestación económica por IT, extendiéndose a la derivada de contingencias comunes. No obstante, continuará correspondiendo a las Entidades Gestoras de la prestación de asistencia sanitaria el control sanitario de las altas y bajas. Así lo manifiesta el apartado 3, párrafo 1.º de la disposición adicional undécima: «con respeto pleno a las competencias del sistema público en el control sanitario de las altas y las bajas» (65) .

Hemos de tener en cuenta que una de las finalidades de la asistencia sanitaria por los órganos de la Seguridad Social es el control sobre la IT para evitar conductas fraudulentas en orden a conseguir o permanecer en esa situación y para reducir o controlar el absentismo por causas injustificadas (66) . La

Orden de 21 de marzo de 1974 (BOE de 19 de abril), sobre funciones de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas, dispone que la Inspección de Servicios Sanitarios podrá comprobar en cualquier momento la situación sanitaria del trabajador (parece que se habla de «una facultad de comprobación») (67) . Por su parte, la empresa «de modo complementario» también «podrá verificar o comprobar el estado del trabajador» --art. 20.4 TRLET--, pero sin que el legislador le conceda facultades en orden a acordar el alta. Así, ante las sospechas de una conducta fraudulenta el camino a seguir por el empresario será acudir a la Inspección Médica de la Seguridad Social (68) . Los efectos que puedan derivarse del ejercicio de esa facultad por parte del empresario únicamente podrán tener trascendencia dentro del ámbito del contrato de trabajo, careciendo de la misma en la relación jurídico-pública de Seguridad Social (69) . En definitiva, según el art. 17.1 y 17.7 OILT, son los facultativos de la Seguridad Social los que expedirán, conforme al modelo oficial, los partes de baja, los de confirmación y los de alta, facultándose a la Inspección para comprobar, en cualquier momento, la situación sanitaria del trabajador.

V -- RELACION JURIDICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y RELACION LABORAL

Hay que destacar la improcedencia de transponer mecánicamente las vicisitudes de la relación laboral a la relación jurídica de Seguridad Social (70) . Las medidas de Seguridad Social y de Derecho del Trabajo tienen una finalidad político-social común o complementaria pero, a pesar de estar interconectadas, jurídicamente son diferentes y deben ser tratadas diferenciadamente (71) . Hemos de distinguir que una cosa es la relación jurídica de carácter protector o de Seguridad Social (que suple o sustituye a la capacidad de obtención de rentas de trabajo) y otra diferente es la relación jurídico-laboral que nace del contrato de trabajo. De manera que puede no darse plenamente la primera y sí mantenerse o pervivir la segunda (ej. IT sin derecho a subsidio y suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto); en sentido contrario, puede suceder que la plena protección de la Seguridad Social necesite de la extinción de la relación laboral (desempleo) o de su suspensión sin realización de trabajo (IT); pero no necesariamente: por ej., la asistencia sanitaria no requiere, obligatoriamente, ni la extinción ni la suspensión de la relación laboral. Si bien es clara la conexión existente entre la relación laboral y la relación jurídica de Seguridad Social. En el caso de la IT esto se deduce de la propia definición de la contingencia protegida, tal y como estamos indicando, pues es relevante --y en algunos casos condición indispensable-- la existencia de una relación de trabajo para poder apreciar su acaecimiento; además, el discurrir paralelo entre la relación laboral y la de Seguridad Social se evidencia en otros aspectos sustantivos del régimen jurídico de aquélla, como por ejemplo el mantenimiento de la obligación de cotizar o la posibilidad de que el empresario autoasegure la protección por esta contingencia (72) . Esta necesaria correlación no quiere decir que la protección por IT no pueda seguir produciéndose tras la extinción del contrato de trabajo (73) .

Hay una proyección indirecta o refleja de la IT sobre el contrato de trabajo y, al mismo tiempo, la presencia de la relación laboral aparece tanto en el nacimiento de la contingencia como en las consecuencias de la misma. Pensemos, por ej., en la imposibilidad --indicada en páginas anteriores-- existente en el Régimen Especial Agrario de que pueda producirse la situación de ILT sobrevenida por causa de enfermedad común o accidente no laboral si no hay relación laboral en ese momento. La consecuencia del advenimiento de la contingencia en la relación laboral se manifiesta en el art. 45.1 c) TRLET --aprobado por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo (*BOE* de 29 de marzo)-- que recoge la IT de los trabajadores como una causa de suspensión del contrato de trabajo, exonerando de las obligaciones recíprocas a las partes, si bien manteniendo otras que tienen que ver con la relación de Seguridad Social. El hecho de estar impedido durante un tiempo y absolutamente para el trabajo implica la imposibilidad de su realización; caso contrario puede ser causa de despido por violación de la buena fe contractual --art. 54.2 d) del TRLET-- (74) . La consecuencia más importante en el contrato individual de trabajo es, sin duda alguna, la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo. Las situaciones de ILT e IPr producen la suspensión, a tenor del art. 45.1 c) TRLET, pero «suspensión privilegiada» dado que en la misma se ostenta el derecho al puesto de trabajo que es reservado al trabajador (75) . El art. 45.1 c) del nuevo TRLET recoge --lógicamente-- la IT como causa de suspensión del contrato de trabajo, con derecho a reserva del puesto de trabajo, que cesará con la declaración de IPte total, absoluta o gran invalidez, tal y como establece el art. 48.2 del mismo. Este punto 2 del art. 48 incorpora el art. 36.2 de la Ley 42/1994 (76) y nos importa destacar que la suspensión de la relación laboral y reserva del puesto de trabajo, si se prevé revisión por mejoría, *subsistirá durante un período máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución del órgano de calificación correspondiente por la que se declare la invalidez permanente*, en orden a su posible reincorporación (77) ; o sea, que declarada la IPte ésta no conlleva la resolución del contrato de trabajo. La IT puede arrastrar sus efectos suspensivos de la relación laboral más allá de su máxima duración, en terreno propio de la IPte (cabe preguntarse si esto no supone una alteración del concepto propiamente dicho de IPte, calificándose como tal una situación cuya recuperación no se estima como «incierta o a largo plazo»). Esto ha paliado o busca «evitar una merma tan drástica» en el derecho a la reserva del puesto de trabajo, pues la duración de la IT es ahora muy inferior a la que anteriormente podían acumulativamente alcanzar la ILT más la IPr (de hasta 6 años antes, a sólo 18 o 12 meses ahora --nuevo art. 128.1 TRLGSS--) (78) . Haciendo una lectura sistemática y teleológica, razonablemente, la suspensión y reserva del puesto debe defenderse de la situación recogida en el punto 2 del nuevo art. 131 bis TRLGSS, manteniéndose durante y hasta 30 meses desde el inicio de la IT, pues «en los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del número precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente»,

todos los efectos excepto --claro está-- el de la obligación de cotizar (art. 131 bis.2 párr. 3.º). Si a los 30 meses adicionamos los 2 años --como plazo máximo-- del actual art. 48.2 TRLLET (79) , el resultado es que el empresario se ve forzado a una posible prolongación de la reserva del puesto de trabajo de hasta 4 años y medio desde la baja inicial (80) ; de todos modos, inferior a los 6 años que antes podían llegar a sumar la ILT más la IPr.

La doctrina ha estudiado la relación entre la IT y el resto del contenido del contrato. Ahora sólo quiero mencionar las conexiones existentes entre IT y aquellas instituciones que tienen unas consecuencias semejantes a la IT (sobre todo en lo que se refiere al cese en el trabajo sin extinción del mismo o, incluso, con aquellas que exigen tal extinción). Dejando aparte la maternidad o los permisos y excedencias (que tienen algunas consecuencias parecidas a la IT), analizaré brevemente las situaciones de desempleo total y parcial, vacaciones y huelga, por sus semejanzas en cuanto al resultado y al juego que pueden dar sus relaciones con la IT.

Si un trabajador quiere pero no puede trabajar es porque se encuentra en *desempleo*, a no ser que la razón sea una causa intrínseca al trabajador, por ejemplo por estar incapacitado para el trabajo; en este caso, no será objeto de protección por desempleo, sino por medio de las prestaciones de ILT o las de invalidez (81) . La situación de necesidad es en ambas la ausencia de ingresos y esto supone un régimen de prestaciones parecido. Cuando ambas coinciden --¿cuál prima?--. El juego entre desempleo e ILT fue recogido en el art. 19 Ley de Protección por Desempleo de 1984, que supuso un cambio de tendencia progresista respecto a la Ley Básica de Empleo de 1980 y, actualmente, en el art. 222 TRLGSS, sin cambios por la Ley 42/1994. Se diferencian dos supuestos: 1. Si el trabajador está en IT y pierde su empleo, continuará percibiendo subsidio por IT hasta la extinción de la misma y luego comenzará a cobrar prestación por desempleo, si tiene derecho, pero sin descuento del tiempo pasado en IT. 2. Si está percibiendo prestación por desempleo total y cae en situación de IT, cobrará por ésta; pero si se extiende más allá de lo que restaba por desempleo, la prestación por desempleo no se reanuda o amplía (acabado el desempleo los efectos de la IT son como los de un contrato extinguido sin derecho al mismo) (82) .

En el supuesto de *paro parcial* e IT, el importe del subsidio se reducirá en la misma proporción que se haya reducido la jornada ordinaria (83) . La situación de paro parcial no es constitutiva de IT, pero en él se da una anulación de ingresos provocada por un cese temporal en el trabajo. Aunque los elementos conceptuales no son comunes con la IT y no son la misma contingencia, su ordenación prestacional tiene cierto parecido, pero el cese temporal en el trabajo es una característica común insuficiente (84) .

En términos parecidos podemos referirnos a las *vacaciones*, institución jurídica que también interrumpe el contrato individual de trabajo, dejando intacta dicha relación contractual, pero esta característica

común no tiene su misma razón de ser. Se trata de naturalezas heterogéneas con significados jurídicos distintos. La IT trae su causa de un acaecimiento patológico --la enfermedad--, de un evento incierto y no deseado; las vacaciones son un descanso anual obligatorio y previsto. La divergencia señalada impide situar a los dos institutos jurídicos en un mismo plano y, en consecuencia, aplicar analógicamente las reglas de uno a otro (85) . La regla acerca de si la IT disminuye el período de vacaciones no está tan clara, porque el derecho positivo no contiene precepto expreso al respecto (86) .

Por último, el subsidio por IT de quien se encuentra en *huelga* dependerá de si la incapacidad se produce durante la huelga y continúa después de la misma, en cuyo caso comenzará a percibirlo a su finalización, o si --*a sensu contrario*-- se produjo antes, y entonces continuará en el disfrute del subsidio que estaba percibiendo antes de la huelga.

VI -- LA INTERRELACION ENTRE LA TRANSFORMADA INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA Y LA DESAPARECIDA INVALIDEZ PROVISIONAL

Incacidad laboral transitoria e invalidez provisional eran dos contingencias que delimitaban la protección del sistema de Seguridad Social por lesiones o dolencias que incapacitaran para el trabajo, cuando el efecto incapacitante no fuera diagnosticado con carácter permanente o definitivo (87) . Los parámetros objetivos marcados para el concepto de IPr eran los mismos que los vistos para la ILT: incapacidad para el trabajo (88) y temporalidad (duración máxima de 6 años desde el inicio de la ILT) (89) . Además, al igual que la ILT, la IPr era causa de suspensión del contrato de trabajo --art. 45.1 c) del TRLET--, pero si durante la ILT subsistía la obligación de cotizar, ésta cesaba en la IPr (90) . Todo ello nos llevaría a preguntarnos: ¿Es la IPr una contingencia independiente de la ILT? Tal vez, en función de la respuesta que demos, justifiquemos o no la desaparición de aquélla. Desde luego, en el terreno puramente fáctico no existía tal diferencia, sino en el terreno jurídico--laboral, donde la IPr era una situación autónoma por distinta de la de ILT. Sin embargo --como ha quedado dicho--, en realidad y por encima de los nombres, en el ámbito de la Seguridad Social lo que existe es una única contingencia dividida en dos tramos temporales no relevantes en su ordenación jurídica (91) .

En nuestro derecho positivo anterior la distinción entre enfermedad --incapacidad temporal para trabajar-- e invalidez residía, precisamente, en la mayor duración para esta última; considerándose la invalidez como una «enfermedad prolongada» o como una «vejez prematura». La IPr nos recordaba la antigua «larga enfermedad mutualista», que era una incapacidad temporal de larga duración. Se trataba de un hueco o un puente entre la ILT y la IPte: era una incapacidad laboral y temporal; además, especialmente larga, por encima de los 18 meses, siempre que se previera que la invalidez o imposibilidad no fuera a tener carácter definitivo (o sea, si agotado el plazo máximo de la IPr no había curación, el beneficiario pasaría a IPte --art. 135.2 TRLGSS de 1974--).

Laurentino Javier Dueñas Herrero

La IPr fue una creación normativa más allá de la LBSS de 1963. Fue una contingencia novedosa, forzadamente interpolada en la LSS de 1966, con una clara extralimitación de sus competencias, pues la LBSS había estructurado la ILT como única contingencia de incapacidad temporal. Su existencia no ha ofrecido ventaja alguna que la justifique (92) . La doctrina coincide en que su aparición supuso una clarísima ilegalidad, por no estar prevista en la LBSS (93) . La normativa básica de la IPr estaba contenida en la Sección 2.^a del Capítulo V --referido a la IPte-- del TRLGSS (arts. 135 y 136), actualmente derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 42/1994. Y, concretamente, por la Orden de Invalidez de 15 de abril de 1969 (*BOE* de 8 de mayo).

Dentro de la genérica incapacidad, la IPr más que al específico «definitivo» (previsiblemente), pertenecería al concreto «transitorio o provisional», en cuanto a su duración. Y este es el elemento fundamental de su concepto al relacionarlo con la semejante institución jurídica de la ILT; de ahí que, más que desaparecer la IPr o ILT prolongada, se ha acortado la incapacidad laboral sujeta a término. La naturaleza de la contingencia de IPr no era más que una especie del género «incapacidad temporal», al que también pertenecía la contingencia de ILT (94) . Se trataba de una prolongación de la ILT por agotamiento del plazo máximo de duración de ésta: 12 ó 18 meses, siempre que continuara el estado de incapacidad y la necesidad de asistencia sanitaria; al mismo tiempo se presumía que esta contingencia no iba a ser definitiva, pues si no nos encontraríamos ante una IPte.

La IPr nacía --normalmente-- una vez agotado el período máximo de duración de la ILT, de forma automática (95) . Ese límite máximo no podía superar los 18 meses (12+6), cuando se presumía curación tras la prórroga; o podía nacer, simplemente, con el transcurso del plazo inicial de 12 meses, cuando la prevista curación se estimara en un plazo superior a la prórroga ordinaria, más allá de los 6 meses. El punto de referencia para la duración de la IPr estaba en función de la conclusión de la ILT: 4 años y medio o 5 años, respectivamente, dependiendo de la extensión de la ILT, con o sin prórroga. En definitiva, el inválido provisional podía encontrarse en tal situación como límite máximo 6 años desde el inicio de la ILT (art. 135.3 TRLGSS de 1974) (96) .

Una de las causas de extinción de la IPr era su paso a IPte, prolongándose su duración máxima hasta el momento de la calificación de la misma, mientras se determinaba su grado. La situación de IPr se extendía hasta el momento mismo de su calificación, manteniéndose también sus efectos económicos. Si, posteriormente, la prestación por IPte era superior a la de la IPr, sus efectos se retrotraían al momento en que se agotó el período máximo de la IPr.

En conclusión, la justificación o no de esta contingencia la podíamos buscar en el punto y seguido de la ILT, más que en el punto y final. De manera que:

- **1.º** *Agotada la ILT* (o si tras 12 meses no se preveía curación en los 6 de prórroga), *si se presumía curación a corto/medio/o largo plazo* --no superior a la duración máxima de la IPr-- no había alta ni propuesta de IPte y, entonces, el enfermo seguía de baja pasando de ILT a IPr. De esta manera la IPr justificaba su existencia convirtiéndose en una ILT prolongada con una provisionalidad por encima del máximo prorrogado para la ILT. En la actualidad aquí es donde debemos incardinar el nuevo art. 133 bis. 2 del TRLGSS, que limita --haciéndola más breve-- la prolongación de la baja por IT.
- **2.º** *Agotada o no la ILT si se presumía incapacidad definitiva*: se declaraba alta con propuesta de declaración de IPte. Aquí para nada aparecía la contingencia de IPr. Además, para esta declaración de IPte --por presumirse incapacidad con carácter definitivo-- ni siquiera haría falta esperar a que se agotara la ILT.

La doctrina proponía la necesidad de reformar la IT mediante, entre otras medidas, la desaparición de la IPr, reordenando la IT (97) sin olvidar los efectos de la misma sobre la relación laboral preexistente (98) . Ahora veremos cómo la solución adoptada, en la revisión de la IT por la Ley 42/1994, ha sido --en parte-- proteger como permanente una incapacidad temporal sin curación o que sigue necesitada de asistencia sanitaria, por encima de los 30 meses --como máximo-- desde el inicio de la IT. El resultado nos trae el recuerdo de la solución adoptada por la jurisprudencia para aquellos regímenes con particularidades respecto a esta contingencia, trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario o del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, donde no hay protección de IPr. En realidad, para evitar la desprotección se protegía como permanente una incapacidad temporal ante la ausencia de cobertura para la IPr (99) .

VII -- EL NUEVO ARTICULO 131 BIS DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 42/1994 deroga el anterior art. 135 TRLGSS (que recogía la duración de la IPr, más que definirla) y lo sustituye por el nuevo art. 131 bis que, sobre todo, en su punto 2 trata la extinción de la IT por el transcurso del plazo máximo. Asimismo, modifica el art. 134, cuyo punto 2 definía la IPr, introduciendo paralelamente un párrafo tercero en este art. 134.1. Realmente, se mantienen unos períodos previos a la declaración de IPte, en los que el trabajador sigue como incapacitado temporal y se mantienen los efectos de tal incapacidad (art. 131 bis.3), sin subsistir la obligación de cotizar (art. 131 bis.2, párr.3.º). De una primera lectura del art. 131 bis.2 podemos destacar que distingue dos situaciones, transcurso normal del plazo máximo de la ILT y situación excepcional de retraso en la declaración de IPte cuando transcurrido el máximo de ILT la situación clínica lo aconsejara. De manera que, pasado el plazo máximo de IT (18 meses) necesariamente se someterá a examen al incapacitado a

efectos de su declaración y calificación de grado de invalidez, dando un plazo de tres meses para ello (art. 131 bis.2, párr.1.º). Por otra parte, si pasado el plazo máximo de IT (18 meses) -- excepcionalmente-- la situación clínica hiciera aconsejable retrasar la calificación de la IPte, no se accederá a la misma, pudiendo la demora mantenerse durante 12 meses más tras la finalización del período máximo de IT (18 + 12, ó 30 desde que se inició la IT, art. 131 bis.2, párr. 2.º). Durante ambas situaciones no se mantiene la obligación de cotizar (art. 131 bis.2, párr. 3.º). De manera que, la IPr ha quedado absorbida dentro de una prórroga que va más allá del tiempo máximo de la IT y que sirve de puente hacia la IPte, retrasando la misma no más allá de 30 meses desde el inicio de la IT -- precisamente, por que continúa la necesidad de tratamiento médico y la situación clínica del interesado lo hace aconsejable (art. 131 bis.2, párr. 2.º TRLGSS)--. La pregunta es si no estamos ante una auténtica «invalidez provisional» reducida respecto a la existente y que el legislador ha alojado como algo *ex novo* en este lugar. Además, durante esta situación no se accederá a la situación de IPte (art. 134.1, párr. 3.º TRLGSS) y subsiste una incapacidad más allá del transcurso del plazo máximo de la IT. No hay que olvidar que el incapacitado está recibiendo tratamiento médico --sigue de baja, por lo tanto-- y no se mantiene la obligación de cotizar, luego nos encontramos ante un «puente» entre la IT y la IPte, ante una IT «alargada» que nos recuerda a la IPr o «ILT prolongada» en el tiempo.

