

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

Madrid/Espanha
2016

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. CLERILEI APARECIDA BIER

PROF. DR. JOSÉ LUIZ TORTUERO PLAZA

PROF. DR. ORIDES MEZZAROBA

Autores Espanhóis

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

Madrid/Espanha
2016

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. CLERILEI APARECIDA BIER

PROF. DR. JOSÉ LUIZ TORTUERO PLAZA

PROF. DR. ORIDES MEZZAROBA

Autores Espanhóis



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coelho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (3. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Clerilei Aparecida Bier, José Luiz Tortuero Plaza, Orides Mezzaroba. –
Madrid.

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-85-5505-144-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. I. Encontro de
Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

GRUPO 1

Direito Constitucional, Direitos Humanos

Derecho Constitucional, Derechos Humanos

| | |
|---|----|
| Democracia Participativa y Democracia Interna en las CE 1978 y CF 1988: Hacia la Reforma Ineludible <i>David Almagro Castro</i> | 11 |
| O «Direito à Saúde»: «Direito Social Especial» Digno de Tutela Idêntica à dos «Direitos de Liberdade»? <i>Isa Filipa António de Sousa</i> | 39 |
| Responsabilidade Financeira e Criminal pelos Dinheiros Públicos – Tutela dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais <i>Gonçalo S. de Melo Bandeira e Zulmar Fachin</i> | 71 |

GRUPO 2

Direito do Trabalho e Seguridade Social

Derecho del Trabajo y Seguridad Social

| | |
|---|-----|
| Condiciones de Trabajo Peligrosas y Absentismo por Causas de Salud Laboral <i>Jesús Barceló Fernández</i> | 85 |
| El Absentismo en la Negociación Colectiva Española 2014-2015. Mucho Ruido y Pocas Nueces <i>José Ignacio García Ninet</i> | 110 |
| El Impacto de la Incapacidad Temporal en el Contrato de Trabajo <i>Jordi García Viña</i> | 139 |
| El Tratamiento de la Maternidad en la Negociación Colectiva en España. ¿Vía para Eliminar la Discriminación? <i>Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado</i> | 157 |

| | |
|---|-----|
| La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Laboral y Social <i>Joaquín García Murcia</i> | 186 |
| La Aplicación del Sistema de Protección Social en España: La Atención a las Personas en Situación de Dependencia <i>Enrique Martín-Serrano Jiménez</i> | 207 |
| Procedimientos Administrativos de Disconformidad y Revisión de las Altas Médicas en los Procesos de Incapacidad Temporal: De la Racionalidad al Absurdo <i>José Luis Tortuero Plaza</i> | 225 |
| La Mejora de la Protección de la Incapacidad Temporal a Través de la Negociación Colectiva <i>Francisca Moreno Romero</i> | 254 |
| La Prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de Nuestro Entorno <i>Alberto Llorente Álvarez</i> | 274 |
| La Incapacidad Temporal y el Teletrabajo: Una Convivencia por Regular Dentro del Ordenamiento Jurídico Español <i>Juan Carlos García Quiñones</i> | 293 |
| La Incidencia de la Incapacidad Temporal en el Derecho a las Vacaciones <i>Francisco Javier Torollo González</i> | 325 |
| La Reestructuración del Sector Público Español y la Transferencia de Trabajadores Indefinidos de las Empresas y Fundaciones Públicas a una Administración Pública <i>M^a José Serrano García</i> | 354 |
| Reforma y Transformación Acelerada del Sistema de Retiro del Gobierno Central de Puerto Rico <i>Carlos Alá Santiago Rivera</i> | 372 |
| Alcohol y Drogas en Ámbito Laboral <i>Álvaro San Martín Rodríguez</i> | 429 |
| La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo <i>Nuria de Nieves Nieto</i> | 449 |

| | |
|---|-----|
| Coordinación Comunitaria de las Prestaciones por Desempleo de los Emigrantes Europeos | |
| <i>Belén del Mar López Insua</i> | 467 |
| La Situación Jurídica de los “Becarios” en el Derecho del Trabajo | |
| <i>Rosario Cristóbal Roncero</i> | 484 |

GRUPO 3

Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor e Novas Tecnologias

Derecho Mercantil, Derecho Civil, Derecho del Consumidor y Nuevas Tecnologías

| | |
|--|-----|
| Daños Derivados de la Crisis Matrimonial | |
| <i>Carmen Muñoz García</i> | 500 |
| El Consentimiento Informado. Cuestiones Especiales en la Medicina Estética | |
| <i>Mario Lozano Arjona</i> | 523 |
| El Derecho de Voto y las Mayorías Requeridas para la Adopción de un Acuerdo en Junta tras la Reforma del Gobierno Corporativo | |
| <i>Judith Morales Barceló</i> | 547 |
| El Modelo Europeo de Descentralización Productiva en el Ámbito de la Contratación Pública. Las Cláusulas Sociales | |
| <i>María del Rosario Ubero</i> | 559 |
| Versión con Datos Personales Guardador de Hecho y el Interés del Menor: El Allegado | |
| <i>María Isabel de la Iglesia Monje</i> | 587 |
| La Doctrina del Tribunal Supremo sobre las Cláusulas Suelo y su Incidencia en el Art. 1303 CC | |
| <i>Tania Vázquez Muiña</i> | 609 |
| La Interpretación de las Normas Empresariales en Estados Constitucionales. Entre los Principios Constitucionales y la Eficiencia en los Negocios | |
| <i>Dennis José Almanza Torres e Marcia Carla Pereira Ribeiro</i> | 633 |

| | |
|--|-----|
| La Protección de la Mujer Casada Mediante la Compensación del Trabajo Doméstico en el Código Civil Español | |
| <i>Adrián Arrébola Blanco</i> | 648 |
| El Acceso de la Mujer a los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles: Igualdad de Género y Poder de Decisión en el Derecho Español | |
| <i>María Cristina Escribano Gámir</i> | 675 |

GRUPO 4

**Direito Tributário, Direito Administrativo,
Direito Ambiental e Sustentabilidade**

***Derecho Tributario, Derecho Administrativo,
Derecho Ambiental y Sostenibilidad***

| | |
|--|-----|
| Liberdade, Solidariedade e Família – Análise da Capacidade Real de Exercício do Planeamento Familiar Face à Necessidade de Utilização de Técnicas de Reprodução Humana Assistida | |
| <i>Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa e André Gonçalo Dias Pereira</i> | 697 |

GRUPO 5

Teoria, Filosofia e História do Direito

Teoría, Filosofía e Historia del Derecho

| | |
|--|-----|
| iusmoralismo y iuspositivismo Ante la Ley Injusta | |
| <i>Juan Antonio García Amado e Virginia de Carvalho Leal</i> | 715 |

GRUPO 6

Direito Internacional e Direito Comunitário Europeu

Derecho Internacional y Derecho Comunitario Europeo

| | |
|---|-----|
| Globalización Económica, Políticas Públicas iusmoralismo y iuspositivismo Ante la Ley Injusta | |
| <i>Julio V. González García</i> | 727 |

Grupo 1

Direito Constitucional, Direitos Humanos
Derecho Constitucional, Derechos Humanos

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DEMOCRACIA INTERNA EN LAS CE 1978 Y CF 1988: HACIA LA REFORMA INELUDIBLE

DAVID ALMAGRO CASTRO

Pos-doctorando en Derecho por PUCRS. Doctor en Derecho por la US. Doctor en Derecho por PUCRS.