Nos importa, más que conceptualizar ese período, preguntarnos cuánto se aminora la duración de la antes llamada IPr o cuáles son las consecuencias de su encogimiento. Parece que más que desaparecer la IPr ésta se ha transformado en otra IPr reducida. Ya indicamos antes que no existían diferencias de concepto entre las instituciones jurídicas de la ILT y de la IPr sino de matiz cualificado en lo concerniente a la duración. De hecho, el art. 135 del TRLGSS no se preocupaba más que de cuándo comenzaba la IPr y de los efectos de su extinción. Por ello, hay que analizar el elemento temporal, es decir, las consecuencias de mantener en suspenso la IT por encima de su plazo máximo antes de acceder a IPte. Como hemos dicho al analizar la duración «determinada» de la contingencia de IT, la modificación más importante operada por la Ley 42/1994 se centra aquí y, consecuentemente, en los efectos sobre la prestación así como sobre la relación laboral (suspensión) (100) . Vamos a determinar estrictamente cuál es la duración total de la nueva IT, tomando como referencia la existencia o no de prórroga ordinaria. En el análisis del contenido del art. 131 bis. 2 TRLGSS hemos de distinguir:

1.º Cuando no haya prórroga ordinaria por no presumirse curación en los 6 meses siguientes a la finalización del plazo inicial de 12.

Transcurridos los 12 meses iniciales de IT con obligación de cotizar. Puede haber:

- a) Alta por curación. Duración total: 12 meses (12+0).

- b) Alta con calificación de IPte. Plazo máximo de 3 meses más para examinar al incapacitado. Recogido en el art. 131 bis.2, párr.1.º. No subsiste la obligación de cotizar durante esos 3 meses (art. 131 bis.2, párr.3.º). Duración total: 15 meses (12+3).
- c) Transcurridos los 12 meses, si no se presume curación en los 6 siguientes, excepcionalmente, se podrá demorar la calificación de la IPte hasta 18 meses más, sin rebasar en ningún caso los 30 meses desde el inicio de la IT. No subsiste la obligación de cotizar durante esos 18 meses (art. 131 bis.2, párr. 3.º). Duración total: 30 meses (12+180).

2.º Cuando haya prórroga ordinaria de 6 meses por presumirse curación durante la misma.

En este caso se mantiene la obligación de cotizar también durante la prórroga ordinaria de los 6 meses. Puede haber:

- a) Alta por curación. Duración total: 18 meses (12+6).
- b) Alta con calificación de IPte. Plazo máximo de 3 meses más para examinar al incapacitado. Recogido en el art. 131 bis.2, párr. 1.º. No subsiste la obligación de cotizar durante esos 3 meses, sí durante la prórroga ordinaria de los 6m --art. 131 bis.2, párr. 3.º en relación con el art. 128.1.a)--. Duración total: 21 meses (12+6+3!).
- c) Transcurridos los 18 meses, excepcionalmente, se podrá demorar la calificación de la IPte hasta 12 meses más, sin rebasar en ningún caso los 30 meses desde el inicio de la IT. No subsiste la obligación de cotizar durante esos 12 meses (art. 131 bis.2, párr. 3.º). Duración total: 30 meses (12+6+120).

En conclusión, hay dos nuevos casos que nos recuerdan la anterior IPr, si bien, con menor duración y en los cuales no se mantiene la obligación de cotizar. Señalar también que, al igual que para la antigua IPr, queda en suspenso la relación contractual de trabajo (art. 131 bis.3 TRLGSS: «... los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente»). Son los supuestos mencionados anteriormente en los puntos 1.º c) y 2.º c), es decir, los recogidos en el art. 131 bis. 2 TRLGSS, tras la reforma por Ley 42/1994.

Durante los tres meses, como máximo, que esté pendiente de calificación --en el grado que corresponda-- como inválido permanente o en el transcurso de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, hasta llegar, como máximo, a los treinta meses desde el inicio de la IT, se siguen las pautas

de la extinta IPr, no se sigue cotizando por asimilación a la antigua situación de IPr y, en realidad, aquí encontramos una ligazón con la extinta IPr.

3.º Comparando duraciones máximas, el esquema diferenciador entre la regulación anterior de la IPr y el art. 131 bis. 2 TRLGSS es el siguiente:

- **1.** A contar desde el inicio de la ILT/IT: Antes (IPr): 6 años o 72 meses. Ahora (IT): 2 años y 1/2 ó 30 meses.
- **2.** A contar desde la finalización de la ILT/IT:
 - o **a)** Si no hubo prórroga ordinaria: Antes (IPr): 5 años o 60 meses. Ahora (IT), excepcionalmente: 1 año y 1/2 ó 18 meses.
 - o **b)** Si hubo prórroga ordinaria: Antes (IPr): 4 años y 1/2 ó 54 meses. Ahora (IT), excepcionalmente: 1 año o 12 meses.

Es indudable que se ha reducido la duración de la IT entendida en sentido amplio (101) ; es decir, si el término comparativo lo tomamos respecto al cómputo máximo, la suma de tiempo de la ILT e IPr era de 6 años, y ahora es para la IT, excepcionalmente, máximo de 30 meses. Transcurridos los cuales el trabajador puede ser dado de alta médica por curación, o bien se le declarará la IPte en el grado correspondiente (102) .

La diferenciación de dos tipos de prórrogas: «ordinaria» --que ya existía-- y «especial» o «puente» --demora o retraso del art. 131 bis. 2, párr. 2.º--, es interesante para determinar la duración máxima y diferenciar la obligación o no de cotizar respectivamente (103) . En definitiva, entre la IT en sentido estricto y la IPte se instalan una serie de «pasos nuevos» que sustituyen a la antigua IPr (104) .

VIII -- INTEGRACION EN LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS PERIODOS DE OBSERVACION POR ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO SITUACION ASIMILADA (105)

Los períodos de observación en enfermedades profesionales aparecen regulados originariamente en el art. 27 de la Orden de 29 de marzo de 1946, con la denominación de «períodos de diagnóstico». Como causa determinante de la contingencia de IT aparece recogida en el art. 128.1.b) del TRLGSS, que se complementa con el art. 133.1 de dicho texto. Es el tiempo de aplazamiento necesario para el estudio médico hasta el diagnóstico definitivo. El tenor literal del precepto nos matiza que la razón de ser de este riesgo está en que se prescriba, sin más, la baja. La cesación en el trabajo no se produce por el efecto incapacitante de la enfermedad sino por prescripción facultativa, a cuyo reconocimiento el trabajador debe someterse (106) . Tampoco hemos de olvidar que el art. 128 TRLGSS indica

expresamente «períodos de observación por enfermedades profesionales» (107) , no considerando, por tanto, los referidos a enfermedades comunes.

Si repasamos cada uno de los elementos que conformaban la IT, es el primero de ellos --la causa o alteración de la salud-- el que no se corresponde estrictamente con estos períodos de observación. El matiz diferenciador consiste en que no hay una certeza de que, efectivamente, exista esa alteración, manteniéndose temporalmente la duda hasta que se produzca el diagnóstico definitivo. El carácter fáctico y real presente en las situaciones derivadas de accidente o enfermedad no se da en esta situación donde la incapacidad, que puede no existir de hecho, se presume porque así lo establece la norma. El art. 128.1.b) TRLGSS matiza que se consideran IT los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja, luego caben los mismos sin que --insoslayablemente-- se produzca tal (y que no son IT). El hecho de la asistencia sanitaria no exige de modo inexorable la baja por incapacidad sino que en los períodos de observación la baja en el trabajo es para la realización del estudio médico (108) . Puede ser aconsejable separar temporalmente al trabajador de su puesto de trabajo para que la presunta enfermedad profesional --o los síntomas de tal- - no siga progresando o no lo haga con mayor rapidez por continuar en él (109) . De ahí que el art. 196 TRLGSS obligue a las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales a que practiquen un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que vayan a ocuparlos, así como reconocimientos periódicos. Para los trabajadores de nuevo ingreso el reconocimiento, que será a cargo del empresario, es requisito *sine qua non* para su posterior contratación. Por su parte, el art. 197 TRLGSS precisa una serie de responsabilidades fuertes para fortalecer esas obligaciones que se imponen a estas empresas con riesgo de «provocar» enfermedades profesionales (110) .

Para acotar adecuadamente esta causa de IT debemos situarla entre la enfermedad profesional que simplemente altera la salud sin producir incapacidad y la enfermedad profesional del art. 128.1.a) TRLGSS, pues no es una situación reconducible a ninguna de las dos. De manera que:

- 1.º Si el trabajador está sometido a estudios médicos para diagnosticar definitivamente su enfermedad profesional y consecuencia de la misma está incapacitado para el trabajo, entonces nos encontramos en el art. 128.1.a) TRLGSS y no en el art. 128.1.b), pues en este caso el impedimento es fáctico o real: baja por enfermedad profesional.
- 2.º Si tal incapacidad no existe ni se presume y el trabajador sigue desarrollando su labor, aunque esté sometido a estudios médicos, éstos son compatibles con el desarrollo de su actividad y su situación queda fuera de la IT, pues no se ha prescrito la baja (111) .

- 3.º El art. 128.1.b) parece responder a que «la cesación en el trabajo no se produce por el efecto incapacitante de la enfermedad sino por prescripción facultativa como medida de carácter terapéutico» (112) . Si el impedimento para el trabajo se produjera por el efecto incapacitante de la enfermedad estaríamos dentro del supuesto de la letra a) del art. 128.1 TRLGSS, mencionado en primer lugar.

En definitiva, nos encontramos ante una situación donde no existe incapacidad patológica sino terapéutica o de carácter preventivo. Esto nos plantea dudas acerca del origen de la alteración de la salud, pues no sabemos --de ahí el tiempo de estudio médico-- si el diagnóstico definitivo será o no la existencia de la enfermedad profesional. *La mera presunción de su existencia implica ya un diagnóstico provisional o baja cautelar*; por ello, a nuestro entender estos períodos de observación en los que se prescriba la baja para el trabajo son o están asimilados a la IT y comparten con esta contingencia los mismos caracteres definitorios y, desde luego, idénticos efectos. El final de un período de observación puede ser, al igual que para la IT: la IPte o el alta.

La duración máxima es de seis meses, prorrogables por otros seis, cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico definitivo de la enfermedad (art. 128.1.b TRLGSS). Muchas veces lo segundo --diagnóstico definitivo-- es consecuencia de lo primero --estudio--; y, desde luego, la necesidad de un diagnóstico definitivo, para atajar posibles «males mayores», es la única finalidad de la prórroga. En cualquier momento de este tiempo se puede diagnosticar la enfermedad profesional, con la consecuencia de que si es así --y no hay alta--, el tiempo pasado en observación se computa a efectos de la duración máxima de la contingencia de IT. Por otra parte, agotado el plazo máximo en observación de 12 meses (6+6) sin diagnosticarse la enfermedad y sin alta por curación, se prescribe la baja en el trabajo por IT normal y pasa ese tiempo a ser parte del máximo de la IT, contándose desde el inicio del período de observación, integrándose éste en aquélla. Los períodos de observación por enfermedad profesional y la IT «normal» siempre tendrán este orden, pues jamás puede existir período de observación tras haberse iniciado otro de incapacidad; por ejemplo, no puede haberlo para estudiar si se ha producido o no una recaída, en este caso se prescribiría la baja por enfermedad profesional.

Los períodos de observación por enfermedad profesional deben quedar integrados --con el mismo régimen jurídico-- en la contingencia de IT, entendida ésta en un sentido amplio o extensivo, pues estas medidas de carácter terapéutico o preventivo suponen una «necesaria correlación» entre alteración de la salud y efecto incapacitante (113) . Esto es claro si entendemos «tratamiento médico» de una forma abierta y extendida, como «la simple observación hasta ser dado de alta» (114) . Incluso, más claramente, si «como lesión se entiende, en una interpretación amplia, en una experiencia biológica, cualquier alteración somática o psíquica que perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre o,

simplemente, límite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional» (115) .

IX -- CONCLUSION

Los aspectos novedosos establecidos actualmente en la legislación positiva habían sido propuestos en su momento por la doctrina como una necesidad *de lege ferenda*. Ya el *Libro Blanco de la Seguridad Social* en 1977 recogía en sus páginas la necesidad de una reforma que finalmente ha llevado a cabo la Ley 42/1994. Predicaba el acortamiento de la IPr, cuando no su supresión, argumentando que no existía justificación para mantener la artificial distinción y diferenciado tratamiento entre ambas instituciones, por lo que procedería el establecimiento de una sola. La solución propuesta era reajustar el tiempo de su duración, acortándolo, como etapa previa a la declaración de IPte. Esta ha sido la solución adoptada por la Ley 42/1994 «para reunir las actuales prestaciones por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal» (Preámbulo, apartado 2).

La configuración de la IT toma sus caracteres de dos elementos básicos: el impedimento para seguir trabajando y la duración limitada de tal incapacidad. Está claro que no importa la naturaleza del riesgo para caracterizar la contingencia. Es más, cualquier definición clásica de IT en sentido genérico podemos trasladarla, sin más, al momento actual y sigue siendo válida. Al trastocar la duración --acortándola o encogiéndola-- de la contingencia, se ha incidido en la nota diferenciadora entre la ILT y la IPr, para concluir una única contingencia: la incapacidad temporal. El cambio más importante acaecido por la Ley 42/1994 está en el presupuesto de la temporalidad y las consecuencias que ello supone (art. 131 bis del TRLGSS).

Ya hemos indicado que la desaparición de la IPr era la «crónica de una muerte anunciada». Por su parte, la doctrina se había decantado reiteradamente en este sentido. En definitiva, la IPr se marcha dejando una profunda huella de su paso por nuestro ordenamiento jurídico, como muestra la situación que recoge el art. 131 bis.2 TRLGSS: duración máxima de la IT de hasta 30 meses, sin obligación de cotizar a partir del transcurso de los 18 meses y con el mantenimiento de los efectos propios de la IT hasta que se produzca la calificación de la IPte (suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo que puede llegar más allá de la extinción de la IT y una vez declarada la IPte --arts. 131 bis.3 TRLGSS y 48.2 TRLET--).

Evitando justificar la IPr sólo por sus consecuencias, su razón de ser habría que buscarla en su significación como una «ILT prolongada», con una temporalidad por encima del máximo prorrogado para la ILT. Esta prolongación, si bien en menor medida, sigue presente en el art. 131 bis.2 TRLGSS pues, *si continúa la necesidad de tratamiento médico y la situación clínica del interesado lo hace*

aconsejable, este retraso --que puede llegar hasta los 30 meses desde el inicio de la IT-- sitúa la transitoriedad como nota dinámica y supera la rigidez de la temporalidad, convirtiéndose la duración en algo más que en la simple superposición de unos plazos.

La cuestión que hemos planteado es si el nuevo art. 131 bis.2, párr. 2.º TRLGSS no está describiendo una auténtica «invalidz provisional», reducida respecto a la existente y que el legislador ha alojado como algo *ex novo* en este lugar. De esta manera la IPr ha quedado absorbida dentro de una prórroga que va más allá del tiempo máximo de la IT y que hace de «puente» hacia la IPte, retrasando la misma no más de 30 meses desde el inicio de la IT. Parece como si el legislador estuviera presumiendo que esta prórroga, a diferencia de la que completa el plazo máximo normal, irremediablemente puede conducir a la calificación en el grado correspondiente de IPte, si a su finalización no hay alta por curación --solución que igualmente se daba si la IPr terminaba de esta manera--.

Es indudable, por otra parte, que se ha reducido la duración de la IT, entendida en sentido amplio; es decir, si el término comparativo lo tomamos respecto al cómputo máximo, la suma de tiempo de la ILT + la IPr no podía sobrepasar los 6 años y ahora es para la IT, excepcionalmente, máximo de 30 meses (2 años y medio), aunque los efectos suspensivos de la relación laboral pueden prolongarse hasta 4 años y medio en total.

Al analizar el concepto de IT hemos distinguido la propiamente tal de la que está extramuros de la misma. Por un lado, hay que resaltar que la alteración o dolencia física-psíquica que no se manifiesta en el trabajo queda fuera del concepto; así, si el enfermo con sus residuales y un mayor esfuerzo puede completar la aparente, pero no real, incapacidad para seguir trabajando. La apariencia o posibilidad, en cuanto puede no haber lesión real, sólo está presente en los períodos de observación, que como tales deben quedar incluidos en el concepto de IT.

La incapacidad para el trabajo, en su auténtico sentido, la dividimos en: temporal --que incluía a la ILT y a la ILT ampliada o IPr, actualmente IT-- y permanente --presumiblemente definitiva--, que tiene como referencia no sólo al trabajo, sino también a la vida cotidiana y permite compatibilidades con el desarrollo de otra actividad en alguno de sus grados. La incapacidad para el trabajo temporal o transitoria es la que ha sido objeto de nuestro estudio y del mismo podemos deducir el siguiente concepto: la contingencia de incapacidad temporal es aquella lesión que, independientemente del riesgo patológico --común o profesional-- que la haya producido, siempre conlleva una incapacidad o imposibilidad para el trabajo, constatada, controlada y seguida por el sistema sanitario de la Seguridad Social y que --en cuanto a su duración-- es presumiblemente temporal y transitoria (o previsiblemente no definitiva, por contra a la invalidez permanente), cuya consecuencia sobre la relación individual de trabajo sigue siendo la inactividad o suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto. Es un

concepto que no varía respecto del existente en nuestra normativa de Seguridad Social antes de la entrada en vigor de la Ley 42/1994.

(1)

Aunque el método de interpretación y aplicación de la figura jurídica lo hacemos desde el final de la evolución, desde la norma positiva actual, la referencia a los antecedentes no es meramente erudita, J. VIDA SORIA: «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 44/45, 1994, pág. 10. Conforme reza el art. 3.1 del Código Civil, en la nueva redacción dada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (*BOE* de 9 de julio): «Las normas se interpretarán 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 aquéllas»; por consiguiente, hay que buscar también la adaptación de la norma jurídica a la realidad social.

[Ver Texto](#)

(2)

Como tampoco se mantiene actualmente tras el agotamiento del plazo máximo de la incapacidad temporal previsto en el apartado a) del número 1 del art. 128 TRLGSS (18 meses), tal y como establece el nuevo art. 131 bis.2. apartado 3 y Disposición adicional quinta.2 del RD 1300/1995, de 21 de julio (*BOE* de 19 de agosto): «... Sin embargo, dicha obligación no subsistirá durante la prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la citada ley» (prórroga que puede durar hasta 12 meses más allá de la duración máxima de la incapacidad temporal).

[Ver Texto](#)

(3)

M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, 4.^a ed. renovada, págs. 233-234.

[Ver Texto](#)

(4)

Sólo la distinta duración en el tiempo permitía diferenciar una dualidad de cobertura que resultaba difícil de justificar, J. I. TEJERINA ALONSO: «Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad laboral ante los planes de reforma general de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo*, núm. 6/1980, págs. 40 y 67.

(5)

La utilización de una misma e idéntica técnica de protección es destacada por L. E. de la VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, 2.^a ed., pág. 484.

(6)

Una de las primeras novedades legislativas sobre la contingencia de ILT fue la nueva redacción dada por el RDLey 5/1992 --de 21 de julio, luego Ley 28/1992, de 29 de noviembre-- al art. 131.1 TRLGSS en la determinación del *dies a quo* de la cobertura de la ILT en caso de enfermedad común o accidente no laboral; otro de los cambios normativos introducidos por este RD 5/1992 fue referido al autoaseguramiento de la protección por ILT (art. 77 TRLGSS). La Exposición de Motivos del RDLey 5/1992 indica que «el crecimiento del déficit público durante el primer semestre del año obliga a actuar con urgencia y rigor sobre los ingresos y gastos públicos con la finalidad de asegurar los objetivos del programa de convergencia». En este sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ afirma que el crecimiento del gasto en Seguridad Social se ha concentrado, básicamente, en dos contingencias: desempleo y prestaciones sanitarias y económicas por ILT; conceptos éstos que han sido objeto de reformas importantes, en «Estado y Seguridad Social (y II)», *Relaciones Laborales*, tomo 1994-II, pág. 76. Hay una preocupación de los poderes públicos por su coste económico y sobre todo por su control (fenómeno del absentismo injustificado o fraudulento). «Sobre la importancia del coste de la prestación económica por enfermedad, basta referir que, junto con la prestación farmacéutica, integran las dos únicas del sistema contributivo de la Seguridad Social afectadas por las medidas previstas en el RDLey 5/1992, de 21 de julio, para reducir al déficit público», I. DURÉNDEZ SÁEZ, «Régimen jurídico y control de la situación de Incapacidad Laboral Transitoria (ILT) derivada de enfermedad común», *Relaciones Laborales*, tomo 1994-II, pág. 1448. Las prestaciones económicas por ILT + IPr suman un 9% del total de las prestaciones dinerarias, tendiéndose a una disminución de este porcentaje por los cambios normativos habidos. Prácticamente, la evolución del gasto en estas prestaciones se duplicó de 1988 a 1993. Por regímenes, el general es el que implica mayor gasto por ILT, siendo de especial importancia esta diferencia a su favor en lo que se refiere a la IPr, CONSEJO ECONÓMICO y SOCIAL, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, Ed. CES, Madrid, 1995, págs. 386-387, 397 y 399-400.