Resumen

Los modelos democráticos establecidos en las CE 1978 y CF 1988 están siendo objeto de cuestionamiento desde numerosos sectores de la sociedad. De entre esas críticas se destacan la ineficiencia de los mecanismos de participación ciudadana en las instituciones – referéndum e iniciativa legislativa popular – y la consagración de los partidos como entes refractarios a su democratización interna. El presente artículo propone un análisis general del diseño constitucional y desarrollo legal de los instrumentos referentes de la conocida como democracia participativa. La segunda parte del artículo propone analizar con carácter igualmente generalista la regulación constitucional del principio de democracia interna y apuntes parciales sobre las carencias de su desarrollo legal. Los resultados alcanzados reafirman la urgencia de acometer reformas constitucionales y legales en favor de la democracia participativa y la democratización interna de los partidos si se quiere recuperar la credibilidad en el sistema político.

Palavras-chave

Democracia participativa; Democracia interna; Participação política; Partidos políticos.

Abstract

The democratic systems established under the CE 1978 and CF 1988 are both receiving critiques from several sectors of the society. Among these negative judgments it is standing out the inefficiency of the participatory mechanisms in the hands of the citizens – mainly the referenda and legislative initiative – and the reinforcement of the political parties as organizations contraries to their own internal democratization. The current paper proposes a general analysis of the constitutional regulation and legal development of the principal mechanisms of the participatory democracy. The second part of this article looks for a general analysis about the constitutional regulation of the internal democracy

principle as well as partial notes about the main lacks of its legal development. The goals achieved permits to reinforce the urgency for making both constitutional and legal reforms in favor of the participatory democracy and the internal democratization of the political parties if we want to recover the credibility in the political system.

Key words

Participative democracy; Internal democracy; Political participation; Political parties.

1. La Regulación Constitucional del Derecho de Participación Política en las CE 1978 Y CF 1988

1.1. *La participación política en la CE 1978: el artículo 23.1 CE y los artículos 87.3 y 92 CE*

El legislador constituyente del 78 hizo de la participación política un derecho fundamental cuyo epicentro se encuentra en el artículo 23.1 CE¹ y según el cual los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos de dos formas aparentemente complementarias: directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

En una Constitución democrática como la del 78 presidida por el principio democrático, de soberanía popular y el pluralismo político, el contenido del artículo 23.1 CE ha de ser entendido como elemento angular del Estado democrático. Haciendo honor a la clásica expresión de Santamaría (2001, p. 512) estamos ante “[...] la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado”.

El art. 23.1 CE reconoce la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos de acuerdo a los artículos 1.2 y 9.2 CE 1978, que reconocen respectivamente como elementos centrales del ordenamiento jurídico el principio de soberanía popular y de participación política. La participación ciudadana en los asuntos públicos debe canalizarse, pues, a través de la representación democrática y los mecanismos jurídicos propios de la democracia participativa.

La dicción literal del art. 23.1 CE no permite realizar tal afirmación. La vaguedad de la fórmula empleada por el constituyente no aclara completamente su contenido descriptivo y material. Una inconcreción que choca frontalmente con la importancia que

1 Art. 23.1 CE. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

los mecanismos de participación directa y semidirecta tienen en la materialización de la democracia participativa².

Descifrar el contenido material de la participación directa del artículo 23.1 CE requiere de la lectura sistemática del texto constitucional. El artículo 87.3 CE regula la iniciativa legislativa popular. El artículo 92 CE regula el referéndum consultivo. Los artículos 149.1.32, 151, 152, 167, 168 y disposición transitoria 4ª del texto constitucional reconocen otras modalidades de referéndum que por cuestiones de oportunidad no serán objeto de análisis.

1.1.1. La iniciativa legislativa popular del artículo 87.3 CE: una regulación constitucional desproporcionadamente restrictiva

Siguiendo el orden numeral establecido en la CE 1978 se comenzará por el análisis de la ILP del artículo 87.3 CE. Como es bien sabido la iniciativa permite a la ciudadanía impulsar el procedimiento legislativo e interactuar con los representantes políticos. Su objetivo principal es impulsar y fomentar la deliberación sobre cuestiones políticamente relevantes y que la sociedad considera insatisfactoriamente resueltas. La movilización de la ciudadanía y la creación de estados de opinión sobre temas políticamente relevantes son dos de sus notas distintivas. (ARANDA ÁLVAREZ, 2006, p. 192; PÉREZ LUÑO, 1993, pp.97-9). En el contexto de un sistema político como el español – caracterizado por la desorbitada primacía de la representación sobre la participación – ha de ser entendida y configurada como un mecanismo corrector de este desequilibrio. (CABEDO MALLOL, 2009, pp. 455-76).

La indisimulada preferencia del constituyente de 1978 por la representación política tuvo reflejo inmediato en el diseño constitucional de una ILP que sería reducida a un plano marginal. La severidad de las restricciones impuestas *ex Constituione* y el continuismo de la LO 3/1984 – y su reforma de 2006 – han acabado por condenarla al ostracismo como canal de participación ciudadana³.

La disfuncionalidad de la iniciativa encuentra su origen en una regulación constitucional notoriamente restrictiva material y procedimentalmente. El legislador constituyente, en una decisión sin parangón en el Derecho comparado europeo, excluyó del debate

2 En este sentido, Vírgala Foruria (2013, p. 18) afirma: “De ahí, que en la Constitución de 1978, a pesar de lo que señalan los artículos 9.2 («corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política») y 23.1 (los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes...»), las instituciones de democracia directa prácticamente son inexistentes”.

3 Cf. Vírgala Foruria, 2013, p. 18.

político aquellas cuestiones que afectasen a las materias propias de ley orgánica; tributaria; de carácter internacional y, por último, las relativas a la prerrogativa de gracia.

Esta regulación de máximos cierra por completo la vía principal para el desarrollo normativo de los derechos y las libertades y dificulta sobremanera evitar la violación por omisión de los fines constitucionales encarnados en el sistema de derechos y libertades fundamentales⁴. Por si ello no fuera suficiente el legislador orgánico ha extendido el catálogo de restricciones materiales al incluir en el artículo 2º de la LOILP 3/1984 la planificación económica y la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado de los artículos 131 y 134 CE. Una restricción con base en la condición del Gobierno de actor principal de la dirección política del país⁵.

El primer bloque de materias excluidas de la iniciativa ciudadana es el propio de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, a saber: a) los derechos fundamentales y libertades públicas; b) las que aprueben los Estatutos de Autonomía; c) el régimen electoral general y; d) las demás previstas en la Constitución – entre las cuales está el Defensor del Pueblo, la propia ILP, el Consejo de Estado o el Tribunal Constitucional entre otros ejemplos—. Los efectos de esta restricción para la funcionalidad de la ILP son demoledores al suponer el 40% de rechazo de las iniciativas propuestas ante la Cámara⁶.

La exclusión del artículo 81.1 CE tiene una doble motivación constitucional. El artículo 75 CE imposibilita delegar a las Comisiones legislativas la aprobación de proyectos o proposiciones de ley que afecten a materias propias de Ley Orgánica⁷. Una prohibición que se extiende análogamente al electorado. Sin embargo, la principal motivación es de carácter político. El legislador constituyente quiso evitar la iniciativa ciudadana en aquellas materias que por su relevancia política pudieran ser objeto de excesos y actitudes demagógicas y populistas.

Como se ha anticipado anteriormente, esta decisión reduce drásticamente la funcionalidad de la iniciativa como derecho de participación ciudadana ya que excluir la posibilidad de que el ciudadano impulse nuevos proyectos de ley en cuestiones nucleares del pacto democrático reduce al mínimo las cuestiones alternativas con capacidad de movilización de sectores sociales extensos. (LARIOS PATERNA, 2003, p. 222).

4 Cf. Pérez-Luño, 1993, pp. 98-9.

5 Artículo 97. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

6 Cf. Martínez Jiménez, 2012, p. 15.

7 Artículo 75. 1. Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones. 2. Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación. 3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

La exclusión de las materias de naturaleza tributaria y de carácter internacional se justifica constitucionalmente en el respeto al principio de representación presente en texto constitucional⁸. Las materias que por su propia naturaleza corresponden al Parlamento escapan al impulso legislativo del electorado. Los tributos son configurados como competencia exclusiva de los Parlamentos democráticos con el ánimo de evitar abusos sucedidos en el Antiguo Régimen o en regímenes de corte dictatorial (RAMÍREZ, 1985, p. 143). La política internacional es competencia del Gobierno en su condición de director de la política interior y exterior. A esta circunstancia hay que añadir la complejidad técnica de la firma de los Tratados Internacionales⁹.

La exclusión de la ILP en materia de tributos o política internacional es justificada doblemente ante posibles intenciones demagógicas en busca de la eliminación de tributos o por presiones a los poderes públicos en materias de política exterior¹⁰. La cuestión tributaria en un Estado como el español *tributariamente asimétrico* es un tema especialmente delicado sometido a difíciles equilibrios interterritoriales. Este argumento, sugerente, no nos suficiente si se tiene en cuenta la naturaleza de la iniciativa legislativa como proyección del derecho fundamental a la participación política, que posibilitaría eliminar las exclusiones en materia tributaria dirigidas a la eliminación de un tributo o la proposición que ley que afecte a materias reguladas por Tratados internacionales (CUESTA LÓPEZ, 2008, p. 328). Tampoco debe olvidarse que el procedimiento de la ILP es tan solo una propuesta de iniciativa sometida al control absoluto de las Cámaras. El monopolio procesal que ostentan justifica sobradamente una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad (ARAGÓN, 1985, p. 305)¹¹.

El último bloque constitucional alude a las prerrogativas de gracia. La inclusión de este apartado responde a motivaciones de marcado carácter político. Como es bien sabido, el monopolio de la coacción física legítima es competencia exclusiva del Estado¹². Sólo éste tiene la potestad legítima de castigar. El derecho a castigar encuentra su reverso en el

8 Artículo 66 1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución. 3. Las Cortes Generales son inviolables.

9 Artículo 93. Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

10 Cf. Biglinio Campos, 1987, p. 109. En sentido similar, cf. Astarloa Villena, 2002, p. 291.

11 No es ésta la línea de actuación ni de la Mesa del Congreso ni del propio Tribunal Constitucional, quien en el Auto 26/1958, de 16 de enero y en el Auto 592/1985, de 18 de septiembre, confirmó la inadmisibilidad de iniciativas legislativas populares que incidieran en materia tributaria.

12 Cf. Pérez Royo, 2010, p. 54.

derecho de gracia, es decir, el derecho a conceder indultos ante situaciones de desproporcionada dureza de la ley formal¹³. Esta facultad puede ser susceptible de utilización con tintes políticos. No cabe descartar posibles usos demagógicos de minorías que pudieran presionar para conseguir el indulto o gracia de delincuentes políticos. Esta hipótesis motivó al legislador constituyente a excluirla de las materias susceptibles de iniciativa popular (ASTARLOA VILLENA, 2002, pp. 291-2; ESTEBAN; LÓPEZ GUERRA, 1982, p. 90; BIGLINIO CAMPOS, 1987, pp.108-9).

Cierra el catálogo de restricciones la planificación de la actividad económica general y la Ley de Presupuestos Generales del Estado de los artículos 131 y 134 CE respectivamente¹⁴. Su justificación descansa en la condición del Gobierno de director de la política económica del Estado. Ello implica el que las posibilidades de participación ciudadana en el ámbito de la planificación económica se canalizan a través del entramado de organizaciones sociales, profesionales, económicas, políticas y sindicales integradas en el Consejo Económico y Social, según redacción del art. 131.2 CE (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1987, p. 1730).

La amplitud de materias excluidas responde a una decisión eminentemente política en el contexto de una cultura de ejercicio del poder fuertemente hermética. Los mecanismos de democracia participativa – convenientemente regulados – no solo no suponen un peligro para el Estado constitucional en general y los poderes constituidos en particular, sino que son una valiosa contribución en aras a reforzar los sistemas de frenos y contrapesos que forman parte de su esencia¹⁵. La experiencia ha venido demostrando que no es

13 Art. 62. Corresponde al Rey: [...]. i). Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.

14 Artículo 131.1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley. Artículo 134.1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación. 2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. 3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior. 4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario. 6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación. 7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea. 15 En sentido similar, cf. Castellá Andréu, 2013, p. 204.

a través de la ILP desde donde se han producido los ataques a la representación. No se ha suprimido un riesgo real puesto que nunca se ha comportado como tal. En vez de utilizar sus virtudes, se ha optado por incrementar sus inconvenientes y acabado por reducirla a pura retórica constitucional. (VEGA, 2007, pp. 122-38)

La conjunción de ambos factores – las restricciones materiales en sede constitucional y su extensión en la LO – reducen la ILP a un mecanismo participativo materialmente ineficiente. Los campos normativos particularmente delicados quedan fuera de su ámbito de actuación. Un *status quo* que se explica como consecuencia del desproporcionado poder que los partidos han ido acumulado en su condición de operadores exclusivos de cualquier tentativa de reforma constitucional.

El iter procedimental – vagamente definido en la CE – no compensa precisamente la desproporcionalidad de las restricciones materiales. La única referencia que la Constitución realiza es la exigencia de un mínimo de 500.000 firmas para dar continuidad a cualquier proyecto de ley surgido de la ciudadanía. En este punto, y si se permite la ironía, es de agradecer que el legislador orgánico haya mostrado cierta indulgencia al no utilizar sus prerrogativas legales y aumentar el número de firmas requeridas.

La conclusión que cabe sacar de este estado de cosas es clara: el rigor, cautela y desconfianza con que el legislador constituyente reguló la ILP ya la convirtieron de entrada en poco menos que papel mojado. No sin razón, y en términos metafóricos, parte de la doctrina la califica como “un brindis al sol”¹⁶. El posterior análisis legal corroborará esta afirmación.

1.1.2. El referéndum consultivo del artículo 92 CE: la historia se repite

El segundo de los instrumentos jurídicos que da forma a la democracia participativa en el Estado democrático español es el referéndum consultivo del artículo 92 CE¹⁷. La redacción del artículo ha sido objeto de encendidas críticas tanto por su incorrección técnica como por la ubicación sistemática del propio precepto. La incorrección técnica se observa en que, a pesar de la pretensión de regulación genérica, la gran mayoría de las modalidades quedan al margen del art. 92 CE.

La inclusión en el Capítulo II, Título III bajo la rúbrica “De la elaboración de las leyes” no parece la más afortunada ya que el referéndum consultivo no opera en el campo

¹⁶ Cf. Marco Marco, 2009, p. 2.

¹⁷ Artículo 92. 1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados. 3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

de la actividad legislativa. Es más, se encuentra al margen por completo del proceso de adopción ordinario de actos estatales. La razón de semejante ubicación se encuentra a medio camino entre el descuido y la inercia de un legislador constituyente que prefirió evitar los posibles problemas técnicos derivados de su reencuadre topográfico. (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 210)

Con casi total seguridad el elemento objetivo más polémico es la inconcreción de la expresión *decisiones políticas de especial trascendencia* del artículo 92.1 CE. Un hecho que le ha valido severos reproches por parte de la doctrina¹⁸. El sustantivo *decisiones* remite a una denominación genérica susceptible de referirse a cualquier competencia de cualquier poder. La expresión *políticas de especial trascendencia* no es precisamente un ejemplo de precisión conceptual. Una posible interpretación sería el someter al electorado una opción política de carácter básico susceptible de precisar posteriormente medidas legislativas o de gobierno congruentes con la voluntad popular expresada en la votación (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 215).