(7)

La Seguridad Social es básicamente un régimen legal y las condiciones fijadas en él no se basan en el acuerdo, sino en reglas del ordenamiento jurídico que, por lo tanto, son fijadas y pueden ser modificadas por

el legislador. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de S.S... sin olvidar las circunstancias económicas de cada momento (recursos limitados para atender un gran número de necesidades sociales), E. GONZÁLEZ BIEDMA: «Regímenes Especiales de Seguridad y principio de igualdad: régimen especial de autónomos e invalidez (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1993)», *REDT*, núm. 69/1995, pág. 151. Así, el FJ Tercero, letra c) de la STC 37/1994, de 10 de febrero, en *obiter dicta* recoge las afirmaciones de derecho de estricta configuración legal, libertad del legislador y atención a las circunstancias económicas y sociales para su viabilidad y eficacia (haciendo referencia a la STC 65/1987, FJ Décimo Séptimo, entre otras).

[Ver Texto](#)

(8)

J. I. GARCÍA NINET destaca que no sólo desaparece la largamente controvertida invalidez provisional --que se diferenciaba poco de la ILT antigua y no era más que una larga enfermedad sin obligación de seguir cotizando--, sino que del art. 128 TRLGSS se extrae el tratamiento de la maternidad, que vuelve a constituir contingencia autónoma, con lo que va a quedar más claro el concepto de incapacidad temporal, en *La incapacidad temporal*, Ponencia mimeografiada del Tema III presentada al VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Sevilla, mayo de 1995, págs. 6-7.

[Ver Texto](#)

(9)

En este sentido, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA: «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *Relaciones Laborales*, tomo 1995-I, págs. 1107 a 1123, manifiestan como variables de la redefinición de la IT: la desaparición de la IPr, «crónica de una muerte anunciada», y la exclusión de la maternidad como situación determinante de la IT. Al mismo tiempo destacan, como modificaciones importantes en la nueva configuración de la IT, las relativas a su duración, extinción y gestión.

[Ver Texto](#)

(10)

«De esta definición se puede afirmar que la incapacidad temporal debe ser no permanente..., sin que la nueva situación de IT difiera en nada de la antigua situación de Incapacidad Laboral Transitoria que definía el art. 126 de la LGSS de 1974 o del art. 128 de la LGSS de 1994», M.^a A. PÉREZ ALONSO: *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 17.

(11)

Entendemos que el sistema de la acción protectora de la seguridad social entra en funcionamiento una vez que ha nacido la relación jurídica, de manera que actualizado el riesgo social (estado potencial) en una contingencia cubierta, se produce una situación de necesidad digna de protección mediante la prestación concreta, si previamente se cumplieron los requisitos o hecho causante. Nos centraremos en la contingencia contributiva de incapacidad o imposibilidad para el trabajo presumiblemente no definitiva o temporal, para lo cual no es indispensable saber si se cumplen o no los requisitos, ni cuál es la prestación en su caso, ni -- tampoco-- es imprescindible preguntarnos por el tipo de riesgo causante de la incapacidad.

(12)

Sobre la evolución de la cobertura de la IT en el sistema español *vid. L. E. de la VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, cit.* Estos autores hablan de «mecanismos plurales de cobertura» y de «una protección desintegrada por riesgos» en su cobertura (pág. 479). Manifiestan que su remoto origen histórico hay que buscarlo en la Ley de Accidente de Trabajo, de 30 de enero de 1900, que instrumenta la primera forma de protección de la IT, a través del principio de responsabilidad empresarial (pág. 483). Continúan destacando que su cobertura se realiza históricamente mediante una «protección sectorializada por contingencias» y «la grave fragmentación» a que se había llegado en el ordenamiento español al escindir la IT en tres esquemas de aseguramiento:

- los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Protegían la IT derivada de contingencias de carácter profesional,
- el seguro obligatorio de enfermedad. Protegía la IT derivada de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, que no excedieran de un límite temporal y
- el mutualismo laboral. Continuaba la protección del Seguro Obligatorio de Enfermedad, con técnicas de seguro o asistenciales, en los procesos de larga enfermedad (págs. 483 y 484).

Es importante indicar que, «el riesgo de enfermedad comenzó asegurándose normalmente en su doble vertiente de asistencia sanitaria y subsidios sustitutivos del salario, reproduciendo en esto los sistemas, por lo general muy anteriores, de protección de los accidentes de trabajo. La evolución posterior, donde ha existido, incorporó el seguro de enfermedad al plan general de seguridad social, *separando las prestaciones sanitarias*

de las económicas», M. ALONSO OLEA: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 33.

[Ver Texto](#)

(13)

La ILT mantuvo hasta la Ley de Bases de 1963 una *ordenación desintegrada por riesgos*, básicamente ubicada en el régimen de accidentes de trabajo y en el Seguro de Enfermedad. A partir de la Ley de Bases pasó a recibir un *tratamiento teóricamente unitario*, con independencia del riesgo causante, J. L. TORTUERO PLAZA: «*La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social*», Tesis inédita defendida en 1987, cuyo Capítulo II se recoge en parte en *Tribuna Social*, núm. 44/45, 1994, pág. 31.

[Ver Texto](#)

(14)

La ILT fue una innovación de la Ley de Bases de 1963; su Preámbulo (apartado II.2) la recoge como una «situación común, abstracción hecha de sus causas», superando de esta manera su cobertura fragmentaria anterior cuyo esquema de aseguramiento tenía en cuenta: la naturaleza del riesgo, común o profesional, y la propia duración de la incapacidad, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, *cit.*, págs. 1108-1109. El principio de la conjunta consideración de las contingencias protegidas sí ha surtido el efecto primordialmente perseguido, cual es el de desvirtuar el sentido asegurativo anterior del riesgo- posibilidad. Pero no se ha impuesto el principio de total uniformidad protectora ni ha desaparecido en absoluto la consideración diversificada de la ILT atendiendo a los riesgos productores o causas secundarias de la misma, J. M. ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1989, 6.^a ed., pág. 406.

[Ver Texto](#)

(15)

En opinión de J. I. GARCÍA NINET, se mantienen casi todos los vicios y virtudes de la anterior ordenación, o sea, la diversificación de tratamiento según cual sea en última instancia la causa productora de la situación de necesidad. Añade que, pese al pretendido principio de la consideración conjunta de las contingencias y de uniformidad de las prestaciones económicas, subsisten ampliadamente desde 1992 las diferencias de trato en contra de la (IT derivada de) enfermedad común y del accidente común, frente al tratamiento de privilegio del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, pese a los loables propósitos de la LBSS de 1963. También indica que cada diferencia tiene su justificación y parangón en el derecho internacional y comparado. *Cit.*, págs. 8-9.

(16)

En vigor a falta de desarrollo reglamentario del TRLGSS de 1994 y que ha sufrido importantes modificaciones por las Ordenes de 22 de enero de 1973 (*BOE* del 30), de 21 de marzo de 1974 (*BOE* de 19 de abril de 1974), de 23 de noviembre de 1982 (*BOE* del 25) y de 16 de diciembre de 1987 (*BOE* del 29).

(17)

«Dentro de este sistema de fuentes no encuentran cabida las circulares de las Entidades Gestoras, las cuales carecen de "valor normativo", sin que tengan la condición de normas legales y reglamentarias», M.^a A. PÉREZ ALONSO, *cit.*, pág. 16 y cita 7 de esa página, que recoge su justificación jurisprudencial. Por otra parte, no hay que olvidar las Ordenes sobre el control de la incapacidad, de 21 de marzo de 1974 (*BOE* del 19 de abril) --que ordena determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios en materia de altas médicas-- o la de 6 de abril de 1983 (*BOE* del 16) --por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de ILT en el Sistema de la Seguridad Social--. Por último, también quiero indicar el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que atribuye al INSS la competencia para declarar la situación de invalidez permanente y crea en cada Dirección Provincial del INSS los Equipos de Valoración de Incapacidades, que se han constituido en algunas por Resolución de 20 de septiembre de 1995, de la Secretaría General para la Seguridad Social (*BOE* del 29), con efectos de 1 de octubre de 1995.

(18)

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Las enfermedades del trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 15-16/1995, pág. 1.

(19)

En este mismo sentido, y de forma más genérica, el art. 50 de la Ley 42/1994 que da nueva redacción al art. 20 de la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, reza de la manera siguiente: «Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de la incapacidad temporal, los de enfermedad, accidente y los denominados períodos de observación en caso de enfermedad profesional». Conforme el art. 1.^º.1 letra a) del RD 1300/1995, es competencia del INSS determinar las contingencias --o riesgos, entendemos-- causantes de la IPte; asimismo, el art. 3.^º.1 letra f) del mismo Real

Decreto recoge como competencia de los Equipos de Valoración de Incapacidades la "determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal...».

[Ver Texto](#)

(20)

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, 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, en su último «considerando» de la Exposición de Motivos establece que «la noción de prestación adecuada en caso de permiso por maternidad debe contemplarse como un elemento técnico de referencia con vistas a fijar el nivel de protección mínimo y no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad». Respecto al forzado encuadramiento de la maternidad dentro de la ILT, la Ley 3/1989 supone una «quiebra de un entendimiento mecánico de la correspondencia entre la alteración efectiva (o merma) de la salud y la baja de la trabajadora derivada de su situación de maternidad». Lo determinante es la «crianza» o el «cuidado de hijos» (en la adopción de hijos menores de cinco años), la voluntad de la madre y la paternidad o permiso parental, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *Relaciones Laborales*, tomo 1989-I, págs. 1160-1163. Sobre «La asimilación de la maternidad a la incapacidad laboral transitoria como fórmula de ordenación de la protección, es una fórmula perturbadora», *vid.* J. L. TORTUERO PLAZA: «*La incapacidad laboral temporal...*», *cit.*, págs. 46-51. Asimismo, A. V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 3/1989, sobre la maternidad y la igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *Relaciones Laborales*, tomo 1989-II, págs. 91 y ss. La Ley 42/1994, termina con la «ficción normativa» de asimilación de la maternidad a la incapacidad laboral transitoria, F. A. LASERNA PEREA: «Hacia un nuevo concepto de la prestación por maternidad», *RSS*, núm. 3, págs. 149 y ss. Se trata de un derecho de la mujer trabajadora más que de una incapacidad para el trabajo --aunque ésta también pueda darse--, M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio...*, *cit.*, pág. 230. La maternidad, la adopción o el acogimiento, no son en rigor ni enfermedad ni accidente, STJCE 8 de noviembre de 1990, c-179/88 (*Handels*), Rec. 1990, pág. 3994, o STSJ Madrid 11 de octubre de 1993. El objeto de la contingencia es la atención del menor, «cuya finalidad se eleva así a la categoría de elemento causal del derecho», STSJ Castilla y León 11 de septiembre de 1992 (*Ar.* 1992, 4135).

[Ver Texto](#)

(21)

La definición legal es indirecta, pues el art. 126 LGSS de 1974 --hoy art. 128 TRLGSS-- se refiere, sucesivamente, a las distintas contingencias determinantes, a partir de las que se establecen los presupuestos

Laurentino Javier Dueñas Herrero

objetivos integrantes de una situación de necesidad unitaria, L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 485. El art. 128 del TRLGSS no define, sino que nos indica las situaciones determinantes o causantes de dicha IT, J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 9. Esta enumeración de riesgos lleva a algunos autores a diferenciar clases de incapacidad temporal, M.^a A. PÉREZ ALONSO, *cit.*, págs. 22-26. Pienso que hay una contingencia de incapacidad temporal que se define por sus propios rasgos y que se atiende a los riesgos sólo mediamente en orden a los requisitos de acceso a la prestación y a su contenido económico.

[Ver Texto](#)

(22)

La Sección 1.^a del Capítulo III del TRLGSS llama *contingencias protegibles* (arts. 115-119) a lo que luego define como riesgos. Es más ajustado entender genéricamente por riesgo laboral «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo», considerando «daños derivados del trabajo» las enfermedades o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. Asimismo, los riesgos --mejor que contingencias-- comunes se definen de forma residual y negativa respecto de los profesionales; explícitamente, así lo recoge el art. 4.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales, de 8 de noviembre (*BOE* del 10). Sobre el carácter profesional o no de tales riesgos y la aparición de un «tercer concepto» de enfermedad del trabajo, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Las enfermedades del trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 15-16/1995, págs. 1-13.

[Ver Texto](#)

(23)

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO al conceptuar las enfermedades del trabajo destaca entre sus elementos definidores: la lesión, el trabajo protegido y la relación o nexo entre los dos elementos anteriores como elemento decisivo; este vínculo causal indispensable puede darse de forma «mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante» (STS 25 de marzo de 1986), lo cual «facilita un exceso de casuismo y voluntarismo, arbitrista, que no arbitrario, en la calificación de la enfermedad del trabajo», *ibidem*, págs. 4-13. También puede verse la STS 27 de octubre 1992, en unificación de doctrina (*Ar.* 1992, 7844).

[Ver Texto](#)

(24)

La duración prevista en sus distintos tramos es la misma indiferentemente de la causa productora de la situación de necesidad objeto de cobertura y para su cómputo tampoco influye el tiempo previamente cotizado, J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 26.

[Ver Texto](#)

(25)

J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, págs. 31-32.

[Ver Texto](#)

(26)

«En principio, resulta indiferente que el proceso patológico provenga de enfermedad común, accidente de trabajo, accidente no laboral, o enfermedad profesional». Lo importante es que impida --temporalmente-- el trabajo. J. Vida Soria, a efectos de delimitar el supuesto de hecho suspensivo del contrato de trabajo que tiene su causa en la IT del trabajador. *Cit.*, pág. 12.

[Ver Texto](#)

(27)

A modo de ejemplo --analizando el concepto de ILT desde el lado jurídico-positivo--, tal y como lo proporcionaba el art. 126 de la LGSS de 30 de mayo de 1979, podemos citar el trabajo de J. I. GARCÍA NINET: «La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la seguridad social», *RSS*, núm. 3/1979, pág. 73. En 1995, *La incapacidad...*, *cit.*, págs. 10 a 17, el mismo autor destaca que han de concurrir tres circunstancias para que se desencadene la protección:

1. Que se produzca un proceso patológico o situación asimilada que genere una imposibilidad o incapacidad sobrevenida, genérica, para trabajar (objetivamente impedido para prestar el trabajo o se prescriba, sin más, la baja).
2. Situación incapacitante no necesariamente de carácter permanente, sino de alcance temporal, de duración previsiblemente limitada (duración limitada en el tiempo).
3. Tal alteración de la salud ha de ser atendida y controlada necesariamente por los mecanismos sanitarios del sistema de Seguridad Social, directos o autorizados (durante el tiempo que dure la imposibilidad real o presunta para trabajar).

[Ver Texto](#)

(28)

Laurentino Javier Dueñas Herrero

Resumiendo por todos, L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, en su *Manual de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 484-485, indican que la normativa del régimen general define la ILT tomando como base dos elementos: la incapacidad para el trabajo y el carácter temporal de la situación protegida.

[Ver Texto](#)

(29)

M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *cit.*, pág. 230. M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1992, 13.^a ed. revisada, pág. 249, (este requisito es adventicio, pero necesario, como remarcan los arts. 1.^º y 17.^º de la Orden de 13 de octubre de 1967).

[Ver Texto](#)

(30)

Sin importar si se mantienen o no en el tiempo, lo que se traduce en una extremada relación de independencia entre la relación laboral y la de seguridad social. Aquí el legislador ha sido consecuente con una concepción imperante aunque errónea, a juicio de J. L. TORTUERO PLAZA, «Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica», *Relaciones Laborales*, tomo 1994-I, pág. 104.

[Ver Texto](#)

(31)

A este respecto, son significativos los requisitos del supuesto de hecho que, marcados taxativamente por la legislación de la Seguridad Social, destaca J. VIDA SORIA: 1. Procesos patológicos con unas ciertas características; 2. Deben impedir el trabajo para, así, ser causa suspensiva de la relación laboral; 3. Estas situaciones de incapacidad deben ser «involuntarias»; 4. Se integra en el concepto de ILT el hecho de estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social; 5. Finalmente, la incapacidad laboral constituye supuesto suspensivo durante un determinado tiempo. *Cit.*, págs. 12 a 14.

[Ver Texto](#)

(32)

Si no estaríamos ante una enfermedad o lesión que no incide en la capacidad para trabajar, laboral por lo tanto, sería una simple alteración de la salud, M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *cit.*, pág. 229; en el mismo sentido, J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, págs. 33 y 34. La enfermedad es un riesgo cuya actualización en siniestro es económicamente evaluable... la noción de trabajo por cuenta ajena es indiferente para su definición. Tiene dos tipos de consecuencias: *exceso de gastos* (por la necesidad de la asistencia sanitaria) y un *defecto de ingresos* (si incapacita e impide la obtención de rentas de trabajo) esta última

situación de necesidad de defecto de renta es la que se cubre con prestaciones económicas, M. ALONSO OLEA, *cit.*, pág. 17. Dos aspectos, por una parte, la alteración de la salud demanda el restablecimiento de la normalidad física, lo que exige una asistencia médica... Por otra parte, de esa contingencia, a la que frecuentemente acompaña una limitación o anulación de la capacidad laboral, se puede derivar la carencia de capacidad ganancial en el interesado, quien de ese modo se verá privado de sus rentas o ingresos, que constituyen su medio de vida, SUBSECRETARÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL MINISTERIO DE TRABAJO, *Libro Blanco de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1977, 2.^a ed., pág. 221. La persistencia de la alteración de la salud por un determinado tiempo es la determinante de las prestaciones económicas, pero no es suficiente cualquier tipo de alteración de la salud, sino aquella que, a juicio médico, revista tal gravedad que impida el trabajo, al menos temporalmente. El tema es de un gran relativismo, ya que no todas las alteraciones de salud afectan por igual a todos los trabajadores ni para los mismos o distintos trabajos. Es difícil objetivar al máximo las dolencias sufridas. «Lo que se toma en consideración no es tanto en sí la dolencia objetivamente considerada que se sufre, sino cómo incide cada concreta dolencia en el concreto trabajador que desempeña un tipo de trabajo concreto». En la IT nos movemos en un terreno del caso a caso: que la alteración de la salud deje a uno impedido para el trabajo de modo temporal es el «nudo gordiano», termina diciendo J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, págs. 12-14. «La exigencia, como requisito caracterizador de la situación de IT, de estar impedido para el trabajo impide considerar como situación de IT la mera situación de recibir asistencia sanitaria si la misma no va unida a la incapacidad para el trabajo. Tampoco lo será recibir únicamente tratamiento rehabilitador o estar sujeto a observación, si no impide realizar el trabajo», M.^a A. PÉREZ ALONSO, *cit.*, pág. 19.

Ver Texto

(33)

Por tal, como «lesión» (corporal) entendemos «cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional» (STS 17 de octubre de 1992).

Ver Texto

(34)

La situación de ILT se identifica no sólo por el menoscabo en la salud, sino también por la pérdida de la aptitud laboral. STSJ Castilla y León Sala de lo Social de Valladolid 27 de abril de 1993 (*Ar.* 1993, 2113) y la de 18 de enero de 1994 (*Ar.* 1994, 265): esta última manifiesta que «... la asistencia sanitaria, que por sí sola no integra la situación de ILT protegida por el sistema de la Seguridad Social pública, ya que a ésta ha de unirse la ineptitud laboral..., no obstante las secuelas... y la posibilidad de continuar el tratamiento

Laurentino Javier Dueñas Herrero

recuperador, puede continuar realizando sus tareas profesionales, es claro que no puede ser repuesto en situación de incapacidad temporal, que por definición supone la imposibilidad objetiva de su realización».

[Ver Texto](#)

(35)

J. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA critican la dicción del art. 98 LGSS de 1974 (declarado vigente por el RDLeg. 1/1994) diciendo que el objeto de la asistencia sanitaria no es sólo la recuperación de la aptitud para el trabajo o profesión. Este artículo presenta una orientación profesional donde más claramente debe darse un principio de universalidad de la prestación; ¿qué importa la específica tarea profesional del sujeto protegido en esta contingencia? *Cit.*, págs. 166 a 204.

[Ver Texto](#)

(36)

Este requisito es especialmente riguroso para la situación de ILT derivada de enfermedad común o accidente no laboral de los trabajadores por cuenta ajena del campo --Régimen Especial Agrario--, pues el art. 21 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio (*BOE* del 21 de septiembre), y el art. 51 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (*BOE* de 19 de febrero de 1973), exigen para poder declararla --como «condición indispensable»-- que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad o se produzca el accidente. Elimina, por tanto, cualquier posibilidad de situación asimilada a la de alta, exigiendo alta real o presunta, G. GARCÍA BECEDAS: «La reforma del régimen especial agrario de Seguridad Social (Proyecto para un debate)», *RTSS*, julio-septiembre/1991, pág. 31.

[Ver Texto](#)

(37)

J. L. TORTUERO PLAZA: «La incapacidad temporal...», *cit.*, págs. 34 y 35.

[Ver Texto](#)

(38)

La asistencia sanitaria es un conjunto de prestaciones que cubren determinados riesgos. Los riesgos fácticos protegidos por la contingencia de la alteración de la salud son coincidentes con los de la IT, enfermedad común o profesional y las lesiones derivadas de accidente, cualquiera que sea su causa (art. 99 LGSS de 1974, que sigue vigente). Son riesgos que deben ser susceptibles de tratamiento sanitario para curar, mejorar o aliviar la enfermedad o lesión protegida. El objeto de las prestaciones sanitarias son «los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud... y en su caso la... aptitud para el trabajo» (art.

98 LGSS de 1974, vigente), M. ALONSO OLEA, *cit.*, págs. 39 y 45. En cuanto a la protección la asistencia sanitaria es una prestación en especie que no sustituye ninguna renta dejada de percibir, como es el caso del subsidio económico por IT.

[Ver Texto](#)

[\(39\)](#)

J. L. TORTUERO PLAZA: «Supuestos legales de desempleo...», *cit.*, pág. 24.

[Ver Texto](#)

[\(40\)](#)

M. R. ALARCÓN CARACUEL y J. FARGAS FERNÁNDEZ: «Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo (y *passim* sobre los límites de la unificación de doctrina)», *REDT*, núm. 69/1995, págs. 6 a 13.

[Ver Texto](#)

[\(41\)](#)

J. L. TORTUERO PLAZA. «La incapacidad temporal...», *cit.*, págs. 39-40. Igualmente, M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 249.

[Ver Texto](#)

[\(42\)](#)

«La incapacidad para el trabajo puede ser real o presunta (por ej. los períodos de observación de la enfermedad profesional), pero la alteración de la salud o el proceso patológico que sufre el trabajador ha de tener la suficiente entidad o intensidad como para justificar imperiosamente su apartamiento temporal del trabajo», J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 11; que también señala la STSJ de Castilla y León Sala de lo Social de Valladolid 18 de enero 1994 (Ar. 1994, 265, mencionada por nosotros en la nota 33). Todos estos procesos patológicos, para ser considerados ILT, y por tanto causa suspensiva, deben «impedir» el trabajo. La indisposición, enfermedad o dolor persistente, si impiden trabajar justifican la inasistencia y la suspensión, J. VIDA SORIA, *cit.*, pág. 12. Sobre la incapacidad, J. L. TORTUERO PLAZA manifiesta que por definición al faltarle capacidad para trabajar no puede quedar inmerso en el concepto legal de desempleado si se produce la extinción del contrato, siendo su condición la de desempleado de forma potencial e incapacitado temporal de forma real, «Supuestos legales de desempleo...», *cit.*, pág. 24.

[Ver Texto](#)

(43)

La incapacidad alcanza consideración de contingencia protegible en la medida en que tiene repercusión en el ámbito económico profesional del individuo que la sufre. Almansa manifiesta que la incapacidad *laboral* contempla dos tipos de contingencias: la incapacidad laboral de carácter transitorio y la incapacidad laboral de carácter presumiblemente definitivo o invalidez. «.... las diferencias entre ambas no son tan sustanciales, sino meramente epidérmicas o accidentales, más como situaciones de necesidad de una misma contingencia protegida que contingencias distintas», J. M. ALMANSA PASTOR, *cit.*, pág. 401.

[Ver Texto](#)

(44)

Desde el régimen de los Seguros Sociales obligatorios, siempre una de las características ha sido la reducción de su ámbito de aplicación subjetivo, limitado por dos criterios clásicos la «laboralidad» y la «debilidad económica», SUBSECRETARÍA DE LA SS DEL MTSS, *Libro Blanco de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 37. En el cambio de denominación, desaparece el término laboral, tal vez en un intento de alcanzar más propiedad en el uso del lenguaje técnico, pero en la incapacidad temporal debe seguir sobreentendiéndose su laboralidad, pues de no ser así no sería objeto de protección en esta sede contributiva, J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 9.

[Ver Texto](#)

(45)

Se está objetivamente impedido para prestar el trabajo, o se prescribe, sin más, la baja --períodos de observación por enfermedad profesional--, J. I. GARCÍA NINET: «La cotización durante...», *cit.*, pág. 73. En el mismo sentido, L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, «se presume como consecuencia de normas imperativas o dispositivas», *cit.*, pág. 485.

[Ver Texto](#)

(46)

G. ALIBRANDI: *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Guiffré, Milano, 1979, pág. 454, citado por J. L. TORTUERO PLAZA, en «La incapacidad temporal...», *cit.*, nota 42 de la pág. 37. Además, es interesante la amplia cita doctrinal que realiza en esta misma página. M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 230, «.... inexcusablemente, la imposibilidad de proseguir la tarea habitual». STSJ Murcia 13 de septiembre de 1991 (Ar. 1991, 5104).

[Ver Texto](#)

(47)

Trabajar durante este período suspensivo de IT puede considerarse *iuris tantum* prueba de que no existe tal impedimento laboral --art. 11.1 d) OILT y art. 132.1 b) TRLGSS, que, en cuanto a la pérdida o suspensión del derecho al subsidio, manifiesta claramente como uno de sus motivos: «cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»--. Aunque referido a la pérdida del derecho al subsidio de Seguridad Social, sirve para definir los supuestos de hecho más corrientes de falta de impedimento a efectos de la suspensión del contrato y --añadimos-- del propio concepto de IT. De aquí parece deducirse la incompatibilidad absoluta de la IT para todo trabajo; sin embargo, para la jurisprudencia no todos los casos de realización de trabajos durante la incapacidad son incompatibles con la situación suspensiva; por ej., la de aquellos que no sean susceptibles de perturbar la curación, J. VIDA SORIA, *cit.*, págs. 12 y 13.

[Ver Texto](#)

(48)

J. VIDA SORIA analiza el encadenamiento de causas suspensivas del contrato de trabajo, no regulado expresamente, deduciendo que una causa de suspensión operativa lo seguirá siendo aunque aparezca otra causa de suspensión, a no ser que fácticamente resulten incompatibles. El ejemplo que señala resulta clarificador: un trabajador en IT que pasa a ocupar cargo público, deberá cesar en la IT si el ejercicio de éste implica actividad laboral. *Ibidem*, pág. 23. Pensemos en quien incapacitado para su trabajo esté cobrando el subsidio --ha nacido la prestación-- y firma un nuevo contrato para trabajo distinto porque la alteración psíquica-física no se lo impide. Sigue con la incapacidad para su primer trabajo pero no impedido para realizar otro distinto. El resultado es que no se encuentra en IT respecto de ninguno de los dos, aunque la enfermedad continúe (ej., situación de pluriactividad con incapacidad para un trabajo por cuenta ajena del régimen general pero que le permite ejercer una labor de gestión o dirección por la que está incluido en el RETA). La capacidad para el segundo conlleva la del primero; siempre que la realización de este último comporte una remuneración perdería el subsidio y, consiguientemente, la IT del primero. Sería un tratamiento semejante al de la IPte total, pero de efecto distinto (no se permite la compatibilidad entre prestación y trabajo distinto que sí se puede realizar).

[Ver Texto](#)

(49)

J. L. TORTUERO PLAZA: «La incapacidad temporal...», *cit.*, págs. 37 y 38. M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 237, respecto de la invalidez permanente. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, también señala «un margen de discrecionalidad judicial» o de «materias incluso, como la invalidez, en las que cuenta tanto la consideración del caso concreto que es difícil llegar a la unificación de doctrina en esta compleja materia», *cit.*, pág. 1.

(50)

El subsidio de ILT constituye una prestación sustitutoria del salario, de ahí que el trabajador tenga que estar en alta o asimilada y que la única situación asimilada sea el desempleo involuntario total y subsidiado (art. 4.1 OILT), y «ello porque fuera de tal situación no existen rentas de sustitución», J. L. TORTUERO PLAZA: «Supuestos legales de desempleo...», *cit.*, pág. 24. Especial hincapié hace en este aspecto el art. 68 del RD 3283/1978, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Mutualidad General Judicial, modificado por el art. 52 de la Ley 42/94, que establece que «la incapacidad laboral, en sus modalidades de temporal y permanente, consistirá en la falta o disminución de la integridad psicofísica del mutualista, con reflejo en la situación económico-profesional del funcionario».

(51)

J. L. TORTUERO PLAZA: «La incapacidad temporal...», *cit.*, págs. 40 a 42. J. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *cit.*, pág. 229.

(52)

J. L. TORTUERO PLAZA, *ibidem*, pág. 41. De su empleo como sinónimos, a modo de ejemplo, podemos citar algunas sentencias de TSJ: así, STSJ Castilla y León Sala de lo Social de Valladolid 12 de febrero de 1991 (Ar. 1991, 1311); STSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Social 29 de enero de 1991 (Ar. 1991, 1046); o la STSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Social 12 de marzo de 1992 (Ar. 1992, 1548), que sobre la ILT manifiesta expresamente: «Presupone como requisito inexcusable la temporalidad o transitoriedad de la lesión o enfermedad».

(53)

La IT ha de ser contemplada dentro de la posibilidad de ser modificada por un tratamiento médico a corto o medio plazo. M. RODRÍGUEZ JOUVENCEL: *La incapacidad para el trabajo*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 70.

(54)

Si se potencia la temporalidad con largos períodos de protección el criterio de la permanencia ha de ser necesariamente rígido; esto sucedió con la incorporación *ex novo* de la IPr, lo que ha provocado una interpretación rígida de la IPte. J. L. TORTUERO PLAZA: «La incapacidad temporal...», *cit.*, pág. 42.

[Ver Texto](#)

(55)

Sobre los límites máximos L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE indican que «se impone la solución más realista de combinar los criterios clínicos... con plazos máximos flexibles que no afecten al normal desarrollo de las prestaciones sanitarias», *cit.*, pág. 481. En este mismo sentido, J. L. TORTUERO PLAZA opina que la reflexión médico-legal, en momentos estratégicos de la duración de la contingencia, es lo que la da sentido y supone tomar como elemento decisario la transitoriedad sobre la temporalidad, *ibidem*, pág. 43. Entiendo que si nos encontramos ante una situación de IPte --por transcurso del plazo máximo-- con certeza de recuperación, se abre la posibilidad de romper los límites estancos de temporalidad manteniéndose los efectos previos y primando la transitoriedad o posibilidad cierta de recuperación. De todas maneras, a veces «se observa la enorme dificultad de trasladar al ámbito jurídico calificaciones de naturaleza técnica, pues es la valoración médica la que tendrá que decidir» (al tratar sobre si la causa de la enfermedad fue la realización del trabajo), M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *cit.*, pág. 9.

[Ver Texto](#)

(56)

«La exigencia de que sea un período de actividad inferior a seis meses se justifica porque durante ese tiempo no se accredita cotización suficiente para generar un nuevo derecho al subsidio de IT», M.ª A. PÉREZ ALONSO, *cit.*, nota 118 de la pág. 55. Pienso que, en todo caso, el subsidio se calculará tomando como referencia la base reguladora más beneficiosa, la inicialmente tomada o la --seguramente-- más beneficiosa del momento de la recaída; así, J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 29 (siguiéndose la doctrina de la STCT de 21 de mayo de 1979, *vid.* nota 56 de esa página). Además, «el porcentaje será el correspondiente al proceso de cómputo sucesivo, o sea habrá que retomar el último día que se pagó, sobre todo si se trata de contingencias comunes», *ibidem*, pág. 29.

[Ver Texto](#)

(57)

«En la duración máxima de la ILT se computan los períodos de recaída o recidiva. Sin embargo, y aunque la regulación no sea del todo precisa, parece que cada enfermedad clínicamente distinta de otra que la haya precedido abre un nuevo período de ILT, salvo que entre ellos medie tiempo de actividad laboral inferior a seis

meses, en cuyo caso se suman todos los períodos de baja aplicando el principio de "valoración conjunta de las contingencias"; en caso contrario, esto es, si media un período de actividad superior a seis meses, cada enfermedad, "aunque sea la misma o similar", da origen a una nueva ILT». La justificación de estos criterios está en la transitoriedad que prima sobre la mera temporalidad (por otra parte, la misma doctrina se aplicaría a la IPr), M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 252. Opinión distinta sostiene J. I. GARCÍA NINET para el caso de un proceso patológico que nada tenga que ver con el anterior: «no procederá seguir sumando días de baja por IT, sino iniciar un nuevo tramo por ser distinta la causa productora de la nueva baja, aunque no parece que esta interpretación clara y literal del precepto sea del agrado de nuestros tribunales». Enumera una serie de sentencias contrarias al criterio por él defendido y que se basan en razones operativas (en una interpretación *a sensu contrario* discutible), en una interpretación muy laxa de las llamadas enfermedades similares (tomando el tiempo como único elemento decisivo) o que siguen un «criterio de cómputo globalizado de las diversas bajas inferiores a los seis meses como una suerte de valoración conjunta de la contingencia», *cit.*, pág. 27. «Lo que se califica no es la enfermedad, sino la merma que impide la ejecución del trabajo de la profesión y la necesidad de la asistencia sanitaria», *vid.* la STSJ Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas 18 de enero de 1994 (*Ar. 1994, 186*), que entre otro elenco de jurisprudencia cita J. I. GARCÍA NINET, *ibidem*, págs. 27 y 28. Este autor recoge el supuesto --por ej. de un trabajador temporal- de extinción de la relación laboral por cualquier causa y que dentro del plazo de seis meses volviera a recaer por la misma causa o enfermedad, a efectos de recaída, se ha prolongado la situación de asimilada al alta (STSJ Castilla-La Mancha 21 de marzo de 1991), *ibidem bis*, pág. 29. Para M.^a A. PÉREZ ALONSO, «el hecho de que el art. 9.1 OILT de 1967 exija para considerar una nueva IT un período de actividad superior a seis meses, no significa que cualquiera que sea el riesgo que la origine nos encontremos ante el mismo proceso de IT. Así, se abrirá una nueva IT aunque medie un período de actividad inferior a seis meses cuando la primera IT sea derivada de accidente de trabajo y la segunda derivada de enfermedad común, salvo que se demuestre el nexo causal entre ellas» (cita la STSJ Cataluña 22 de enero de 1992, *Ar. 1992, 312*), y añade que «no nos encontramos ante un supuesto de recaída cuando las sucesivas IT se manifiestan en otro régimen distinto al que originó la primera IT» (STSJ Cataluña 30 de julio de 1993, *Ar. 1993, 3600*), *cit.*, págs. 56-57.

[Ver Texto](#)

(58)

J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, págs. 25-26. La prórroga sólo procede «cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica» --art. 128.1 a) TRLGSS--. La declaración de la procedencia de la prórroga ha de hacerse mediante resolución de la entidad que tiene atribuida la gestión previo dictamen médico de la UVM, según el art. 15 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (*BOE* de 28 de junio). Pero la ausencia de esta declaración no determina la extinción de la situación protegida, ya que el mantenimiento de

las prestaciones y el hecho de que se sigan cursando los partes de confirmación de la incapacidad implica la aceptación de que en el plazo de prórroga puede producirse el alta por curación. Así lo han declarado en unificación de doctrina las sentencias del TS 19 de junio y 20 de octubre de 1993 (*Ar. 1993, 7559 y 8056*), en sentido contrario STSJ Baleares 6 de abril y 5 de julio de 1991 (*Ar. 1991, 2820 y 4740*) y STSJ La Rioja 9 de octubre de 1992 (*Ar. 1992, 4735*), citadas por A. DESDENTADO BONETE y J. I. TEJERINA ALONSO, *cit.*, págs. 62 y 63. Según A. Martín Valverde, para la Sala no hace falta una declaración previa de prórroga de ILT para que efectivamente esta situación se prolongue más allá del transcurso de un año; basta con la mera sucesión temporal de partes de baja médica, una vez superado el período ordinario, *cit.*, pág. 608. Por consiguiente, la IT se entiende prorrogada tácitamente, no hace falta resolución expresa para acceder a la misma, *vid.* G. VIDAL CARUANA: «La prórroga de la Incapacidad Laboral Transitoria», *AL*, núm. 17/1989, págs. 739-744.

[Ver Texto](#)

(59)

J. VIDA SORIA al tratar del supuesto de hecho suspensivo del contrato --IT-- manifiesta la interferencia de la normativa de Seguridad Social con la estrictamente laboral e indica que, a efectos de prestaciones, el art. 126.1 a) TRLGSS y art. 1.º OILT integran en el concepto de ILT el hecho de estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social (señala la Sentencia de la MT núm. 18 de Madrid, de 24 de junio de 1987). Más adelante, acertadamente, indica que aunque no parece pertenecer al concepto de ILT, sino al derecho a prestaciones económicas por tal, es difícil --sacarlo del concepto, entendemos--, según la literalidad de los preceptos correspondientes. *Cit.*, págs. 13 y 14.

[Ver Texto](#)

(60)

M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA destacan la importancia de este requisito y no excluyen la posibilidad de asistencia externa, siempre que el parte de baja laboral quede bajo control de la propia Seguridad Social (arts. 17 y 20 OILT). Igualmente para la IPr (art. 1.3 OI). *Cit.* págs. 230 y 231. M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 250. Para L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, efectivamente, un adecuado sistema de control médico debe estimarse suficiente para evitar los fraudes y problemas como el absentismo injustificado. *Cit.*, pág. 481. No obstante, añaden que esta exigencia expresa no sólo una medida de control, en el sentido antes mencionado, sino un presupuesto objetivo de la situación protegida que resalta su carácter temporal, al conectarse funcionalmente con la curación de la lesión; de esta manera, la proyección de la lesión no puede calificarse todavía como permanente. *Ibidem*, págs. 485 y 486.

[Ver Texto](#)

(61)

Laurentino Javier Dueñas Herrero

M. R. ALARCÓN CARACUEL y J. FARGAS FERNÁNDEZ: *cit.*, pág. 7.

[Ver Texto](#)

(62)

Junto con los partes periódicos «de confirmación», los de baja y alta, son requisitos materiales del supuesto de hecho --IT-- y de todos los elementos que lo conforman, L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 19. Prueban la presencia, subsistencia y cese de la contingencia, así como los plazos en que deben ser presentados como justificantes de la ausencia al trabajo, M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 254. Las Sentencias del TS de 9 de octubre de 1992 (Ar. 1992, 7627) y 12 de febrero de 1993 (Ar. 1993, 1161) han decidido en un mismo sentido: para el nacimiento del subsidio de ILT no es necesaria la solicitud del asegurado porque la entidad gestora ya lo conoce a través de los reconocimientos médicos que están en el origen de la calificación de la ILT. Sobre esta cuestión *vid.* A. MARTÍN VALVERDE, «Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes», *AL*, núm. 39/1994, pág. 610. «Las formales altas y bajas médicas intentan ajustar externamente los aspectos médicos a los jurídicos» (en *obiter dicta* STSJ Cataluña 25 de enero de 1994).

[Ver Texto](#)

(63)

La Ley 42/1994 da nueva redacción al art. 132 TRLGSS desapareciendo la denegación, anulación o suspensión «cuando la incapacidad sea debida o se prolongue a consecuencia de imprudencia temeraria del propio beneficiario» --antiguo art. 132.1 b)--. Para R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, y E. PALOMO BALDA, esta novedad «ha de ser valorada positivamente al poner fin a una opción legal que constituía una sanción encubierta, sin justificación suficiente, agravada por la dificultad de imputar al beneficiario determinados comportamientos que constituyan la base de la medida», *cit.*, pág. 1117. Si bien se mantiene el art. 132.2 o suspensión del derecho al subsidio «cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado».

[Ver Texto](#)

(64)

L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 485.

[Ver Texto](#)

(65)

Siempre el control sanitario de las altas y bajas corresponderá, en todo caso, al sistema público, es decir, al INSALUD o a los correspondientes Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que ejerzan las competencias en materia de asistencia sanitaria. Si se plantearan problemas de coordinación y de delimitación de competencias entre las Mutuas y las Entidades Gestoras éstos deben ser interpretados conforme los acuerdos de colaboración a que se refiere el apartado 3, párrafo 2.º, de la disposición adicional undécima. Así, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, que concluyen afirmando que esta medida mejorará el control de las situaciones de IT derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, *cit.*, págs. 1116-1117. Sobre la prestación de la asistencia médica por los cuadros de la Seguridad Social, sentencias del TCT de 24 de marzo de 1987 (*Ar.* 1987, 6470) o la de 11 de mayo de 1987 (*Ar.* 1987, 9703).