La exclusión del referéndum sobre proyectos de ley contribuye a desdibujar aun más su perfil y finalidad jurídica. La indudable ambigüedad de la expresión obedece a un claro propósito: otorgar al Poder Ejecutivo un amplio margen de libertad en su convocatoria. La inexistencia de una tipificación de mínima imposibilita controles externos e incrementa innecesariamente la inseguridad jurídica. (PÉREZ SOLA, 1994, pp. 45-6)

Igualmente polémica es la determinación del alcance del término *consultivo*. La interpretación literal nos dice que se trata de un referéndum de carácter facultativo cuyo objeto no consiste en trasladar la responsabilidad del Gobierno al electorado. La finalidad no es otra que ratificar el estado de la opinión pública y el grado de concordancia con la acción política. Ello implica que el órgano legitimado para su convocatoria puede adoptar la decisión sin necesidad de recurrir previamente al electorado. La decisión ha de estar adoptada con carácter provisional y formalmente aprobada por el órgano competente para ello a expensas únicamente de la ratificación no vinculante del electorado.

Como se verá posteriormente, el legislador orgánico no contribuyó en demasía a concretar el régimen jurídico del referéndum en unos términos que promoviesen la seguridad jurídica y su deseable funcionalidad como derecho de participación ciudadana.

1.2. *El derecho de participación política en la CF 1988: el artículo 14, I, II, III y los artículos 49 XV y 61, § 2º CF*

El legislador constituyente del 88, de forma similar al constituyente español, elevó la participación política al rango de derecho fundamental. La primera nota distintiva es

18 Cf. Santamaría, 2001, pp. 1314 y ss; Pérez Sola, 1994, pp. 43 y ss.

la mayor concisión normativa de un artículo 14 CF¹⁹ en el que se enuncian expresamente los instrumentos jurídicos que dan forma a la democracia participativa: el plebiscito, el referendo y la iniciativa popular.

Los derechos de participación ciudadana del artículo 14 CF tienen por *prima ratio* permitir y garantizar el ejercicio de la soberanía popular. Entre la Constitución y los derechos de participación existe una fuerte relación de interdependencia al ser la intermediación de aquéllos la vía por la cual la Constitución podrá concretar el régimen democrático (GUEDES, 2014, p. 657)

El citado dispositivo es la clave de bóveda de un sistema político sustentado en dos pilares complementarios: el representativo y el directo. Uno y otro están previstos expresamente en el art. 1º del Estatuto Fundamental de la República Federativa de Brasil, si bien su grado de funcionalidad real ha adquirido grados bien diferenciados. (BONAVIDES, 2008, p. 117)

La comprensión del régimen jurídico de las herramientas propias de la democracia participativa requiere igualmente una lectura sistemática de la CF. Por motivos de oportunidad ceñiremos el análisis al referendo y la iniciativa popular.

El referendo es simplemente enunciado en el artículo 14, II. La única alusión expresa realizada es la existencia de reserva de ley para la concreción de su régimen jurídico. La lectura sistemática de la CF no aporta excesivos datos adicionales al respecto. El artículo 49, XV CF, el otro dispositivo regulador del referéndum, no hace referencia a su contenido material ni a los supuestos de uso obligatorio. La única mención específica es la atribución de la competencia exclusiva de autorización al *Congreso Nacional* (en adelante, CN). Una decisión que desliza el grado de intervencionismo que los partidos ejercerán en este derecho ciudadano.

La regulación constitucional de la iniciativa popular goza de mayor densidad normativa que la dispensada al referendo. La concreción de su régimen exige la lectura sistemática de otros artículos de la CF. Sin ir más lejos, el art. 44 CF determina que el Poder Legislativo es ejercido por el CN, hecho que impide que la IP sea un modo alternativo de legislar. El alcance de la iniciativa se restringe a la presentación de proyecto de ley ante la *Câmara dos Deputados*. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 365).

El núcleo del régimen jurídico de la IP se encuentra en el artículo 61, § 2º CF, donde se definen *prima facie* su ámbito material y procedimental. Como se ha afirmado anteriormente, el grado de eficacia material de la iniciativa es directamente proporcionalidad a la amplitud material y la proporcionalidad de los requisitos procedimentales establecidos en sede constitucional.

19 Art. 14 CF. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I. plebiscito; II. referendo; III. iniciativa popular.

El legislador constituyente brasileño fue bien más generoso que su homólogo español a la hora de decidir qué materias serían susceptibles de ser impulsadas vía iniciativa popular. El art. 61 CF no estableció restricciones materiales. El único límite son las competencias exclusivas del art. 61, § 1º, incisos I y II CF en favor de determinados poderes públicos. Por tanto, pueden ser objeto de iniciativa aquellas materias que sean competencias privativas de la *União* y el *CN* reguladas en los artículos 22 a 48 y las propias del artículo 68, § 1º CF no susceptibles de delegación por el *CN* al Presidente de la República. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 367; SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 411)

Las sombras de la regulación constitucional se ciernen en el complejísimo *iter* procedimental del artículo 61, § 2º CF. El proyecto de ley ha de contar con la firma del 1% del electorado nacional, ser materia de repercusión nacional mediante la distribución por un mínimo de 5 Estados y superar un requisito numérico fijado en un mínimo de 3 décimos de los electores de cada uno de los Estados²⁰.

Los condicionantes exigidos al electorado en sede constitucional resultan notablemente desproporcionados si los sometemos al análisis objetivo. La exigencia del 1% del censo electoral nacional equivale a 1.428.220 electores²¹. Una cifra muy superior a la que precisa un diputado federal para ser elegido e investido de la capacidad de presentar proyectos de ley²². (SALGADO, 2006, p. 98; SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 414)

¿Es razonable exigir un número de firmas tan elevado condicionándolo además a una barrera electoral estatal? Responder a esta pregunta requiere considerar previamente factores de tipo geográfico como la dimensión continental de Brasil, la estructura federal del Estado brasileño y su densidad demográfica cercana a los 195 millones de habitantes. Todas estas circunstancias hacen de Brasil un caso particular que dificulta posibles soluciones en Derecho Comparado.

Si se tienen en cuenta todos estos condicionantes, el único país que se acerca a las características estructurales de Brasil es México. El art. 71, IV de la Constitución mexicana contempla el derecho de iniciativa legislativa ciudadana en términos bien más benévolos que la CF²³. El número de firmantes ha de superar el 0,13% de la lista nominal de electores. Un dato que de acuerdo al último padrón electoral de 2012 – 77.738.494 electores – arroja un resultado de 101.060 firmas²⁴. Una simple regla de tres nos revela una cifra

20 En la actualidad se está tramitando en el Senado la PEC 352/2013 que, entre otras medidas, modifica la exigencia del 1% del electorado nacional y la sustituye por un número fijo de 500.000 firmas

21 Datos disponibles en <http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/mobile/2014/07/18/numero-de-eleitores-cresceu-5-desde-a-ultima-eleicao-para-presidente.htm>. (último acceso el 15/07/15).

22 *Vid.* art. 61 CF.

23 Art. 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete: IV. A los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

24 Datos obtenidos en ↑ <http://prep2012.ife.org.mx/prep/NACIONAL/PresidenteNacionalIVPC.html> (último acceso en 15/03/2014)

inferior al diez por ciento de los electores exigidos por la CF. Otra diferencia reseñable es la no exigencia de una determinada cuota electoral en un número mínimo de Estados de la que dependa la admisión de la iniciativa popular.

El balance que cabe realizar de la regulación constitucional de la iniciativa popular es contradictorio. La inexistencia de límites materiales expresos a la iniciativa ciudadana se ve contrarrestada por unos requisitos procedimentales sin parangón en el Derecho Iberoamericano y que superan con mucho las peculiaridades geográficas y demográficas del gigante brasileño.