[Ver Texto](#)

(66)

Las ausencias por enfermedad integran una parte importante del fenómeno del absentismo (microabsentismo) y, según los estudios sociológicos, en muchos casos son simulacros de enfermedad respaldados con frecuencia por los médicos, a través de las denominadas «bajas de complacencia». I. DURÉNDEZ SÁEZ, *cit.*, pág. 1448 (y nota 9).

[Ver Texto](#)

(67)

M.ª A. PÉREZ ALONSO, *cit.*, pág. 73. *Vid.* la Orden de 6 de abril, que dicta normas a efectos de control de la situación de ILT en el sistema de la Seguridad Social (*BOE* del 16), que también habla de «comprobar» (por ej. en su art. 10).

[Ver Texto](#)

(68)

Así se decanta la STSJ Andalucía Sala de lo Social de Málaga 12 de mayo de 1994 (Ar. 1994, 2144). Sin embargo, para DURÉNDEZ «la razón práctica del precepto anunciado --art. 20.4 TRLET-- no había quedado muy clara desde la promulgación del ET» y «tampoco estaba muy clara la forma de llevar a la práctica semejante facultad empresarial». La promulgación del RDley 5/1992 atribuyó al empresario la obligación del subsidio económico por ILT derivada de enfermedad común y accidente no laboral, lo cual significa que «esta actividad de control se extendería hasta el decimoquinto día de baja en que termina la responsabilidad empresaria», siendo lógico que la baja que sirve de base a ese reconocimiento se formule con fundamento en los informes médicos de la misma empresa", o, en su caso «por la Mutua a la que la empresa estuviera asociada», I. DURÉNDEZ SÁEZ, *cit.*, págs. 1456-1457.

(69)

M.^a J. ROMERO RODERAS: «El control empresarial de la enfermedad del trabajador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 20/1991, pág. 276. En el mismo sentido, A. MONTOYA MELGAR, «Dirección de la actividad laboral», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, tomo 1985-V, pág. 146.

(70)

STCT 20 de diciembre de 1973 (Ar. 1973, 5342), mencionada por L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 492. No obstante, en ocasiones la transposición se realiza miméticamente, por ejemplo la STS 22 de octubre de 1991 (Ar. 1991, 7745), resuelve el problema de si las resoluciones de las Entidades Gestoras que declaran el comienzo o la extinción de la ILT/IPr tienen eficacia directa sobre la situación suspensiva de la relación contractual de trabajo; es decir, el acto administrativo no firme declarativo del comienzo y de la extinción de la ILT despliega una eficacia refleja sobre la suspensión de la relación individual de trabajo. A. MARTÍN VALVERDE, *cit.*, pág. 613.

(71)

J. VIDA SORIA, *cit.*, pág. 9.

(72)

Por ejemplo, en orden a la confusión o naturaleza jurídica de la prestación a cargo del empresario, no parece que deba calificarse tal «obligación legal» como salario, sino como prestación de seguridad social; así lo deduce la STC 37/1994, de 10 de febrero, cuyo criterio luego se ratifica en la STC 129/1994, de 5 de mayo. *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, *cit.*, pág. 606; J. F. LOUSADA AROCHENA: «La aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones a las de incapacidad temporal en el período a cargo de las empresas», *Relaciones Laborales*, Tomo 1995-II, págs. 1535 y ss., que termina manifestando: «La responsabilidad pública, aunque sólo sea provisional, reafirma la consideración de prestación de seguridad social del período de subsidio a cargo de la empresa, con todas las consecuencias legales». Así, por ej. la STSJ La Rioja 30 de septiembre de 1994 afirma que las prestaciones por IT no son salario ni puede equipararse su impago al del salario, *AL*, núm. 9/1995, marginal 333. No sostiene la misma postura el Tribunal de Justicia de Luxemburgo

que interpreta, conforme al art. 119 del Tratado CE, que el salario por enfermedad hay que incluirlo dentro del concepto de retribución (STJCE 13 de julio de 1989).

[Ver Texto](#)

(73)

«Así lo reconoce el ordenamiento español cuando considera situación asimilada al alta, a efectos de ILT, el desempleo involuntario total y subsidiado», STS 20 de enero de 1995, *Relaciones Laborales*, tomo 1995-I, págs. 715 a 720 (TS-105 R).

[Ver Texto](#)

(74)

M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 249, nota a pie núm. 3.

[Ver Texto](#)

(75)

Este privilegio cesa si se produce la declaración de IPte total o absoluta o gran invalidez, cuya consecuencia es la extinción del contrato de trabajo (arts. 48.2 y 49.5 del antiguo ET), B. OLIET GIL: «Declaración de los grados de invalidez y su revisión jurisdiccional», *AL*, núm. 22/1987, pág. 1191. Esto nos recuerda unas medidas similares recogidas en las Ordenes de 31 de mayo de 1950 (*BOE* de 9 de junio) sobre readmisión obligatoria de trabajadores accidentados dados de alta y de 20 de mayo de 1952 (*BOE* del 28), sobre readmisión obligatoria de trabajadores incapacitados por causa distinta de la de enfermedad profesional o accidente, más tarde declarados aptos para el trabajo. A propósito de la línea jurisprudencial que venía manteniendo el TCT de denegación del reingreso y de la política ministerial de sistemática revisión de las incapacidades que conllevará solicitudes de reingreso cada vez más frecuentes, *vid.* I. ALBIOL MONTESINOS, que comenta las sentencias del TCT de 27 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, en «El derecho de reincorporación a la empresa del inválido recuperado», *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I, págs. 479-486.

[Ver Texto](#)

(76)

El art. 36.3 de la Ley 42/1994 autorizó al Gobierno para que incluyera en el texto refundido, a que se refiere la disposición final sexta de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, debidamente regularizado y armonizado, el contenido de los números 1 y 2 del art. 36. «En un nuevo ejemplo de incorrecta técnica legislativa», pues no modifica expresamente ni un solo artículo del ET u otras normas laborales, J.F. LOUSADA AROCHENA:

Laurentino Javier Dueñas Herrero

«Medidas laborales de la Ley 42/94, de 30 de diciembre: Comentarios de Urgencia», *AL*, núm. 16-17/1995, pág. 250.

[Ver Texto](#)

(77)

Conforme al RD 1300/1995, es competencia del INSS y, concretamente, el art. 3.º.1 c) señala como función de los Equipos de Valoración de Incapacidades: examinar la situación de incapacidad del trabajador en materia de «procedencia o no de la revisión por previsible mejoría de la situación de incapacidad del trabajador, a efectos de lo establecido en el artículo 48.2 del TRLET». En estos supuestos de declaración de IPte «la subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo... sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez... se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años» (art. 7.1 del citado RD 1300/1995). En definitiva, el resultado final que debe preverse es una revisión de grado cuya consecuencia sea la inexistencia de invalidez o la existencia de una IPte parcial.

[Ver Texto](#)

(78)

J. F. LOUSADA AROCHENA, «Medidas laborales de la Ley 42/94...» *op. cit.*, págs. 249-250.

[Ver Texto](#)

(79)

«El plazo de dos años está configurado como plazo máximo, en favor del trabajador, pero no existe un mínimo, que lo podrá ser si antes del vencimiento o se cura y es dado de alta con posibilidad de volver al trabajo, o ya se anticipa el diagnóstico definitivo acerca de la imposibilidad de mejoría, o se decanta por la imprevisibilidad de la mejoría, o sea se estima que ya es previsiblemente definitiva la invalidez permanente en cuestión». J. I. GARCÍA NINETE: *cit.*, pág. 109. En conclusión, éste es un ejemplo más de cómo los plazos de la temporalidad no son compartimentos estancos, sino que están en función de la evolución clínica del enfermo o transitoriedad.

[Ver Texto](#)

(80)

Si interpretamos sistemáticamente ambos preceptos (art. 131 bis 2 y 3 TRLGSS y art. 48.2 TRLET), podemos deducir que la duración de la suspensión y reserva del puesto de trabajo puede extenderse,

excepcionalmente, hasta un plazo máximo de 54 meses o 4 años y medio (30 meses + 2 años, duraciones máximas de cada uno de los artículos citados respectivamente).

[Ver Texto](#)

[\(81\)](#)

M. R. ALARCÓN CARACUEL y J. FARGAS FERNÁNDEZ, *cit.*, pág. 6.

[Ver Texto](#)

[\(82\)](#)

La relación entre estas dos contingencias no es del todo «pacífica» cuando se encuentran porque la prestación económica por ILT no cesa al extinguirse el contrato de trabajo, se mantiene la independencia de ambas contingencias --que lleva a una independencia entre relación laboral y de seguridad social-- y hay disparidad de opiniones en la doctrina sobre el alcance de la obligación de cotizar cuando hay una intercurrencia o superposición entre estas contingencias, a raíz de las últimas decisiones jurisprudenciales [se llega a conclusiones distintas sobre este particular al analizar la evolución en distintas sentencias del TS, por ej. en la de 7 de julio de 1971 (*Ar. 1971, 3299*) --al extinguirse involuntariamente el contrato la obligación de cotizar durante la ILT pasa a las Entidades Gestoras-- y la STS de 18 de septiembre de 1991 (*Ar. 1991, 6469*), seguida por otras muchas --29 de julio, 27 de septiembre o 3 de diciembre de 1993, por ejemplo-- que en Unificación de doctrina han resuelto que se mantiene la obligación de cotizar en teoría, pero ninguna disposición establece quién es el obligado a cotizar cuando no se superponen ILT y desempleo]. Sobre el particular, *vid.* primero, J. I. GARCÍA NINET, «La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social», *cit.*; y, después, J. I. GARCÍA NINET: «La incapacidad temporal», *cit.*, págs. 67-68, donde indica que concluido el desempleo protegido, si tras el agotamiento de las prestaciones el trabajador se encuentra en incapacidad temporal (art. 222.2 TRLGSS), el INEM o el INSS no deben pagar, además, cotizaciones por dicho trabajador en tal situación. Cita, entre una abundante jurisprudencia sobre el particular en la nota 142, unos párrafos de la STS de 25 de mayo de 1992, en unificación de doctrina, que en su F. J. Tercero manifiesta: «(no cabe inferir de toda la normativa) ... el pretendido deber, por parte del INSS, de cotizar durante la ILT subsiguiente a un desempleo subsidiado...». *Vid.* también J. L. TORTUERO PLAZA: «Supuestos legales de desempleo protegido en el ordenamiento español: una valoración crítica», *cit.*; M. R. ALARCÓN CARACUEL y J. FARGAS FERNÁNDEZ: «Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y *passim* sobre los límites de la unificación de doctrina)», *cit.* En definitiva, es claro que la regla del art. 106.4 TRLGSS, continuará cuando el contrato de trabajo está suspendido, no cuando se ha producido la extinción y no existe obligación de cotizar a cargo del INEM, por no encontrarse el trabajador

Laurentino Javier Dueñas Herrero

percibiendo la prestación de desempleo (art. 222.2 TRLGSS). Esto no debe llevarnos a una interpretación literal de que los trabajadores a los que se extingue su contrato de trabajo cuando se encuentran en ILT no están en alta ni en situación asimilada a ella (art. 222.1 TRLGSS); antes bien, hay una laguna para este supuesto de extinción del contrato de trabajo durante la ILT, pues no se califica esta situación de tránsito a efectos de encuadramiento, ni se mantiene durante la misma la obligación de cotizar. La laguna debe integrarse de manera analógica con un supuesto materialmente idéntico --el de la IPr-- y considerarse como situación asimilada al alta. STS 20 de enero de 1995, FJ Tercero, *Relaciones Laborales, cit.*, págs. 715-720 (TS-105 R).

[Ver Texto](#)

(83)

M. Alonso Olea y J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 251.

[Ver Texto](#)

(84)

J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 51.

[Ver Texto](#)

(85)

J. L. GOÑI SEIN: «Efectos de la superposición de la situación de incapacidad laboral al período de vacaciones», *AL*, núm. 43/1987, pág. 2410. Este origen nos recuerda a la maternidad, como un estado fisiológico previsible y deseable, diferencia de partida con la IT.

[Ver Texto](#)

(86)

J. VIDA SORIA concluye que la IT no influye, ni en favor ni en contra, sobre el tema de las vacaciones, cuyo régimen jurídico seguirá su curso, *cit.*, pág. 22.

[Ver Texto](#)

(87)

A. MARTÍN VALVERDE, *cit.*, pág. 601.

[Ver Texto](#)

(88)

Pero sobre estos presupuestos operan importantes matizaciones. Así, por lo que respecta a la incapacidad para el trabajo, las contingencias determinantes se limitan a las puramente fácticas, al eliminarse la incidencia de los períodos de observación para el diagnóstico de la enfermedad profesional y la maternidad, que por su propia dimensión temporal se agotan en la ILT. Desaparecen los elementos de presunción legal que operaban en la situación de ILT, L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 495.

[Ver Texto](#)

(89)

Para M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, las dos contingencias son en realidad una misma y única: la que padece el individuo que, debido a un estado de alteración de la salud, se ve imposibilitado para desarrollar su actividad laboral, si bien dicha imposibilidad no tiene, al menos presumiblemente, carácter definitivo. *Cit.*, pág. 229. J. L. TORTUERO PLAZA se expresa en este mismo sentido decantándose por una perspectiva unitaria, justificada --incluso-- desde el punto de vista histórico, e integra en el término de incapacidad temporal las contingencias de ILT e IPr, tanto por la identidad del objeto de protección como por la similitud de sus caracteres definitorios. *Cit.*, pág. 30. J. M. ALMANSA PASTOR va más allá comprendiendo dentro de la incapacidad, de manera global, a la temporal (ILT e IPr) por un lado, y a la permanente, por otro. *Cit.*, págs. 401 y 406. Por su parte, en el *Libro Blanco de la Seguridad Social* se distingue entre incapacidad temporal --ILT e IPr-- e IPte, estableciendo que hay una diferencia cualitativa o conceptual, y no meramente circunstancial de tiempo. La IPte es la situación del trabajador que «ha sido dado de alta médica», es decir, que ya no precisa asistencia sanitaria. Continúa diciendo que la rigidez del concepto viene atenuada al incluir como IPte la posibilidad de recuperación, si dicha posibilidad se estima médica como «incierta o a largo plazo». *Cit.*, pág. 235.

[Ver Texto](#)

(90)

La IPr se considera un período neutro respecto al posible acceso a otras prestaciones, por no existir obligación de cotizar durante la misma. La única posibilidad legal de hacerlo es la suscripción de un *Convenio Especial* -- art. 2 d) Orden de 18 de julio de 1991). El propio INSS ha dictado resoluciones atemperando los efectos negativos mencionados, BLASCO LAHOZ, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA y MOPARLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 273 y 274.

[Ver Texto](#)

(91)

Independientemente de la desaparición predicha y anunciada por la doctrina, no hay que olvidar el papel desempeñado por la IPr, como situación protegible, por varias razones: 1. Dio cobertura a trabajadores impedidos para el trabajo que no reunían el período de carencia necesario para obtener las prestaciones de IPte. 2. Garantizó prestaciones frecuentemente superiores a las de la IPte, así como la percepción de un subsidio mínimo. 3. Reservaba el puesto de trabajo durante todo ese largo período, hoy sensiblemente reducido. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, *cit.*, pág. 1110. J. VIDA SORIA indica que a este respecto la jurisprudencia es pacífica, por unánime; que ello lo confirma el art. 134.5 TRLGSS, que permite la existencia de IPr aunque no haya nacido la ILT, lo cual traerá como consecuencia, igualmente, el efecto suspensivo sobre el contrato de trabajo. No obstante, más adelante señala que sus elementos configuradores son los mismos que se dan en el supuesto de hecho de la ILT. *Cit.*, págs. 10 y 16. Dos son las situaciones derivadas de la misma contingencia: la ILT y la IPr. »Ninguna distinción sustancial media entre ellas». La mayor o menor duración en el tiempo de la incapacidad de trabajo aparece como elemento determinante de la distinción, lo cual no parece de suficiente entidad como para justificar por sí esa dualidad existente para la cobertura de una misma y única contingencia... salvo que tan sólo durante la situación de ILT, subsiste la obligación de cotizar, *Libro Blanco de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 221. Idea que vuelve a repetir en la pág. 226 donde habla de dos situaciones protegibles, entre las que no media diferencia esencial de fondo alguna. Unica contingencia, la enfermedad inhabilitante para el trabajo, y única diferencia, la menor o mayor duración de la misma, J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 32. En el FJ Tercero, la STS 20 de enero de 1995, se expresa con términos tales como: «supuesto materialmente idéntico», «semejanza relevante entre los respectivos supuestos», «en los dos hay incapacidad temporal para el trabajo, en la S.S. y no se reciben prestaciones por desempleo» y «se aprecia asimismo la identidad de razón: la necesidad de conservar la protección de la S.S. en estas situaciones de incapacidad temporal»; de esta manera justifica la analogía para considerar asimilada al alta a efectos de prestaciones a la ILT con contrato extinguido del mismo modo que la IPr (en ambos casos se produce la baja del trabajador --suspensión-- y en ninguno de los dos se mantiene la obligación de cotizar), *Relaciones Laborales*, *cit.*, pág. 42 (TS-105 R).

Ver Texto

(92)

J. L. TORTUERO PLAZA, expresa una serie de razones que justifican su defensa de esta posición, tales como: período excesivamente largo, contingencia relativamente abierta al fraude, tiempo muerto --al no ser cotizable-- a efectos de períodos carenciales futuros o en la fijación de posibles pensiones, entre otras. Termina diciendo que es una especie de «colchón temporal» que está sirviendo para dar cabida a quienes son inválidos permanentes sin calificación por carecer de alguno de los requisitos necesarios, *cit.*, págs. 42 y 43.

Es como si hubiera que esperar que el paso del tiempo convirtiera a un presunto inválido permanente en tal. Desde esta perspectiva la IPr se situaría equidistante entre la IPte y la ILT.

[Ver Texto](#)

(93)

J. VIDA SORIA, *cit.*, pág. 11. Incluso, el criterio de sistematización es discutible, pues tanto la LGSS de 1974 como sus normas reglamentarias abordan la regulación de la IPr conjuntamente con la IPte, L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 494.

[Ver Texto](#)

(94)

FJ Cuarto de la STS 20 de mayo de 1991 (*Ar. 1991, 7257*), que continúa diciendo que «carecería de sentido la protección de esta última --ILT-- y la desprotección de la primera --IPr--».

[Ver Texto](#)

(95)

La IPr puede sobrevenir --excepcionalmente-- sin derivar de ILT, por ej. porque determinadas situaciones se consideren por la norma (OM de Invalidez, relacionando los arts. 2.3 y 20, por ej. el desempleo total y subsidiado) como asimiladas al alta a efectos de invalidez (provisional o permanente), pero no a efectos de ILT. Otra razón de IPr que no derive de ILT, está relacionada con los períodos de carencia, que si inicialmente no los puede acreditar, luego tal vez sí porque durante la ILT se mantiene la obligación de cotizar, M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *cit.*, págs. 232 a 234. L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, también indican que no habrá tal derivación si se trata de beneficiarios excluidos de la protección por la situación de ILT (casos de asimilaciones al alta o de exclusión parcial de la acción protectora), *cit.*, págs. 495, 496 y 497. No hay solución de continuidad entre las dos situaciones, ni es necesario que el beneficiario formule solicitud, A. Desdentado Bonete y J. I. TEJERINA ALONSO, «El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción», *TS*, núm. 44-45/1994, pág. 64. Cita dos sentencias del TSJ Cataluña 23 de enero 1991 (*Ar. 1991, 3420*) y de 24 de noviembre 1992 (*Ar. 1992, 5552*). J. L. TORTUERO PLAZA manifiesta que desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, el tránsito de una situación a otra se produce sin solución de continuidad, dando prioridad a la temporalidad como elemento diferenciador de las distintas fases de protección, *cit.*, pág. 41. Si bien, la IPr no nace con el mero paso cronológico del plazo máximo de ILT sin alta, sino que requiere una declaración concreta al respecto (STS 16 de noviembre de 1992), citada por J. VIDA SORIA, *cit.*, pág. 16.

(96)

Este tope de 6 años de duración entre ILT e IPr no puede ser superado en ningún caso y la calificación administrativa efectuada al final de la IPr sobre la inexistencia de IPte tiene fuerza ejecutiva mientras no sea revisada por sentencia jurisdiccional. STS 3 de febrero de 1993 (*Ar. 1993, 738*), citada por A. MARTÍN VALVERDE, *cit.*, pág. 612.