2. La Regulación Legal del Derecho de Participación Política en los Ordenamientos Español y Brasileño

Es bien sabido que la regulación constitucional suele ser una ordenación de mínimos que permita al legislador operar con la libertad de configuración que en materia de derechos y libertades le corresponde. Por tanto, la definición del régimen jurídico de los derechos fundamentales es una cuestión preferentemente legislativa. En el apartado precedente se han analizado los diversos marcos constitucionales establecidos para los mecanismos de la democracia participativa. El legislador constituyente español fue intencionadamente ambiguo en materia de referéndum y notadamente severo en materia de ILP. Su homólogo brasileño dio un tratamiento bien diferenciado a referéndum e iniciativa popular. Mientras la regulación constitucional del referéndum fue evidentemente ambigua y lacónica la regulación de la iniciativa fue bien más detallista.

El desarrollo legal de los instrumentos de la democracia participativa no presenta grandes similitudes ni de técnica legislativa ni de desarrollo de contenidos en uno y otro ordenamiento. Muy al contrario. Mientras el legislador español desarrolló el referéndum y la ILP en cuerpos legislativos separados – como no podía ser de otra manera y, dicho sea de paso, con desigual fortuna –, el legislador brasileño unificó las tres figuras de la democracia participativa en un único cuerpo legal. Una decisión cuando menos sorprendente si se tiene en cuenta su relevancia en el sostenimiento de la democracia y su condición de proyecciones materiales del derecho fundamental de participación política. Igualmente sorprendente resulta la parsimonia, ¡diez años!, con que el legislador cumplió el mandato constitucional de perfilar en ley el régimen jurídico del plebiscito, referéndum e iniciativa popular. Veremos qué consecuencias cabe extraer de este proceder calificable de inaudita.

2.1. El desarrollo legislativo de los mecanismos de democracia participativa en la CE 1978: la LO 2/1980, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum y la LO 3/1994, de iniciativa legislativa popular

Hemos visto anteriormente que el marco constitucional de referéndum e ILP no permitía albergar fundadas esperanzas sobre un desarrollo legal expansivo. Más bien todo

lo contrario. La vaguedad e imprecisión del artículo 92 CE dejaba en manos del legislador – en definitiva, los partidos mayoritarios – la concesión a la ciudadanía de un poder de ratificación contrario a sus pretensiones de protagonismo exclusivo en el proceso legislativo. En el caso de la iniciativa popular sería el propio legislador constituyente quien en el artículo 87.3 CE marcaría la estrecha senda por la que el legislador orgánico debería transitar.

El análisis de *lege data* no pretende agotar los múltiples matices que afectan al régimen jurídico de ambos instrumentos jurídicos. Se ha optado por seguir el orden cronológico de aprobación de las leyes que darían forma a la democracia participativa. La primera de ellas fue la LO 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las diferentes modalidades de referéndum – en adelante, LOMR 2/80 –. Nuestro objetivo es determinar el *qué, quien y como* se regula este mecanismo participativo en sede legal. El análisis se ceñirá exclusivamente a la modalidad de referéndum consultivo del artículo 92 CE.

El eje sobre el que gravita el régimen jurídico del referéndum consultivo es el polémico artículo 6^o²⁵. Su lectura no deja lugar a dudas sobre la escasez de las aportaciones en pro de un régimen legal garantista. La única contribución – de índole procesal – se limita a requerir la mayoría absoluta del Congreso y la similitud entre el texto a someter a la aprobación del Congreso y la pregunta a plantear en el referéndum.

El exiguo papel que el legislador orgánico reservó al Congreso merece un breve comentario crítico. El Congreso, representante del pueblo español, no tiene competencia ni para incidir en el debate sobre la conveniencia de la consulta ni en la formulación de los términos concretos de la pregunta. Su papel se limita a ratificar la validez de la propuesta del Gobierno mediante mayoría absoluta.

Si el procedimiento de convocatoria y aprobación resulta criticable, causa mayor asombro el silencio legal en relación a los tres elementos funcionales que condicionan la eficacia del referendo: a) Su ámbito espacial; b) La determinación de sus efectos; c) La concreción del ámbito objetivo de las denominadas *decisiones políticas de especial trascendencia*.

En efecto, el legislador pasó de puntillas por estos tres temas. Especialmente criticable resulta la falta de tipificación causal de aquellas circunstancias que posibilitasen la convocatoria del referéndum consultivo. Si a ello le unimos la imposibilidad de su convocatoria mediante la iniciativa ciudadana, el resultado es su desnaturalización como instrumento de democracia participativa y su mutación en herramienta de uso discrecional por el Poder Ejecutivo.

25 Artículo 6. El referéndum consultivo previsto en el art. 92 de la Constitución requerirá la previa autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, a solicitud del Presidente del Gobierno. Dicha solicitud deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta.

El art. 11.2 LOMR supone el golpe de gracia al referéndum consultivo²⁶. Este dispositivo acaba otorgando el control absoluto a los partidos políticos al exigir representación parlamentaria o la superación de la cláusula de barrera electoral del 3% para poder ejercer las facultades que la ley concede a los articuladores del proceso referendario. Ello supone la exclusión automática de las formaciones extraparlamentarias y las organizaciones ciudadanas que pudieran constituirse a tal efecto. Por tanto, las alineaciones y votaciones se hacen depender principalmente de las divisiones de los partidos resultantes de la conformación puntual del arco parlamentario. Este elenco de circunstancias permite afirmar que la ley vigente fomenta principalmente la competición entre aquellos partidos que buscan triunfar haciendo prevalecer su opción en la cuestión planteada. (CRUZ VILLALÓN, 1980, p. 164; SANCHEZ MUÑOZ, 2007, p.5)

La valoración que cabe realizar de los elementos centrales del régimen jurídico del referéndum consultivo es negativa. Su exigua e imprecisa regulación constitucional y su insuficiente desarrollo legal lo convierten en un instituto de participación directa carente de razón de ser. Es especialmente criticable la tutela legal ejercida por unos partidos que en su afán por conservar para sí los espacios de poder y decisión democrática continúan relegando este instrumento jurídico a una posición marginal²⁷.

Como se indicó anteriormente, el régimen legal de la ILP parte de un marco constitucional inequívocamente restrictivo, decisión del constituyente que condicionó notablemente cualquier posible desarrollo expansivo. La regulación original de la figura de la ILP mediante la Ley Orgánica 3/84 terminó por hacer de este instituto de democracia participativa un espejismo jurídico. Su reforma a través de la LO 4/ 2006, de 26 de mayo y la LO 3/2015 han incorporado algunas mejoras de carácter procedimental largamente demandadas.

El régimen legal de la ILP se inicia con la verificación de la idoneidad formal, material y de contenido de la iniciativa ciudadana presentada por la Comisión Promotora. Una fase incipiente en que el momento de mayor relevancia procesal es el juicio de admisibilidad²⁸. La Mesa del Congreso dispone de un plazo de 15 días para determinar si admite

26 Art. 11. 2. Las facultades atribuidas en dicho régimen a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores se entenderán referidas a los Grupos políticos con representación parlamentaria, o a los que hubieran obtenido, al menos, un 3 por 100 de los sufragios válidamente emitidos en el ámbito a que se refiera la consulta, en las últimas elecciones generales celebradas para el Congreso de los Diputados.

27 En este sentido, Aguiar de Luque (1986, p. 16) afirma: [...] en el caso español, la incongruencia se registra en el seno del propio texto constitucional, pues parece difícil conciliar el enunciado del mencionado artículo 92 con el principio de soberanía popular que consagra el artículo 1.2, la configuración de la participación directa como un derecho fundamental (artículo 23.1) o la fuerza vinculante que se otorga a la voluntad popular manifestada en el referéndum constitucional (artículos 167 y 168)”.

28 Artículo quinto. Trámite de admisión de la iniciativa.1. La Mesa del Congreso de los Diputados examinará la documentación remitida y se pronunciará en el plazo de quince días sobre su admisibilidad. 2. Son causas de inadmisión de la proposición: a) Que tenga por objeto alguna de las materias excluidas

o no la ILP. El juicio de admisibilidad es manifiesta excepción a la actividad ordinaria de calificación y admisión del resto de proposiciones de ley, cuya amplitud queda delimitada al control de los requisitos formales y llegado el caso de adecuación al Derecho (CUESTA LÓPEZ, 2008, p.343).

El mínimo de 500.000 firmas es otro de los requisitos procedimentales fijados en el artículo 87.3 CE. Esta cifra y el plazo de 6 meses establecido en la LO 3/1984 para su recogida eran la causa principal de desistimiento de la iniciativa. La LO 4/2006 ha ampliado el plazo a 9 meses y ha establecido una posible extensión adicional de 3 meses siempre que se aprecie por la Mesa del Congreso la existencia de causa mayor²⁹. Si la extensión del plazo es una medida positiva, la atribución de tal facultad a la Mesa del Congreso resulta inconsistente. La razón de tal afirmación es que este órgano se encuentra al margen del seguimiento del proceso y puede desconocer posibles contingencias que justifiquen la extensión.

La fase de tramitación parlamentaria es otro capítulo de especial trascendencia a la hora de determinar la eficacia de la ILP³⁰. La reforma 4/2006 ha introducido dos mejoras procesales plausibles. Por una parte ha acabado con la indeterminación temporal de la regulación anterior al establecer el plazo máximo de 6 meses para su toma en consideración una vez atendidos los requisitos previos. Con ello se ha pretendido evitar que ciudadanos y promotores se vean injustamente afectados por dilaciones provocadas por consideraciones del juego parlamentario o intereses electorales³¹. En segundo lugar, se ha puesto fin

de la iniciativa popular por el artículo 2.ºb) Que no se hayan cumplimentado los requisitos del artículo 3.º No obstante, si se tratase de defecto subsanable, la Mesa del Congreso de los Diputados lo comunicará a la Comisión Promotora para que proceda, en su caso, a la subsanación en el plazo de un mes. c) El hecho de que el texto de la Proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí. d) La previa existencia en el Congreso o el Senado de un proyecto o proposición de Ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa popular y que esté, cuando ésta se presenta, en el trámite de enmiendas u otro más avanzado. e) El hecho de que sea reproducción de otra iniciativa popular de contenido igual o sustancialmente equivalente presentada durante la legislatura en curso. 3. La resolución de la Mesa de la Cámara se notificará a la Comisión Promotora, y se publicará de acuerdo con lo que al efecto disponga el Reglamento del Congreso de los Diputados.

29 Art. 7.3. 3. El procedimiento de recogida de firmas deberá finalizar con la entrega a la Junta Electoral Central de las firmas recogidas, en el plazo de nueve meses a contar desde la notificación a que se refiere el apartado anterior. Este plazo podrá ser prorrogado por tres meses cuando concurra una causa mayor apreciada por la Mesa del Congreso. Agotado el plazo sin que se haya hecho entrega de las firmas recogidas, caducará la iniciativa.

30 Artículo decimotercero. Tramitación parlamentaria.1. Recibida la notificación que acredite haberse reunido el número de firmas exigido, la Mesa ordenará la publicación de la Proposición, que deberá ser incluida en el orden del día del Pleno en el plazo máximo de seis meses para su toma en consideración.2. La tramitación parlamentaria se efectuará conforme a lo que dispongan los Reglamentos de las Cámaras. En todo caso, la persona designada por la Comisión Promotora será llamada a comparecer en la Comisión del Congreso de los Diputados competente por razón de la materia, con carácter previo al debate de toma en consideración por el Pleno, para que exponga los motivos que justifican la presentación de la iniciativa legislativa popular.

31 En este sentido, cf. Larios Paterna, 2008, p. 196.

a la esperpéntica situación anterior en la que la defensa de la proposición de ley estaba limitada a su lectura previamente redactada.

Una de las cuestiones más polémicas del régimen jurídico de la iniciativa era la falta de garantías para que un miembro de la Comisión Promotora compareciese ante el Congreso para su defensa. La LO 3/2015 ha puesto fin a esta situación de indefensión procesal al obligar a la Comisión del Congreso competente en razón de la materia a solicitar la comparecencia del experto designado por la Comisión con anterioridad al debate de toma de consideración por el Pleno³².

Una garantía procesal relevante es el no decaimiento de la iniciativa en tramitación por la disolución de una de las Cámaras³³. La Mesa del Congreso puede decidir la re-tracción de la iniciativa a la fase que estime conveniente con el límite de exigir acreditar nuevamente la validez de las firmas. La única excepción sería un cambio radical en la composición de las Cámaras tras un pleito electoral.

El articulado de la ley concluye con el resarcimiento de los gastos a la Comisión Promotora por el Estado de aquellas proposiciones de ley que hubieran alcanzado la tramitación parlamentaria³⁴. No se precisa la toma de consideración por parte de las Cámaras para su devengo. La ley fija un techo de 300.000€ convenientemente actualizados según IPC. Esta reforma supone la eliminación de una traba no menor a la hora de iniciar un proyecto de ley ciudadana y, en consecuencia, un estímulo a su presentación.

¿Qué valoración podemos realizar de este marco jurídico? Puede afirmarse tranquilamente que el régimen legal de la iniciativa legislativa popular es susceptible de mejores que incrementen las garantías de la Comisión Promotora y la transparencia del procedimiento. Un claro ejemplo es posibilitar su retirada cuando en su tramitación parlamentaria se produzcan cambios de tal envergadura que desnaturalicen la propuesta original.

32 Artículo decimotercero. Tramitación parlamentaria. 1. Recibida la notificación que acredite haberse reunido el número de firmas exigido, la Mesa ordenará la publicación de la Proposición, que deberá ser incluida en el orden del día del Pleno en el plazo máximo de seis meses para su toma en consideración. 2. La tramitación parlamentaria se efectuará conforme a lo que dispongan los Reglamentos de las Cámaras. En todo caso, la persona designada por la Comisión Promotora será llamada a comparecer en la Comisión del Congreso de los Diputados competente por razón de la materia, con carácter previo al debate de toma en consideración por el Pleno, para que exponga los motivos que justifican la presentación de la iniciativa legislativa popular.

33 Artículo decimocuarto. No caducidad de las proposiciones en caso de disolución de las Cámaras. La iniciativa legislativa popular que estuviera en tramitación en una de las Cámaras, al disolverse ésta no decaerá, pero podrá retrotraerse al trámite que decida la Mesa de la Cámara, sin que sea preciso en ningún caso presentar nueva certificación acreditativa de haberse reunido el mínimo de firmas exigidas.

34 Artículo decimoquinto. Compensación estatal por los gastos realizados. 1. El Estado resarcirá a la Comisión Promotora de los gastos realizados en la difusión de la proposición y la recogida de firmas cuando alcance su tramitación parlamentaria. 2. Los gastos deberán ser justificados en forma por la Comisión Promotora. La compensación estatal no excederá, en ningún caso, de 300.000 euros. Esta cantidad será revisada anualmente por los órganos de gobierno de las Cámaras de las Cortes Generales con arreglo a las variaciones del Índice de Precios de Consumo.

A nadie escapa a estas alturas que el principal obstáculo es de índole constitucional. Mientras no se reforme el artículo 87.3 CE, se eliminen completamente las restricciones materiales y se reconduzcan las limitaciones procedimentales a criterios proporcionales – la reducción del número de firmas es esencial – la ILP continuará siendo poco más que pura retórica constitucional.