(97)

J. L. TORTUERO PLAZA habla de la reducción del criterio de la temporalidad y la potenciación de la transitoriedad del proceso incapacitante y apunta una serie de razones que avalan la incoherente ordenación actual, *cit.*, págs. 42 y 43. Esta necesidad de flexibilizar la permanencia o temporalidad fue apuntada en 1977, por el *Libro Blanco de la Seguridad Social*, *cit.*, que en su pág. 227 establece que «tan dilatado plazo no parece tener otras motivaciones que las puramente históricas, razón por la que... se predica su acortamiento, cuando no la supresión de la situación de invalidez provisional». Posteriormente, en sus consideraciones críticas, repite que no existe justificación para mantener la artificial distinción y tratamiento de ambas situaciones, por lo que procedería el establecimiento de una sola, «reajustando el tiempo de su duración, acortándolo, como etapa previa a la declaración de invalidez permanente» (pág. 234), solución adoptada por la Ley 42/1994. Ya hemos indicado que por su disposición derogatoria única desaparece la contingencia de la IPr, sin que tal circunstancia haya provocado hasta la fecha ninguna reacción especial. Esta desaparición se justifica en el preámbulo de la propia Ley cuando indica que, con la modificación, se reúnen las prestaciones por ILT e IPr. Pero no hay que olvidar que determinados elementos de la IPr están presentes en la nueva regulación de la IT, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, *cit.*, pág. 1111. (Véanse los nuevos arts. 131 bis y 134 TRLGSS, por ejemplo.)

(98)

Obiter dicta de la STS 20 de mayo de 1991 (*Ar. 1991, 7257*), en su FJ Séptimo, indica que la propia función del régimen jurídico de la IPr está en que --como consecuencia jurídica-- despliega su efecto principal en el ámbito de la relación individual de trabajo, como situación en la que el trabajador asalariado sigue conservando su derecho a la reserva de plaza.

(99)

En tal sentido, *ibidem*, la STS 20 de mayo de 1991 (Ar. 1991, 7257), decide que si no se ha incluido en la acción protectora del RETA la contingencia de IPr es obligado, cuando subsiste la incapacidad de ganancia tras el agotamiento del plazo máximo de ILT, el tránsito sin solución de continuidad desde esta situación a la de IPte, A. DESDENTADO BONETE y J. I. TEJERINA ALONSO, al analizarla, llegan a la conclusión de que se protege como permanente una incapacidad temporal para evitar desprotección, *cit.*, pág. 66. Asimismo, el FJ Primero de la sentencia referenciada expresa literalmente que «en la práctica administrativa se exige el transcurso del período correspondiente a la misma --IPr-- para poder acceder a las prestaciones de la primera --IPte--»; con esta solución se supera una clara manifestación de desprotección, que era la necesidad de tener que agotar un período de baja por incapacidad equivalente al de duración máxima de la incapacidad no protegida. Así lo recogieron, si bien respecto a ILT e IPr, para beneficiarios excluidos de la protección L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 497. Sobre esta sentencia del TS de 20 de mayo de 1991, *vid.* A. J. PIÑEYROA DE LA FUENTE: «Invalidez provisional y autónomos. A propósito de la STS, de 20 de mayo de 1991», *Relaciones Laborales*, tomo 1992-II, págs. 509 y ss.

[Ver Texto](#)

(100)

Sobre esta cuestión *vid.* R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, *cit.*, págs. 1114 y 1115.

[Ver Texto](#)

(101)

Si bien, entendida en sentido estricto, se mantiene el mismo período de duración de la antigua ILT (12 meses + 6 meses de prórroga como máximo). Para J. I. GARCÍA NINET, hay hasta cuatro duraciones máximas de la IT: 1. 12 meses; 2. 12 meses agregando la prórroga por otros 6 meses; 3. Período máximo de 6 meses para la observación de la enfermedad profesional; 4. Prórroga por 6 meses más, cuando se estime necesario tal ampliación para el estudio y diagnóstico de la enfermedad profesional. Además, el nuevo art. 131 bis.2 TRLGSS, permite ampliarlo a 3 (párr. 1.º) o 18 meses más (párr. 2.º); de manera que, si se agotan esos 18 meses de máximo inicial se abre un nuevo plazo --hasta poder llegar a los 30, 12 más añadidos a ese máximo--, «que no es preciso agotar, pero que las inercias suelen llevar a agotar, aunque lo bien cierto es que el segundo plazo de hasta los treinta meses lo pone fácil o incentiva», *cit.*, págs. 7 y 92-93. Este mismo autor señala que «precisamente por este acortamiento de la incapacidad temporal se ha revisado el art. 143 del TRLGSS, que regula la calificación y revisión de las invalideces permanentes»; el INSS asumirá la competencia de declaración de la IPte y se establecen nuevas pautas para las revisiones de la IPte, cuyas fechas de realización deberán indicarse inicial y sucesivamente en cada fijación o revisión, *ibidem*, pág. 8.

[Ver Texto](#)

Laurentino Javier Dueñas Herrero

(102)

Posiblemente, detrás de este supuesto se encuentre una duda razonable, que era la que históricamente justificaba la existencia de la IPr, de si al final de dicho plazo --30 meses desde el inicio de la IT-- se declarará o no una IPte, pues aún puede dudarse acerca del carácter permanente o no de las reducciones anatómicas o funcionales graves sufridas por el trabajador, *ibidem bis*, págs. 93 y 94. De ahí, la posibilidad de reserva del puesto de trabajo por dos años desde la declaración de la IPte, que permite el nuevo art. 48.2 del TRLET.

[Ver Texto](#)

(103)

R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, *cit.*, pág. 1115.

[Ver Texto](#)

(104)

J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 7.

[Ver Texto](#)

(105)

Nomenclatura o terminología empleada por J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 44.

[Ver Texto](#)

(106)

El art. 128.1 b) TRLGSS trata de «prever un supuesto menos grave, y que puede ser, muchas veces, antecedente de la baja prolongada y antesala de la invalidez permanente». «En los períodos de observación por enfermedad profesional, aunque todavía no se ha materializado la exigencia de la baja, porque la incapacidad que genera no es aún tan manifiesta, y a lo mejor el trabajador podría físicamente seguir aún realizando su trabajo anterior, resulta necesario, a juicio médico, formalizar la baja correspondiente para que el trabajador pueda ser objeto de estudio y diagnóstico sobre la presunta enfermedad profesional que ha podido contraer». Un primer indicio de la presunta enfermedad profesional que el trabajador ha podido contraer es el tipo de empresa y el puesto de trabajo desempeñado en la misma. Se trata de una presunción de necesidad «como consecuencia de normas imperativas o dispositivas», J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, págs. 17-18.

[Ver Texto](#)

(107)

Por tales hay que entender «los períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en caso de enfermedades profesionales», M. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *cit.*, pág. 167.

[Ver Texto](#)

(108)

«En los períodos de observación puede existir baja en el trabajo sin incapacidad durante el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo de ésta, siendo obligatorio para el trabajador someterse a estos reconocimientos», L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *cit.*, pág. 485.

[Ver Texto](#)

(109)

Del tenor literal de la Orden de 9 de mayo de 1962, que aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales, podemos deducir que no siempre deben suponer una incapacidad temporal; así, en su art. 45.1.º se dice «que en los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa». Si tomamos este enunciado como supuesto previo, deducimos que pueden suceder dos cosas: una, que haya traslado efectivo y continuación en el trabajo, entonces no estamos en el caso del art. 128.1.b); y otra, que haya baja para poder observar los síntomas mediante estudios o reconocimientos médicos conducentes a la realización de un diagnóstico definitivo, en cuyo caso sí nos encontraríamos dentro del 128.1.b).

[Ver Texto](#)

(110)

J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, págs. 19-24. «No es irrelevante que la no adopción de medidas preventivas adecuadas incida sobre el grado de salud de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo», M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *cit.*, pág. 2.

[Ver Texto](#)

(111)

La STSJ de Madrid 5 de mayo de 1992 (Ar. 1992, 962), entiende que mantener en observación al accidentado, sin necesidad de asistencia médica y pudiendo trabajar, no es ILT (hay un alta provisional o condicionada).

(112)

J. L. TORTUERO PLAZA, *cit.*, pág. 45. «No es sólo una medida de comodidad médica, es también preventiva, para tratar de atajar así un peligro, posiblemente grave, que acecha la salud del trabajador», J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, pág. 17.

(113)

Por tanto, J. L. TORTUERO PLAZA termina proponiendo que «la supresión del período de observación es justificable desde una visión unitaria e integradora de la incapacidad temporal», pues en ellos están incluidos todos los elementos constitutivos de la IT, *cit.*, pág. 46. «Lo bien cierto es que, pese a sus fundados argumentos, la reforma operada por la Ley 42/1994 no ha supuesto la integración de la figura», J. I. GARCÍA NINET, *cit.*, nota 37 de la pág. 20.

(114)

M. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *cit.*, pág. 70.

(115)

Ibidem, pág. 92.

ANEXO XII

X. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. REFORMAS EN LAS CONTINGENCIAS (II)

“Principios *versus* factores: algunas reflexiones sobre las pensiones en España”

Revista Información Laboral, Lex Nova, nº 7, 2013, pp. 7 a 22.
ISSN: 0214-6045.

PRINCIPIOS VERSUS FACTORES: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS PENSIONES EN ESPAÑA

PRINCIPLES VERSUS FACTORS: SOME REFLECTIONS ABOUT PENSIONS IN SPAIN

Laurentino Dueñas Herrero

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valladolid

SUMARIO.- 1.- Un concepto de Seguridad Social y un modelo de Estado para su desarrollo. 2.- Evolución de la Seguridad Social española hasta la Constitución de 1978: de los seguros sociales al sistema de Seguridad Social. 3.- La configuración constitucional de la Seguridad Social. 4.- Desarrollo normativo postconstitucional en materia de Seguridad Social: el Pacto de Toledo y la concertación social. 5.- Conclusiones al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende encontrar un punto crítico-comparativo entre los orígenes y evolución de la Seguridad Social española y la más reciente actualidad del sistema público de pensiones. En el desarrollo inicial de cada uno de los epígrafes se hace mención a algunos planteamientos del *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* –Madrid, 7 de junio de 2013-.

Como cualquier estudio que emplea el método comparativo no se puede dejar pasar la oportunidad de emitir unas exigidas conclusiones que defienden el sistema público de pensiones diseñado en la Constitución de 1978. En definitiva, se hace una serie de propuestas desde los principios y parámetros propios del sistema vigente y que cuestionan el denominado *factor de sostenibilidad*.

ABSTRACT

The current work seeks to find a critical-comparative point between the origins and the evolution of the Social Security in Spain and the very latest news of the public system of pensions. In the initial development of each of the epigraphs there is mention to some of the approaches of the Report of the Committee of Experts about the factor of sustainability of the public system of pensions. —Madrid, June 7th 2013—.

As in any study that uses the comparative method it is almost compulsory to issue some demanded conclusions that defend the public system of pensions outlined in the Constitution of 1978. Summarizing, a series of proposal are done from the principles and the characteristic parameters of the system in force and that question the so called factor sustainability factor.

Palabras clave: Seguridad Social, pensiones, jubilación, prestaciones, Pacto de Toledo.

Keywords: Social security, pension, retirement, benefits, Pact of Toledo.

1.- UN CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y UN MODELO DE ESTADO PARA SU DESARROLLO

Uno de los planteamientos que se repiten en el *Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones* – Madrid, 7 de junio de 2013- (Informe, en adelante), y dicho en negrita, es que “*las propuestas... no prejuzgan que la sociedad española decida insuflar al sistema de pensiones recursos económicos de unas u otras fuentes*”; y poco más adelante se señala que “*conviene dejar claro que el diseño de este sistema [de pensiones] es competencia de los órganos de decisión democrática arbitrados por la sociedad española, quienes han contado con una ayuda crucial del Pacto de Toledo desde su creación*” (página 3).

Por tanto, el informe se concede un valor deuteragonista del diseño español de Seguridad Social. Es la sociedad española quien decide sobre los recursos y el diseño del sistema de pensiones; las conclusiones del Informe no dejan de ser propuestas subordinadas al modelo de Seguridad Social que diseñen los órganos de decisión democrática. *En pocas palabras, el Informe se pliega ante el modelo de Seguridad Social y los principios de ordenación del sistema prevalecen sobre las propuestas del factor de sostenibilidad.*

La Seguridad Social es un instrumento del Estado para que sus ciudadanos consigan superar las necesidades colectivas ante la imposibilidad de poder hacerlo de forma individual (son necesidades de concreción individual y alcance colectivo). El derecho a la seguridad social forma parte de un conjunto de derechos económicos y sociales, por ello al concepto inicial hay que añadir que se trata de una institución jurídico-pública cuya finalidad es satisfacer un derecho que la Constitución de 1978 reconoce en su artículo 41.

Las medidas protectoras para satisfacer las necesidades sociales dependen del concepto que se tenga de Estado. En un Estado entendido como organización política de signo liberal -individualista, neutral o abstencionista- se derivan como instrumentos para subvenir las necesidades sociales, principalmente, la beneficencia privada y pública, la previsión individual o

ahorro y la previsión colectiva, integrada por la mutualidad y el seguro privado. En un Estado que persigue el “*bienestar social*” de sus ciudadanos, de signo marcadamente “*intervencionista*” frente a los problemas sociales -que evoluciona hacia un Estado social, propio del modelo social europeo- se tomarán como instrumentos jurídicos, el seguro social obligatorio o un complejo sistema de seguridad social. La Constitución española no se inclina por un modelo determinado de política social pero parece rechazar en el plano de la política social general (cf. Art. 9.2 CE) y de la Seguridad Social en particular (cf. arts. 41 y 50 CE) los postulados del paradigma del Estado del Bienestar “liberal”, al hablar de garantía de prestaciones sociales “suficientes” (art. 41 CE) o de “pensiones adecuadas” (art. 50 CE)¹.

Los rasgos de cualquier sistema europeo de Seguridad Social son: la universalidad subjetiva de protección, el carácter público y la naturaleza obligatoria. A su vez se pueden distinguir varias funciones o principios básicos de ordenación: a) Principio de sustitución. Consiste en recuperar o sustituir la renta salarial que se tenía en la situación de activo, aunque se disponga de ingresos suficientes para subsistir. Este principio proviene del sistema contributivo. b) Principio de compensación. Consiste en garantizar una renta social mínima para quienes carecen de ingresos suficientes con los que subsistir. Este principio proviene del sistema distributivo o asistencial. c) Principio de solidaridad y vertebración. La finalidad no deja de ser el mantenimiento del sistema económico-social vigente, orientándose hacia un principio de redistribución de la riqueza nacional para superar el grado de desigualdad originario². Todos estos principios son propios de un sistema de reparto, donde priman la solidaridad intergeneracional y la suficiencia de las prestaciones.

¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 39-46.

² ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4^a ed., Madrid, Tecnos, 1991, pág. 31.

En la página 23 del Informe, cuando se trata sobre las modalidades de aplicación del factor de sostenibilidad, concretamente en la aplicación del factor de revalorización anual, se dice que “*la aplicación del factor de sostenibilidad ha de estar sometida siempre a la siguiente restricción: tras aplicarlo, ninguna pensión puede dejar de ser suficiente. Un concepto que deben decidir los canales democráticos competentes en el diseño del sistema público de pensiones*”. Esto sin olvidar lo manifestado en las consideraciones previas, literalmente, “*recordar el compromiso de mantener las pensiones mínimas, financiadas con transferencias del Estado*” (página 22 del Informe).

En definitiva, *a lo largo de todo el Informe se enfatiza y crea un doble principio que podemos denominar de democracia y decisión pública*, así se indica que el diseño del sistema de Seguridad Social debe llevarse a cabo por los órganos de decisión democrática arbitrados por la sociedad española, por ejemplo, a través de acuerdos como el Pacto de Toledo y sus manifestaciones de concertación social.

Por otra parte, en el Informe (página 3) se define al *actual* sistema de pensiones públicas español como un *sistema de reparto de prestación definida*, de forma que la primera pensión de jubilación está calculada sobre un porcentaje de la base reguladora que toma en consideración la historia laboral (prestación definida) y los gastos que se producen cada año se pagan con los ingresos que se reciben cada año (reparto). Esta materia prima –en palabras del Informe- está en la base del sistema de Seguridad Social diseñado por los órganos de decisión democrática y está claro que no se puede cambiar.

Puede afirmarse que en el sistema financiero de la Seguridad Social española se sigue un principio de “*reparto atenuado*”³. El actual sistema de financiación de la Seguridad Social se apoya en la idea de la solidaridad que, a

³ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2012.

su vez, opera en tres ejes diferentes: solidaridad entre generaciones, solidaridad de los activos respecto de los pasivos y solidaridad entre los distintos territorios de la nación.

En el artículo 2º.2 LGSS se establece que corresponde al Estado garantizar la protección adecuada frente a las contingencias. La gestión de la Seguridad Social es pública y “*en ningún caso, la ordenación de la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil*” (artículo 4º.3 LGSS). El régimen económico, financiero y presupuestario se regula para todo el sistema en los artículos 80 a 95 LGSS. De lo dispuesto en estos preceptos, y atendiendo a la pluralidad de recursos existentes para atender las obligaciones de gasto, se deduce que el modelo de financiación de la Seguridad Social española es mixto. Por un lado, la acción protectora en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social; de otra parte, las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial serán financiadas básicamente por las cuotas de las personas obligadas y por los recursos patrimoniales de la Seguridad Social, así como, en su caso, por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas (artículo 86.2 LGSS). En conclusión, el modelo debe garantizar la asistencia y prestaciones suficientes para los trabajadores y para todos los ciudadanos.

El recurso económico más importante son las cotizaciones a la Seguridad Social, que consisten en una aportación económica de los empresarios y de los trabajadores, que se calcula sobre un porcentaje de las retribuciones. Tras las cotizaciones siguen en importancia las aportaciones del Estado para el sostenimiento de la Seguridad Social (función redistribuidora). Las aportaciones del Estado tienen un carácter finalista, de manera que se dedican al pago de las prestaciones de naturaleza no contributiva: la asistencia sanitaria, los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las pensiones no contributivas por invalidez y

jubilación, los complementos a mínimos de las pensiones, las asignaciones económicas familiares y el subsidio no contributivo por maternidad⁴.

La financiación de la Seguridad Social se nutre principalmente de los recursos económicos procedentes de las cuotas que pagan los asegurados (mismo principio que el aseguramiento privado o mercantil), pero fundamentalmente el sistema financiero público de la Seguridad Social se basa en el principio de solidaridad y depende de criterios políticos y de la evolución de la economía en general. Las técnicas financieras utilizadas para planificar la cobertura de los costes de la acción protectora de la Seguridad Social y atender la demanda de prestaciones, son fundamentalmente dos: capitalización y reparto.

El método capitalizador ha sido el principal vehículo financiero de los sistemas de previsión social, especialmente mientras éstos se han mantenido apagados a las técnicas actuariales y a los esquemas jurídicos del seguro privado, donde tiene sus raíces. Se ha explicado esta técnica como cuenta particular abierta a cada asegurado, en la que ingresan las cotizaciones y sus intereses. Sin embargo, son numerosos los inconvenientes que se desprenden de tal sistema (depreciación monetaria, largo periodo de tiempo, compleja administración gestora...). Se basa en las reservas de capital incrementado con los intereses que se utilizarán para el pago de las futuras prestaciones. Esta capitalización puede ser individual o colectiva (mutualista). En materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda a las Mutuas o empresas declaradas responsables, “se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones” (artículo 87.3 LGSS).

En el apartado 1 del artículo 87 LGSS se señala que el sistema financiero de todos los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social será el

⁴ En el apartado 1 del artículo 86 LGSS se enumeran los recursos para la financiación de la Seguridad Social española:

- a) *Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales.*
- b) *Las cuotas de las personas obligadas.*
- c) *Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga.*
- d) *Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales.*
- e) *Cualesquiera otros ingresos.*

de reparto. Las técnicas financieras de reparto suponen la distribución inmediata o a corto plazo de las cotizaciones e ingresos generales de la Seguridad Social que, sin tiempo para ser capitalizados, se convierten en prestaciones a percibir por los sujetos beneficiarios. Estas técnicas son las que mejor se adecuan a un sistema de seguridad social y permiten plasmar el principio de solidaridad financiera. Cada generación en activo soporta las cargas económicas de las generaciones precedentes ahora inactivas, a cambio de que sus situaciones de necesidad futuras sean soportadas atendiendo al mismo principio de solidaridad intergeneracional. El sistema de financiación de reparto tiene un carácter colectivo y, pese a sus posibles inconvenientes (entre ellos –de extrema actualidad en estos momentos de descenso demográfico, crisis económica y aumento espectacular del desempleo en nuestro país-, el del riesgo que pueden padecer los cotizantes actuales porque la cuantía de sus cotizaciones se gasta inmediatamente en el pago de prestaciones), es el que mejor traduce la idea de solidaridad consustancial a nuestro sistema de Seguridad Social⁵.