2.2. *El desarrollo legislativo de los mecanismos de democracia participativa en la CF 1988: la lei 9.709, de 18 de novembro*

Ya advertimos en apartados precedentes la incorrección de la técnica legislativa empleada por el legislador ordinario a la hora de concretar el régimen jurídico de referendo e iniciativa popular en un único cuerpo legal, la *lei 9.709/98, de 18 de novembro*. Se entiende que la naturaleza de uno y otro de proyecciones primarias del derecho fundamental de participación política exigía un tratamiento legal individualizado y sistemático a la altura de su importancia. Quizás la explicación se encuentre en la tardanza con que el legislador cumplió el mandato constitucional de desarrollar tales derechos ciudadanos al relegar la concreción de su régimen jurídico por tiempo de una década.

Respetando la lógica seguida por el legislador comenzaremos por el análisis de *lege data* del referéndum. La generalidad de la regulación constitucional redobla la necesidad de acudir a la *lei 9.709/98* – concretamente a los artículos 2º y 3º y 10º a 12º – para perfilar su régimen jurídico. La indefinición conceptual que afecta al referéndum en sede constitucional fue reconducida por el legislador en el artículo 2º al definirlo como *consulta formulada al pueblo para que delibere sobre materia de acentuada relevancia constitucional, legislativa o administrativa*.

La expresión *materia de acentuada relevancia* recuerda a la calculada ambigüedad del legislador constituyente español como una gota de agua se parece a otra. Su indefinición plantea las siguientes dudas: ¿qué debe entenderse por materia de acentuada relevancia? ¿Quién determina que es o no relevante? ¿Puede hablarse de materia constitucional que no sea de especial relevancia? Una definición de mínimos sería aquella según la cual se espera el sometimiento al electorado de las opciones políticas básicas en la vida comunitaria que requerirán posteriormente medidas de gobierno y/o legislativas de acuerdo al sentido de la votación³⁵.

Lo que no admite dudas es que tras la calculada ambigüedad se esconde la intención del legislador de dotar a los representantes – uno y otros en definitiva surgen y dependen de los partidos políticos – de un amplio margen de libertad decisoria que se vería reducida de existir una tipificación causal aunque fuese de mínimos.

35 Cf. Mesquita Benevides, 1996, p. 137.

El ámbito material del referéndum fue definido por el legislador ordinario en unos términos que cabría definir como generosos y ambiguos a un tiempo al permitirlo – al menos formalmente – sobre cualquier materia constitucional, legislativa o administrativa³⁶. Esta generosidad se ve empañada por la inexistencia de tipificación alguna respecto de su convocatoria obligatoria. La inexistencia de referéndum obligatorio, ni tan siquiera para aquellos supuestos de reforma constitucional especialmente relevantes, debilita en gran medida la eficacia real del referéndum como instrumento de participación directa. Es el CN quien decidirá *qué, cómo y cuándo* procede la autorización de referendo de acuerdo al artículo 49, XV CF.

Un elemento central de la eficacia material del referéndum es la atribución o no de efectos jurídicos vinculantes. El legislador brasileño despejó cualquier duda al atribuirle carácter vinculante³⁷. Comentario aparte merece la exigencia en el artículo 3º de Decreto Legislativo como norma que materializa la consulta popular³⁸. Al introducir esta exigencia en sede legal el legislador implantó una dificultad añadida al régimen establecido en el artículo 109, § 2 del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados* (en adelante, RICD)³⁹. Este dispositivo nos dice que los proyectos de decreto legislativo y de resolución pueden ser presentados por cualquier Diputado o Comisión siempre que no sean privativos de la Mesa u otro colegio específico. La *lei 9.709/98* creó un órgano colegiado específico para este tipo de decreto añadiendo otra dificultad a la utilización de los mecanismos de participación popular, máxime al no explicitar la posibilidad de iniciativas concurrentes entre los diputados individuales y el colectivo designado en sede legal⁴⁰.

La dinámica procesal del referendo, otro aspecto polémico, es regulada en el artículo 11º⁴¹. El legislador ha establecido el plazo de treinta días a contar tras la promulgación de la ley o edición del acto normativo. No es inútil recordar el carácter facultativo de su convocatoria y la competencia exclusiva del CN para la misma.

La regulación del artículo undécimo resulta contradictoria con el objetivo de promocionar el pluralismo informativo en el artículo octavo. El plazo de treinta días es

36 Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

37 Art. 2º. [...]. § 2º .O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

38 Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

39 Art. 109. § 2º Os projetos de decreto legislativo e de resolução podem ser apresentados por qualquer Deputado ou Comissão, quando não sejam de iniciativa privativa da Mesa ou de outro colegiado específico.

40 Cf. Melo, 2001, pp. 185-86.

41 Art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.

manifiestamente insuficiente para posibilitar campañas informativas mínimamente eficaces. La deseable promoción de la seguridad jurídica no ha de ahogar el debate público en cuestiones que por su propia relevancia política precisan de un periodo de reflexión prolongado. Por último, el artículo 12º de la *lei 9.709/98* delega la determinación de los pormenores procedimentales del referendo al *Regimento Comum do Congresso Nacional*. En el momento que se escriben estas líneas no hay regulación adicional alguna en el mismo.

El análisis del régimen jurídico aquí realizado impide enarbolar la bandera del optimismo sobre la funcionalidad del referendo como mecanismo de empoderamiento de la ciudadanía y elemento de control adicional de la labor de los representantes. La finalidad de la ley es reforzar la posición de dominio y control del CN definida *prima facie* en el artículo 49, XV.

Las atenciones dadas por el legislador ordinario al otro de los institutos jurídicos de la democracia participativa, la iniciativa popular, son manifiestamente insuficientes. El régimen normativo se perfila en los artículos 12º a 14º de la *lei 9.709/98*. Llama poderosamente la atención que el principal mecanismo de democracia participativa sea merecedor de un régimen jurídico tan parco en comparación al dispensado al referendo. El citado cuerpo legal apenas introduce novedades relevantes a lo dispuesto por el artículo 61, § 2º CF.

El artículo 13º reproduce las condiciones procedimentales que el electorado habrá de cumplir⁴². El proyecto de ley ha de contar con la firma del 1% del electorado nacional; ser materia de repercusión nacional mediante la distribución por un mínimo de 5 Estados; y por último superar un requisito numérico fijado en un mínimo de 3 décimos de los electores de cada uno de los Estados.

Los § 1º y 2º del artículo 13º regulan la fase de tramitación parlamentaria de la IP con desigual fortuna⁴³. Es bien sabido que en esta fase la regulación debe orientarse a implementar una serie de medidas que favorezcan la transparencia procesal. Optar por maximizar las posibilidades de interacción entre los promotores de la iniciativa – una Comisión representativa – y el órgano legislativo interno competente tendrá incidencia directa en la eficacia del derecho. Veamos en qué grado cumple la regulación vigente esta recomendación.

42 Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. § 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

43 Art. 13. § 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

El § 1º establece un primer límite procesal lógico: la unidad de materia. El § 2º establece una garantía parcialmente acertada como es la imposibilidad de rechazar el proyecto de ley por vicios de forma. Decimos parcialmente al entender errónea la atribución de la competencia exclusiva al órgano legislativo correspondiente de la *Câmara dos Deputados*. La transparencia procesal demanda garantizar la participación de alguno de los promotores del proyecto en la fase de tramitación parlamentaria.