Nadie duda de la permanencia del Estado del Bienestar, a pesar de reconocer su crisis, así como la de la Seguridad Social –pieza central del mismo-, en nuestro país, “*la Seguridad Social –y lo que ella representa en el Estado del Bienestar organizado en España- ha jugado un papel crucial como paliativo de la crisis económica; ha sido y está siendo un elemento básico de cohesión social, habiendo evitado las quiebras sociales que la crisis económica ha generado... En segundo lugar, y pese a la crisis económica, el gasto social ha manifestado una fuerte resistencia a la baja, al menos en cuanto a la universalización de la protección... de suerte que no me parece aventurado afirmar que la Seguridad Social ha cumplido y está cumpliendo una función redistribuidora*”⁶. Actualmente el Estado moderno es testigo de un proceso degenerativo de la Seguridad Social, que se convierte en una amalgama de normas sin columna vertebral armonizadora ni punto de referencia. Nadie

⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 127.

⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estado Social y Seguridad Social (y II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/1994, págs. 5 y 7.

renuncia a la Seguridad Social como “conquista” del Estado moderno, tampoco se pone en duda la crisis de concepción de la Seguridad Social como fenómeno de civilización de las sociedades contemporáneas⁷.

2.- EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978: DE LOS SEGUROS SOCIALES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Cuando en el Informe (página 5) se habla del potencial riesgo demográfico se manifiesta que “*a principios del siglo XX, en España solo un 35% de cada generación alcanzaba los 65 años; hoy lo hace el 90%. En 1900 la esperanza de vida de los españoles con 65 años era de unos 10 años; hoy esperan vivir 20 años más (y hacia 2050 se prevé que vivan 25 años mas).*” Como se indica en sus primeras líneas, esto no deja de ser una excelente noticia.

No hay que olvidar que a principios del siglo XX no existía en España un sistema de pensiones, sino algunos seguros obligatorios –como el de vejez– que se financiaban solo por las empresas y el Estado; que las pensiones eran claramente insuficientes y estaban limitadas solo para trabajadores por cuenta ajena de la industria y el comercio. Por tanto, la referencia de la esperanza de vida a principios del siglo XX no sirve para la actualidad. No es el momento de volver a una suma de seguros sociales subsidiados basados en principios de capitalización, profesionalidad e insuficiencia económica. Los modelos de Seguridad Social y de Estado son otros.

El nacimiento de la Seguridad Social en España tuvo lugar con la creación por el Estado de los seguros sociales obligatorios. Antes la cobertura se había manifestado en el campo de los riesgos profesionales con la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, que establecía un aseguramiento voluntario a cargo exclusivo de los patronos, a quienes se les imputaba la responsabilidad objetiva por los accidentes ocurridos a sus

⁷ VIDA SORIA, J., en DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social* (Estudio preliminar), Madrid, MTSS, 1991, págs. 44-45.

operarios. Pronto se vio como el seguro voluntario, libre, era insuficiente para cubrir los riesgos inherentes a la condición del trabajador.

El Estado comenzó a implicarse en la cobertura de los riesgos sociales mediante la creación de los seguros sociales, cuya característica principal fue la obligatoriedad en el aseguramiento. El resultado fue la creación del primer seguro que, de forma asistemática, consagró el principio de obligatoriedad en nuestro país: el Retiro Obrero Obligatorio (Real Decreto-ley de 11 de marzo de 1919). Este primer seguro es obra de un Gobierno liberal e introdujo la obligatoriedad del seguro obrero contra la vejez. El retiro obrero era gestionado por el Instituto Nacional de Previsión y destinado a asalariados entre 16 y 65 años cuya retribución no superara un cierto límite. Se consideraba la vejez como una invalidez por razones de edad y se financiaba de forma mixta, con participación de las empresas (mediante un sistema de capitalización) y del Estado (mediante el pago de una cuota fija por asalariado).

En la II República (1931-39) se recogió constitucionalmente una completa red de seguros sociales en los artículos 46 y 47 de la Constitución de 9-12-1931. Concreciones normativas de ésta época fueron las leyes sobre accidentes de trabajo en la agricultura y la industria, que establecieron la obligatoriedad en el aseguramiento de los accidentes de trabajo.

El tránsito de la capitalización al pago de cuotas patronales abonadas en proporción a los salarios tuvo lugar en 1939 con el Subsidio de Vejez que sustituyó al Retiro Obrero. En 1947 surgió el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), que en 1955 incorporó una nueva prestación, asumiendo una parcela del seguro de muerte y supervivencia. El SOVI mantiene vigencia a día de hoy. Las características más notables de estos inicios fueron: 1. Gestión y administración de los seguros sociales por el INP, con participación de entidades colaboradoras. 2. Campo de aplicación subjetivo limitado a los trabajadores profesionales por cuenta ajena, particularmente de la industria y comercio. 3. Insuficiencia en la cuantía de las prestaciones, de ahí la compatibilidad con las pensiones procedentes de las mejoras de los Montepíos, Mutualidades o Entidades de Previsión libre.

La aparición de un sistema de seguridad social en nuestro país arrancó con la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963. En el pensamiento de esta

ley, más concretamente en su Exposición de Motivos, se afirma que "parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social". Esta tendencia a la unidad abandonó el doble sistema existente: una pensión básica de cuantía fija (SOVI) más otra complementaria variable a cargo del Mutualismo Laboral, que se sustituyó por una pensión vitalicia única para cada pensionista de cuantía proporcional a las bases de cotización. Los principios generales que informaron la Ley de Bases fueron principalmente los siguientes: a) Creación de un sistema de seguridad social frente a los variados seguros sociales anteriores, independientes entre sí, que tenían un carácter asistemático. b) Generalización de la protección a la totalidad de la población activa laboral. c) Consideración conjunta de las contingencias objeto de cobertura, independientemente del carácter, profesional o no, de la causa o riesgo social que las hubiera producido. d) Organización y racionalización de la gestión. Se evita la multiplicidad de órganos gestores, unificándose la gestión de todo el sistema bajo control estatal. La gestión es eminentemente pública. Se suprime el ánimo de lucro en la gestión. e) Las prestaciones preventivas adquieren mayor importancia. f) Participación del Estado en el coste de la Seguridad Social, lo que implica una redistribución de la renta nacional.

Debido a la fuerte oposición de las compañías de seguros el texto articulado tardó casi tres años en promulgarse y finalmente vio luz por Decreto 907/1966, de 21 de abril de 1966, de la Ley de la Seguridad Social. Esta ley no expresó en su articulado lo pretendido por los principios inspiradores de la Ley de Bases de 1963; aun así, recogió un auténtico sistema de seguridad social, vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 1967.

Según el Informe (página 17), “*las decisiones sobre el tipo de cotización o sobre la aplicación de otros ingresos a la financiación del sistema contributivo corresponden, obviamente, a la sociedad a través de sus representantes políticos. Aquella y estos son quienes deciden con cuanta generosidad se dota de pensiones públicas a los pensionistas y como se financia el gasto en pensiones, es decir, en lo fundamental, con qué tipo de ingresos públicos se financia el sistema (en términos de la fórmula del FRA: -factor de revalorización anual- la magnitud de I). Es decir, el Parlamento siempre puede, dotando de mayores ingresos al sistema, aumentar las pensiones si así lo considera oportuno*”.

Desde los años sesenta del siglo XX, cuando apareció en nuestro país un sistema de Seguridad Social, se generalizó la protección al conjunto de la población activa laboral (actualmente se ha universalizado para toda la ciudadanía) y ya en sus orígenes la creación del sistema ha conllevado la participación del Estado en el coste de la Seguridad Social, lo que ha implicado, como se ha dicho, una redistribución de la renta nacional (principio de solidaridad y vertebración). El Parlamento actual no puede situar al Estado en peor situación de la que tenía en 1963.

3.- LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una vez más tomamos prestados dos párrafos del Informe (páginas 1 y 6):

“La sociedad debe honrar su compromiso moral con sus mayores, y darles el horizonte sostenido en el tiempo de unas pensiones públicas adecuadas... la clave está en que, para que pensionistas y activos puedan sostener niveles de vida adecuados, con pensiones medias en términos reales más elevadas, hace falta que los ingresos del sistema de pensiones crezcan a una tasa superior al número de pensiones. Esto es algo que el factor de sostenibilidad aflora, pero no crea. Es decir, si no lo aplicamos, sigue estando ahí el problema básico: que los ingresos tienen que crecer más que el número de beneficiarios si queremos que los pensionistas sostengan niveles de vida relativos equivalentes a los actuales. A nuestro entender esta es la mejor manera para garantizar el mandato del Artículo 50 de la Constitución Española, por el que ‘los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad.’”

El Estado español se define en la Constitución como un “*Estado Social y Democrático de Derecho*” (artículo 1.1º CE), por ello se puede hablar de una constitucionalización de la protección social. En España, al igual que en el resto de los países europeos, el modelo de Seguridad Social diseñado por la Constitución de 29 de diciembre de 1978 puede entenderse como un sistema mixto. Los dos modelos puros: asistencial, atlántico o anglosajón, por un lado; y el contributivo, continental o germánico, por otro, no existen en cuanto tales, sino que en cada país sus principios aparecen combinados. En nuestro sistema el elemento contributivo continúa siendo predominante, pues ha existido desde la Ley de Bases de 1963; sin embargo, y para amoldarse mejor al artículo 41 del texto constitucional, el carácter asistencial ha ido ganando terreno, sobre todo a partir de la Ley 26/90, de 26 de diciembre, de Prestaciones no contributivas.

La Seguridad Social aparece mencionada expresamente en el artículo 41 de la Constitución con un contenido amplio. De su lectura se desprende que debe existir un “*régimen público de Seguridad Social*” y es el Estado, bien

directamente o por medio de entes instrumentales, quien debe mantenerlo y gestionarlo. En su análisis llegaremos a la conclusión de que en dicho precepto se exige una Seguridad Social *"para todos los ciudadanos"*, por lo que deducimos que el modelo que intenta diseñar el texto constitucional es más asistencial que contributivo. Este sistema debe garantizar *"la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo"*. En el último inciso se concluye que, *"la asistencia y prestaciones complementarias serán libres"* o voluntarias, siendo ésta una protección que puede tener cabida fuera del sistema de la Seguridad Social.

En el artículo 41 CE se pueden diferenciar tres niveles dentro de un mismo y único sistema de Seguridad Social: asistencial, contributivo y complementario interno. a) Nivel asistencial. Se reconoce un nivel de Seguridad Social universal, cuyo ámbito subjetivo son todos los ciudadanos, de tipo asistencial, financiado fiscalmente por el Estado, de acuerdo con el ideario de Beveridge y las declaraciones internacionales de derechos humanos. b) Nivel contributivo. Este segundo escalón de Seguridad Social profesional es un agregado histórico que se extiende a toda la población activa laboral. Es también público, permite la colaboración privada en la gestión y se financia básicamente por las cuotas de trabajadores y empresarios. c) Nivel complementario interno. Estas prestaciones son complementarias del propio sistema de Seguridad Social (servicios sociales y asistencia social) y rellenan los huecos dejados por los dos niveles anteriores o *"básicos"*. Está financiado por el Estado.

Fuera de estos tres niveles, existe otro privado externo y complementario, voluntario, para quienes se lo puedan permitir, que no está dentro del sistema de Seguridad Social ni se rige por sus principios, con prestaciones otorgadas por instituciones jurídico-privadas y que, normalmente, sigue los criterios comerciales del aseguramiento privado (Seguros Privados, Mutualidades y Fondos y Planes de Pensiones). La sombra de duda sobre la capacidad financiera del sistema de Seguridad Social para hacer frente a los gastos de las futuras pensiones públicas no puede ir tan lejos como para convertir en dogma que el sistema actual de pensiones no podrá mantenerse en el futuro. Esto ha llevado a los poderes públicos a renunciar a articular un régimen voluntario de

pensiones complementarias integrado dentro del sistema público-institucional de protección social y el desarrollo de la previsión constitucional se ha decantado hacia formas de previsión voluntarias y estrictamente privadas, en cuanto “externas” al sistema institucional de la Seguridad Social. “*Y, sin embargo, hubiera sido posible que las prestaciones complementarias de los planes de pensiones, siendo libres, pudieran ser también públicas (y no hubieran dejado por ello de ser menos “libres”), porque el propio sistema estatal las insertara en su acción protectora convirtiéndolas en una modalidad estricta de Seguridad Social complementaria (en cuanto subsistema integrado en la Seguridad Social), a fin de garantizar su coordinación con el nivel básico*”⁸.

La “vocación universalista” del artículo 41 de la Constitución implica una preeminencia del factor asistencial, pero sin suprimir el nivel contributivo o profesional, siguiendo una clara línea de tendencia existente en los regímenes públicos de Seguridad Social de los países de la Europa Occidental y que “en el caso español esa línea de tendencia viene impuesta por exigencias constitucionales”⁹. El modelo que mejor se adecua a nuestro texto constitucional es un modelo mixto. La Seguridad Social se conforma en dos áreas de acción: a) una mínima, obligatoria y básica, para todos los ciudadanos, financiada mediante impuestos -vía Presupuestos Generales del Estado- y que configura una protección de tipo asistencial; b) otra profesional, referida a los trabajadores, financiada mediante cuotas, que configura una protección de tipo contributivo. En realidad, más que de un sistema mixto, cabría hablar –y esa es la tesis que sugiere el Tribunal Constitucional- de un sistema plural: contributivo y no contributivo; de titularidad pública (que no afecta al nivel complementario, que es libre para la iniciativa privada) y de alcance general en cuanto al ámbito objetivo de protección¹⁰. También se le puede definir como un sistema pluralista con “dos escalones” de protección social: a) un sistema público o legal de Seguridad Social (como función del Estado y estructurado como sistema público o legal de Seguridad Social); y b) un régimen de protección

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., *Público y privado...*, cit., pág. 115 y nota a pie 121.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas”, *Relaciones Laborales*, núm. 13/1988, pág. 1.

¹⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estado Social... (y II)”, cit., pág. 4.

social voluntaria (de carácter complementario o suplementario y basado en una lógica contractual privada)¹¹. El problema planteado por la cuestión de cuál haya de ser la importancia respectiva de la Seguridad Social básica y la Seguridad Social complementaria es mucho más de política legislativa que de técnica jurídica. Ello equivale a decir que su solución depende estrechamente de opciones ideológicas previas sobre cuáles han de ser respectivamente los campos acotados de la acción pública y de la iniciativa privada en materia social¹².

Los ámbitos y contenidos de la Seguridad Social están reconocidos expresamente en el artículo 41, pero no sólo, otros preceptos constitucionales que contemplan materias propias de Seguridad Social son los siguientes: Artículo 25.2: como derecho fundamental y sólo referido a los condenados a penas de prisión; // artículo 39: protección social, económica y jurídica de la familia; // artículo 42: derecho de la emigración; artículo 43: derecho de la salud pública; // artículo 49: los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento y rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, en orden a otorgarles una atención especializada; // artículo 50: se garantiza a los ciudadanos de la tercera edad la suficiencia económica a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas; // artículo 129.1: se recoge el derecho a la participación de los interesados en la gestión; // artículo 149.1.17^a: el Estado tiene competencias exclusivas sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Según la teoría integradora el constituyente se refiere a la Seguridad Social como un todo genérico, público y que se extiende a todos los ciudadanos; si bien, determinadas materias, las que hemos indicado que recogen otros artículos distintos al 41, pueden compartirse u organizarse conjuntamente por la acción protectora de la Seguridad Social y por otros organismos públicos; de ahí que también aparezcan materias propias de Seguridad Social en otros preceptos.

Analizado el contenido del artículo 41 hemos de resolver ahora cual es el alcance o eficacia jurídica de este mandato constitucional. El derecho a la

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Público y privado...*, cit., pág. 130.

¹² MARTÍN VALVERDE, A., *Las mejoras de Seguridad Social*, Sevilla, Instituto García Oviedo y Universidad de Sevilla, 1970, pág. 16.

Seguridad Social es uno de los principios rectores de la política social y económica, situado sistemáticamente en el Capítulo III del Título Primero de nuestra Constitución. Este derecho no tiene la tutela o protección máxima de la que disfruta cualquier derecho fundamental, sino que hay que estar a lo dispuesto por el artículo 53.3 de la Carta Magna. El ciudadano no tiene un derecho subjetivo a la Seguridad Social que pueda exigir directamente ante los tribunales ordinarios de justicia, sino que -al igual que el resto de los derechos reconocidos y recogidos en el Capítulo III del Título I- el nivel de protección se manifiesta en su carácter programático o informador. Solo podrán alegarse o exigirse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que previamente los desarrolle; si bien, los poderes públicos están obligados a respetarlos en su actuación. En resumen, existe una dificultad interpretativa del término o expresión "*informarán*", que cierto es significa que los particulares no pueden dirigirse a la jurisdicción ordinaria para hacer valer un derecho subjetivo a la Seguridad Social, sin embargo, es un norma constitucional que prevalece sobre las normas ordinarias y no una mera declaración de intenciones.

Se puede afirmar¹³: 1º) Que la Constitución de 1978 ha configurado la Seguridad Social como un "*componente básico del Estado Social cuya preservación resulta necesaria para asegurar los valores constitucionales de justicia e igualdad sustancial*"; y 2º) Que la jurisprudencia constitucional califica el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social como un "*derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél*" (STC 37/1994).

Parece claro que la Seguridad Social se menciona expresamente en el artículo 41 de la Constitución con un contenido amplio. De su lectura se desprende que existirá un "*régimen público de Seguridad Social*" y es el Estado quien debe mantenerlo. En dicho precepto se exige una Seguridad Social "*para todos los ciudadanos*", por lo que deducimos que el modelo que intenta diseñar

¹³ VALDÉS DAL-RÉ, F., "Estado Social... (y II)", cit., págs. 5-7.

el texto constitucional es más asistencial que contributivo y exige garantizar "*la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*". Y son los poderes públicos quienes deben garantizar pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas y que permitan la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. ¿Cómo? Los poderes públicos deben ocuparse de solucionar el problema básico: que "*los ingresos del sistema de pensiones crezcan a una tasa superior al número de pensiones*" (página 6 del Informe).

4.- DESARROLLO NORMATIVO POSTCONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: PACTO DE TOLEDO Y CONCERTACIÓN SOCIAL

En la página 7 del Informe puede leerse que "*en lo concerniente al papel de los canales democráticos, hay que afirmar con rotundidad que, aunque el factor de sostenibilidad impone una serie de restricciones que han de cumplirse anualmente para asegurar el equilibrio presupuestario, no impide la actuación del pacto político y social. Se trata de una combinación de fórmulas modulable por el debate sociopolítico, si bien este Comité no va a esquivar la obligación intelectual de opinar sobre los parámetros más lógicos para esas fórmulas. El desarrollo de una fórmula que, eso sí, debe comprometer totalmente a los gobiernos presentes y futuros en su cumplimiento año a año (es incompatible con una política de aplicación selectiva), sin sustituir, en ninguno de los casos a la soberanía popular. Los que han sido elegidos para dirimir los destinos de la sociedad española siguen haciéndolo.*"

"A nadie se le oculta que la reforma de las pensiones, al menos desde mediados de la década de los ochenta, puede decirse que es una reforma "programada" y coordinada desde las instancias internacionales (Banco Mundial, OCDE, Unión Europea; y los nada despreciables "informes técnicos de encargo"), que subrayan al unísono las dificultades del sistema de pensiones para afrontar los desequilibrios demográficos (envejecimiento de la

población), la crisis fiscal, las exigencias de competitividad de la economía, las transformaciones de las estructuras familiares, etc.”¹⁴. Afortunadamente, nos quedan los canales democráticos, el pacto político y social, porque “los que han sido elegidos para dirimir los destinos de la sociedad española siguen haciéndolo”.

El reparto competencial en materia de Seguridad Social exige que la producción normativa sea eminentemente estatal. En el artículo 149.1.17.^a CE se deja claro que la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social son competencias del Estado, aunque las Comunidades Autónomas pueden asumir la ejecución de sus servicios y sólo tienen competencias directas en materia de gestión. La ley ordinaria y las normas reglamentarias (Real Decreto / Orden Ministerial) de origen estatal son las principales fuentes de ordenación del sistema español de la Seguridad Social. A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho del Trabajo, aquí la autonomía colectiva sólo interviene en una zona mínima, las mejoras voluntarias, porque el Derecho de la Seguridad Social es derecho imperativo, inderogable por la voluntad de las partes. Los convenios, pactos o acuerdos colectivos sólo pueden complementar las prestaciones públicas mediante la negociación colectiva a través de las mejoras voluntarias.

Tras la aprobación de la Constitución hubo una primera fase donde se produjo la *contracción o repliegue* del sistema (década de los 80 y mediados de los 90), que estuvo condicionada por el contexto económico, el incremento de las cargas financieras del sistema y las dificultades para afrontar los crecientes gastos. La Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social (conocida como *Ley de Reforma de Pensiones*), procuró el saneamiento financiero del sistema e incidió profundamente en las pensiones de *invalidez* permanente y jubilación (también reordenó la protección a la familia). Esta norma modificó los requisitos para causar derecho a prestación de *invalidez* por enfermedad común y por jubilación, incrementando los períodos de carencia y el número de años computables para el cálculo de la base reguladora, así

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., prólogo a DE LA FUENTE LAVÍN, M., *Reparto y capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, Madrid, CES, 2007, pág. 15.

como la actualización de las pensiones con arreglo al IPC anual. También en esta época (1986) se integraron en el Régimen General y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos una serie de colectivos de trabajadores incluidos en Regímenes Especiales inicialmente establecidos en 1966.

La introducción en el sistema de un nivel no profesional, que no tiene en cuenta las cotizaciones previas, sino el umbral de pobreza de los ciudadanos residentes en territorio español, tuvo lugar con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no contributivas, de invalidez, vejez e hijo a cargo. Esta norma abrió el camino hacia un ámbito más amplio de cobertura protectora de la Seguridad Social, dándole a la misma un mayor carácter asistencial *versus* el marcado carácter contributivo existente.

La segunda refundición en materia de Seguridad Social se llevó a efecto por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que también refundió una larga lista de leyes de Seguridad Social que habían regulado la materia desde el texto de 1974. Las acciones normativas no han cesado según las exigencias y presiones de cada momento histórico, de ahí las sucesivas reformas que ha sufrido el actual Texto Refundido de 1994 (por ejemplo, anualmente se han producido continuas modificaciones en las denominadas *Leyes de Acompañamiento* de los Presupuestos Generales del Estado).

En España la necesidad de una reforma integral fue asumida por consenso mayoritario de las fuerzas políticas que el 30 de marzo de 1995 firmaron el Pacto de Toledo (aprobado en el Pleno del Congreso de 6 de abril de 1995), que se presentó como un típico pacto de financiación con el compromiso de reformar y consolidar el sistema vigente. *Los firmantes no cuestionaron que el sistema de pensiones debía continuar basado en el reparto y la solidaridad intergeneracional.* En el Pacto de Toledo, fruto del consenso político, se fijaron una serie de recomendaciones con un triple objetivo: el incremento de los ingresos, la paralela disminución de los gastos y la simplificación de la gestión.

1.- Recomendaciones sobre los ingresos. Separar progresivamente las fuentes de financiación; asegurar el Fondo de Reserva de las pensiones; igualar las bases de cotización con salarios reales; equiparar la financiación y las prestaciones de los Regímenes Especiales al Régimen General; y luchar contra la economía sumergida.

2. Recomendaciones sobre los gastos. Reforzar el principio de equidad y el carácter contributivo del sistema para lograr una mayor proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones; flexibilizar la jubilación, permitiendo el alargamiento de la vida activa con repercusión en la pensión final; y establecer fórmulas estables de revalorización automática de las pensiones.

3. Recomendaciones sobre la gestión. Simplificar, mejorar la recaudación (evitar los fraudes), reducir el número de Regímenes Especiales y controlar la gestión de la incapacidad temporal.

Entre finales de los años 90 y la primera década del siglo XXI se han sucedido importantes ampliaciones subjetivas y objetivas del ámbito de protección, reformas técnicas, organizativas y de gestión del sistema. Esta etapa se ha caracterizado por la *concertación* o *contractualización* de las reformas de Seguridad Social, esto es, los pactos entre los interlocutores sociales y el gobierno, como vía para su legitimación. En desarrollo del pacto político y de sendos procesos de concertación social, hay que apuntar una importante reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Con esta ley se inició el desarrollo de las medidas previstas en el Pacto de Toledo y tuvo su origen en el *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social*, de 9 de octubre de 1996.

En esta misma línea se operaron grandes reformas a principios del siglo XXI, por ejemplo, las significativas modificaciones introducidas en el régimen

jurídico de las contingencias del sistema de Seguridad Social por sucesivas leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (leyes 24/2001 y 53/2002) y por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de Medidas para el Establecimiento de un Sistema de Jubilación Gradual y Flexible; o el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de Modificación Parcial del Régimen Jurídico de las Prestaciones de Muerte y Supervivencia. También resulta destacable la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del fondo de reserva de la Seguridad Social¹⁵. Estas normas tuvieron su origen en el segundo *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001*.

En 2003 se llevó a cabo la renovación parlamentaria del Pacto de Toledo y se abrió un nuevo proceso de concertación social que concluyó con la Declaración para el Diálogo Social, para la competitividad, empleo estable y cohesión social, que suscribieron el Gobierno y los interlocutores sociales el 8 de julio de 2004. Así, el 20-10-2005 se adoptó el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia, a efectos de la integración de este colectivo en el RETA, que se hizo por Ley 18/2007, de 4 de julio. Fruto de aquella declaración fue el Acuerdo de 13 de julio de 2006 que se trasladó a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, que eliminó los días cuota en el cómputo de los 5.475 días cotizados (15 años) requeridos para acceder a la pensión de jubilación. Esta norma incentivó de modo general el incremento de la base reguladora de la pensión de jubilación en un 2% adicional por cada año completo para quienes continuaran trabajando más allá de los 65 años e incrementó al 3% anual la mejora de la pensión a quienes cumplidos los 65 años siguieran trabajando y acreditaran 40 años de cotización. Con esta norma se reforzaron los principios de contributividad y

¹⁵ Según el artículo 91 LGSS (remanentes e insuficiencias presupuestarias), en la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un Fondo de Reserva de la Seguridad Social con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y demás condiciones que determine la ley reguladora del mismo. Este Fondo de Reserva que se mencionaba en la recomendación 2^a del Pacto de Toledo ha mantenido una tendencia a incrementar progresivamente su cuantía y actúa como un relativo elemento corrector de tipo capitalizador en el marco de un sistema de reparto global.

equidad en las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, dedicando una especial atención a la incentivación de la prolongación de la vida activa.

En estos años también se aprobaron leyes de integración de algunos Regímenes Especiales, las dos últimas han sido la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que integró el Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General; y la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procedió a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (trabajadores por cuenta ajena) también en el Régimen General.

Tras la última revisión del Pacto de Toledo -iniciada en 2008 y completada en 2011 (Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011)- se ha producido un endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Sucesivamente a lo largo de esta primera década se han aprobado un conjunto de normas con carácter transversal, hasta llegar al último *Acuerdo Social y Económico*, de 2 de febrero de 2011, entre el Gobierno y los interlocutores sociales, que dio como fruto la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social (*Ley de Reforma de Pensiones*), que aborda un sinfín de cuestiones distintas: cambios en la pensión de jubilación o integración de Regímenes Especiales en el Régimen General de la Seguridad Social y que, en muchos casos, ha demorado su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2013 e incluye amplias disposiciones transitorias, como *la edad ordinaria de jubilación a los 67 años a partir de 2027*. La disposición adicional quinta de esta ley de reforma de las pensiones faculta al Gobierno para que en el plazo de dos años elabore un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Hasta ahora la mayoría de las reformas del sistema público de protección social se han realizado a través de políticas de concertación social, lo que ha facilitado su implantación “pacífica”, en la lógica de proporcionar una legitimidad adicional a las decisiones de política legislativa¹⁶. Todos estos cambios normativos han moldeado un sistema español de Seguridad Social

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., “El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, en *La reforma del sistema de pensiones*, coord. ANTÓN, A., Madrid, Talasa, 2010, págs. 15-89.

con una serie de rasgos que ayudan de manera eficaz a la cohesión social y a la redistribución de la renta (Pacto de Toledo): Reforzamiento del principio de contributividad // Aumento creciente de las prestaciones de asistencia universal // Separación de fuentes de financiación de las prestaciones contributivas (cotizaciones sociales) y de las no contributivas o asistenciales (aportaciones del Estado).

Otra reciente reforma ha sido obra del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, que modificó aspectos importantes en materia de cotización a la Seguridad Social o desempleo (se redujo la cuantía de la prestación al 50% de la base reguladora a partir del día 181). Por último, otra vez por razones de extraordinaria y urgente necesidad, sin acuerdo social previo, se ha aprobado el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que aborda “*medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la compatibilidad entre vida activa y pensión, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo. Estas medidas permiten satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo*” (exposición de motivos de la norma).

Una constante evolutiva común a todos los países europeos ha sido que la Seguridad Social ha pasado de ser una acumulación de instrumentos normativos desprovistos de principios generales vertebradores a conseguir crear un sistema o integración de instituciones¹⁷. La Seguridad Social –como conquista irrenunciable del Estado moderno- puede tener dos concepciones: a) fórmula para superar el umbral de necesidad y evitar la desestabilización social (años cincuenta y sesenta del siglo pasado) o b) plataforma para el progreso social. Ambas visiones se complementan, pero la segunda integra y supera a la primera.

¹⁷ Véase, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.

5.- CONCLUSIONES AL HILO DEL INFORME DEL COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

Ante esta situación, en el Informe (páginas 21 y 30) se plantea que *la sociedad española, a través de sus representantes políticos, puede elegir entre una combinación de las siguientes alternativas* con las que hacer frente a los efectos del previsible aumento del número de pensiones y evitar, al menos parcialmente, una reducción en el porcentaje que representa la pensión media sobre el salario medio:

- ✓ *Aumentar el número de cotizantes* incentivando la prolongación de la vida activa de los trabajadores y mediante reformas estructurales que incentiven el crecimiento, reduzcan rápidamente el desempleo y aumenten la población activa como consecuencia de nuevos flujos migratorios, atraídos por ese mayor crecimiento.
- ✓ *Aumentar los tipos impositivos, incrementar el porcentaje de los salarios que constituye la base de cotización y aportar ingresos adicionales al sistema de pensiones*, por ejemplo, en la línea de los niveles existentes de media en los países de la Zona Euro.
- ✓ *Aceptar la disminución de la ratio de la pensión media sobre salario medio*, asumiendo que los jubilados reciben pensiones del sistema público (las cuales pueden seguir aumentando en términos reales), *que podrían complementarse con ingresos procedentes de su ahorro privado*.

Los procesos de cambio parecen gobernados por una subordinación a la economía y se produce un sentimiento general de contingencia que afecta a la función de seguridad del sistema, cuando los problemas estrictamente económicos se complican con la lucha de generaciones y el conflicto entre activos e inactivos. Si aquí –como en la reparación del viejo debate capitalización *versus* reparto- también parece que la última palabra la tiene la economía, los juristas solo podemos expresar una inquietud y contribuir a clarificar los términos del debate¹⁸. Sin embargo, la última palabra no tiene por qué tenerla la economía, que no sea así, es también función del jurista¹⁹. Una vez más, hay que afirmar que no nos encontramos únicamente ante un problema financiero ni estrictamente económico, por lo que es desecharable una solución unidireccional en ese sentido. De ahí, que no puede explicarse el Estado del Bienestar desde el lado del gasto social exclusivamente. El debate sobre la evolución del Estado del Bienestar no se puede reducir a un problema derivado de la pérdida de competitividad de las economías industrializadas más avanzadas (los niveles de protección social forman parte y son un elemento fundamental del modelo económico que ha permitido el progreso de las economías europeas); no es correcto enfocar los problemas actuales del Estado del Bienestar desde la óptica del gasto público (identificando crisis del Estado del Bienestar con crisis financiera). En conclusión, “*los problemas actuales del mismo distan mucho de tener soluciones técnicas o económicas neutras e incontestables*”²⁰.

¹⁸ DESDENTADO BONETE, A., “La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/1996, págs. 18-20.

¹⁹ DUEÑAS HERRERO, L., “Seguridad Social, protección complementaria y planes de pensiones”, en *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, coord. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., Madrid, MTASS, 1997, pág. 245.

²⁰ DURÁN LÓPEZ, F., “Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar”, *Relaciones Laborales*, núm. 9/1996, págs. 19-21.

La dificultad estriba en seguir haciendo posible, desde el punto de vista político y económico, una conciliación entre una economía fundamentalmente capitalista combinada con una política social eficiente²¹. Desde mi punto de vista, las alternativas que deben barajarse en un sistema público de pensiones son las siguientes:

1^{a)} *No hay duda de que el papel de los canales democráticos es cumplir un mandato constitucional, por delante del cumplimiento de cualesquiera otros factores, de revalorización anual o de equidad intergeneracional.* Estos factores muestran la prevalencia de un enfoque neoliberal asistencialista (Seguridad Social de mínimos) e impiden la aplicación de una vía más social-estatista. Sin embargo, *los principios ordenadores y los parámetros propios del sistema de la Seguridad Social prevalecen sobre el factor de sostenibilidad.*

2^{a)} *Con las recientes reformas ya se han tomado decisiones restrictivas para la viabilidad del sistema de pensiones como consecuencia del aumento de la esperanza de vida tras alcanzar los 65 años, por ejemplo, disminuir en dos años dicha esperanza de vida porque el comienzo de la jubilación ordinaria se retrasará a los 67 en el año 2027, una vez superado el período transitorio²².* Todo esto sin olvidar que la tasa de retorno actual o porcentaje de la pensión respecto al sueldo está en el 80 por ciento.

²¹ Véase, MONEREO PÉRZ, J. L., “Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, en *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, coord. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., Madrid, MTASS, 1997.

²² Y todo parece indicar que el legislador tiene en mente aplicar nuevas elevaciones de la edad de jubilación a partir de 2027, reforzando con ello la lógica aseguradora de que quien tanto aporta tanto recibe, y garantizando por esta vía la sostenibilidad económica del sistema de Seguridad Social. Con todo debe precisarse que la sostenibilidad del sistema no depende solo de factores demográficos relacionados con el envejecimiento de la población, sino de otras muchas circunstancias y condiciones de índole social y económica (tasa de natalidad, flujos migratorios, número de ocupados, volumen de desempleo), CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social”, en *La pensión de jubilación*, coords. LÓPEZ ANIORTE, M^a. C. y GARCÍA ROMERO, B., Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pág. 54.

3^a) Según el Informe, *cualquier combinación que se emplee de fórmulas se debe modular por el debate sociopolítico y debe comprometer totalmente a los gobiernos presentes y futuros en su cumplimiento año tras año*. Es justo lo que no ha ocurrido hasta ahora, año tras año las reformas restrictivas de protección social se han sucedido en cascada creando inseguridad jurídica y económica en los beneficiarios.

4^a) *La esperanza de vida solo puede ser una hipótesis de trabajo, no es una certeza*, por ello el factor de sostenibilidad solo deberá aplicarse en el momento de alcanzar de manera efectiva la esperanza de vida prevista para cada beneficiario al momento de jubilarse, no para cada generación. De esta manera salvamos *dos virtudes muy importantes de cualquier sistema de pensiones: la certeza y la transparencia, en palabras del Informe*.

5^a) *La jubilación por definición es única y vitalicia para cada beneficiario. La pensión exige su concreción inicial y está vinculada al cumplimiento de una edad ordinaria ab initio* (que se puede adelantar o retrasar), pero *nunca se debe vincular a una edad incierta, ni mucho menos se puede calcular en función de una edad final prevista* (esperanza de vida). El cálculo de la pensión debe tomar en consideración lo cotizado (carrera asegurativa) y su duración es vitalicia. Entenderlo de otra manera es sacar del sistema el concepto de pensión.

6^a) *Cuando un trabajador se jubila genera -más que unas expectativas- el derecho a una prestación cierta y definida*, que no puede cambiarse cada año (esto es contrario a la estabilidad normativa de cualquier legislación en materia de seguros públicos o privados). La lógica de la propuesta del Informe lleva a una aplicación urgente del factor de sostenibilidad (2014), basándose en una mera expectativa, el índice genérico de la esperanza de vida, pero la pensión de jubilación debe ser única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia (artículo 160.1 LGSS), por ello, *la sostenibilidad hay que aplicarla, no cuando se empieza a cobrar la pensión con 65-67 años, sino al momento cierto*

de alcanzar el índice de esperanza de vida, _cuando se termina el ciclo vital oficialmente previsto). El concepto de jubilación única y vitalicia exige la vinculación al pensionista, por ejemplo, si la esperanza de vida al cumplir los 67 años en 2027 es de 22,12 años, el factor de equidad intergeneracional no debe aplicarse antes de que el pensionista cumpla los 89,12 años (67 + 22,12) porque ésta era su expectativa de vida cuando decidió jubilarse; en este mismo sentido, por ejemplo, si la esperanza de vida al cumplir los 65,17 años en 2014 es de 20,27 años, el factor de equidad intergeneracional no debe aplicarse antes de que el pensionista cumpla los 85,44 años (65,17 + 20,27), porque ésta era su expectativa de vida y patrimonial cuando decidió jubilarse.

7^{a)} En defecto de aplicación de la conclusión sexta por cuestiones de inviabilidad presupuestaria, ¿hay otra alternativa? ¿Cuándo debe empezar a aplicarse el factor de sostenibilidad? ¿Tanto el factor de equidad intergeneracional como el factor de revalorización anual deben empezar a aplicarse de forma inmediata en 2014? *El momento de aplicación de un factor de sostenibilidad es un momento normativo o conforme a principios normativos, no puede fijarse únicamente siguiendo criterios inciertos como la esperanza de vida o la viabilidad del sistema*, porque el beneficiario desde el primer día de trabajo ha firmado un “contrato social asegurativo” conforme a unos parámetros y principios conocidos que deben respetarse. Hay un requisito obligatorio y exigible sin el cual no se puede acceder a la pensión: el cumplimiento de un período mínimo de cotización de 15 años; por tanto, en cualquier lógica asegurativa, durante 15 años ningún beneficiario puede ver restringida su pensión por el factor de sostenibilidad. Las referencias deben ser a parámetros ciertos: *el cobro inicial de la pensión debidamente actualizada debe extenderse, al menos, durante el tiempo de la carencia exigida (15 años)*. Ejemplo: pensionista que se jubila con 67 años en 2027, las restricciones del factor de sostenibilidad empezarán en 2042 (15 años después).

8^{a)} *Para fijar la determinación final del factor de sostenibilidad se deben utilizar parámetros ya existentes en el sistema de Seguridad Social además de la edad, como la cotización efectuada a lo largo de toda la vida laboral, lo que*

permitiría una *aplicación porcentual y escalonada del factor de sostenibilidad solo para quienes tengan menos de 35 años cotizados.* La sostenibilidad o viabilidad del sistema también debe tomar referencias como la edad, la carencia previa, el esfuerzo de cotización del trabajador, la determinación de la base reguladora, el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión inicial o las revalorizaciones periódicas previamente determinadas.

9^{a)} *El Informe se olvida de modular técnicas presentes en la normativa de Seguridad Social, dejando de lado los criterios seguidos por el Pacto de Toledo y el propio legislador.* Hablamos de técnicas tan importantes como la debida transitoriedad de las medidas y la necesidad de considerar largas carreras de cotización; por ejemplo, con la Ley 27/2011, el retraso en la edad de jubilación ordinaria a los 67 años en 2027 se efectúa de forma transitoria y no se aplicará a quienes hayan cotizado 38 años y medio, que podrán jubilarse con 65 años.

¿Es razonable que a un trabajador que se jubile en 2027 con 65 años porque haya cotizado 38 años y medio o más, se le aplique un factor de sostenibilidad o coeficiente restrictivo desde el inicio del cobro de su pensión?

10^{a)} Por último, respecto a la Agencia Independiente de Responsabilidad Fiscal, en la DA séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre *Actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social*, ya se autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Única de Seguridad Social, que integrará a las siguientes Entidades Gestoras y Servicios Comunes: INSS, ISM, TGSS, Gerencia de Informática de la Seguridad Social y Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. Este ámbito de gestión no comprende las prestaciones y subsidios por desempleo, ni los servicios sociales, ni la asistencia sanitaria. Una vez creada la Agencia Única de Seguridad Social no se precisa ninguna Agencia Independiente de Responsabilidad Fiscal.