Otro de los aspectos vitales que maximiza la eficacia real de la IP es el conjunto de garantías otorgadas a los promotores en la fase de elaboración parlamentaria de la ley. El artículo 14º deja en manos de la *Câmara dos Deputados* – a través de su *Regimento Interno* – la elaboración del proyecto de ley⁴⁴. En líneas generales su tramitación es similar a los diferentes actos normativos con fuerza de ley establecidos en el artículo 61 CF. Lamentablemente en este punto, como en el de tramitación parlamentaria, el legislador no ha posibilitado la intervención directa por parte de los promotores en la defensa del proyecto de ley.

Una cuestión con manifiesta incidencia en la eficacia de la IP es la relativa al resarcimiento de los gastos ocasionados con su presentación. La CF exige la superación de una barrera electoral en varios Estados. Ello impone a los promotores contar con una capacidad logística nada desdeñable y a buen seguro costosa en términos financieros. Pues bien, la *lei 9.709/98* nada dice acerca del posible resarcimiento de los gastos ocasionados en el caso de que la iniciativa llegase a la fase de tramitación parlamentaria.

El régimen legal no ha contribuido a perfilar un régimen jurídico mínimamente garantista allí donde el legislador disponía de libertad de configuración. Llama poderosamente la atención que el legislador no considerase que la naturaleza y relevancia de la IP – proyección de un derecho fundamental – mereciese un cuerpo legal específico. Todo lo contrario. No puede sino calificarse de conducta impropia del titular del Poder Legislativo el dispensar ¡dos artículos! específicos en los cuales se limita a reforzar la posición de dominio de la *Câmara dos Deputados* en las fases de tramitación y elaboración parlamentaria.

3. El Principio de Democracia Interna en las CE 1978 y CF 1988

3.1. La regulación constitucional del artículo 6 CE

La CE se enmarcó dentro de los textos constitucionales que reconocen la relevancia que las funciones desarrolladas por los partidos tienen para el correcto engranaje institucional de la democracia⁴⁵. La ubicación sistemática que el legislador constituyente les

44 Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

45 Un encuadre que será prontamente reconocido por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 3/81, F.J. 1, la 85/86, F.J. 2 y, sobre todo, la 48/2003, F.J. 5.

otorgó es buena prueba de ello. Su inclusión como parte del Título Preliminar les otorga una protección constitucional al formar parte del procedimiento agravado de reforma constitucional del artículo 168 CE.

El artículo 6 CE define en líneas generales el marco de actuación de los partidos. En primer lugar, sintetiza las funciones que desempeñan en el Estado democrático – expresan el pluralismo político, concurren a la formación y expresión de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. En segundo lugar, garantiza la libertad creación y actividad con el lógico límite del respeto a la Constitución y la ley. Este conjunto de prerrogativas justifica el mandato constitucional *in fine* de adoptar un funcionamiento y organización interna que resulte compatible con los principios básicos del Estado democrático.

El reconocimiento constitucional del principio de democracia interna es una necesidad inherente a la democracia. Es bien sabido que los partidos son cuerpos intermedios privilegiados entre la sociedad y el Estado. El elenco de funciones con relevancia constitucional que desempeñan habla por sí solo. Entre ellas destaca su protagonismo como garantes primarios de la vigencia del derecho de participación política. La trascendencia que esta función tiene para el propio Estado democrático – al posibilitar la interacción y futuro incorporación del ciudadano a las instituciones estatales – justifica el mandato constitucional de contar con una organización y funcionamiento interno democráticos. La concreción del mandato es función que corresponde desarrollar al legislador orgánico en unos términos que resulten compatibles con el derecho de autoorganización de los partidos.

La democracia interna es una barrera frente a la «natural» tendencia de los partidos a la *fabricación* de oligarquías dominantes y un factor de estabilidad y legitimación del sistema democrático⁴⁶. La intervención del legislador debe centrarse en tres aspectos elementales: a) Maximizar la participación de los afiliados en los procesos internos de toma de decisiones; b) Reconocer y garantizar un amplio catálogo de derechos fundamentales a los afiliados y; c) Establecer mecanismos de control sobre los dirigentes⁴⁷.

El fin último del principio de democracia interna es promover la existencia real de una estructura orgánica y una gestión y control del poder “de abajo arriba”. Puede afirmarse tranquilamente que la democracia interna es *conditio sine qua non* para que los partidos políticos puedan cumplir las funciones que le son encomendadas por el artículo 6 CE (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, pp. 463).

La concreción legal del principio de democracia interna ha de resultar compatible con el derecho de autoorganización del que los partidos son titulares. La regulación legal

46 Cf. Murillo de la Cueva, 2003, p. 32.

47 En sentido similar, cf. Pérez-Moneo, 2012, p. 123.

ha de ser general y dotada de una abstracción jurídica tal que permita a los partidos elegir libremente de entre los varios modelos de organización democráticos existentes aquel que mejor se ajuste a su ideología y programa. Los Estatutos pueden libremente ampliar el catálogo de derechos legalmente reconocidos y añadir cuantas garantías jurisdiccionales entiendan necesarias para la protección del afiliado frente a los órganos del partido.

El contenido imperativo de la ley debe garantizar el reconocimiento legal de aquellos derechos que incidan directamente en el adecuado cumplimiento de las funciones constitucionales del artículo 6 CE. Serían «derechos de configuración legal» con un grado de protección jurisdiccional elevado. El resto de derechos serían «derechos de configuración estatutaria» en la que los partidos tendrían un amplio margen de configuración y la capacidad fiscalizadora del Estado sería menor. La ley debe igualmente proveer un contenido imperativo respecto de la estructura y organización de los órganos directivos que reproduzca los principios elementales de la democracia: la renovación periódica de las élites dirigentes y la rendición de cuentas. La definición de los pormenores entraría en el contenido esencial del derecho de autoorganización de los partidos.

La LO 6/2002 continúa siendo un marco manifiestamente mejorable en materia de democracia interna. Que el legislador dispone de un margen de configuración amplio a la hora de concretar el mandato constitucional de democracia interna de acuerdo a los diferentes modelos de concreción del mismo nadie lo discute. No obstante, se entiende que la existencia de un margen de configuración es compatible con el reconocimiento legal al afiliado de todos los derechos fundamentales. En este caso, el margen del legislador ha de reducirse considerablemente⁴⁸.

El análisis individualizado de los derechos del afiliado excede con mucho el propósito de este artículo. Baste aquí afirmar que la LOPP reconoce de entre los derechos del afiliado la participación en las actividades del partido, en los órganos de gobiernos y representación, el ejercicio del derecho de voto, el sufragio activo y pasivo para los cargos del partido y la existencia a la Asamblea General de acuerdo con los Estatutos, el derecho de información e impugnación de acuerdos⁴⁹. Más que el grado de densidad normativa

48 En sentido similar, cf. Virgala Foruria, 2015, p. 254. En sentido contrario, cf. Giménez Flores, 1998, p. 197.

49 Artículo 8. Derechos y deberes de los afiliados. 1. Los afiliados a los partidos políticos deben ser personas físicas, mayores de edad, y no tener limitada ni restringida su capacidad de obrar. 2. Los estatutos de los partidos políticos podrán establecer diferentes modalidades de afiliación en función del nivel de vinculación al partido político. Los afiliados de una misma modalidad tendrán iguales derechos y deberes. 3. Los partidos políticos dejarán constancia de la afiliación de sus miembros en el correspondiente fichero que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

4. Los estatutos contendrán una relación detallada de los derechos de los afiliados, incluyendo, en todo caso, respecto a los de mayor vinculación al partido político, los siguientes: a) A participar en las

de estos derechos, objeto de polémica doctrinal, sorprende la no regulación legal del derecho a la libertad de expresión. Estamos ante un derecho que condiciona el significado de todos los demás.

La consideración de la libertad de expresión como «derecho estatutario» nos parece equivocada. Los conflictos internos suelen surgir por el control de la organización. En este sentido, aquellos particularmente enconadas suelen resolverse con la apertura de expedientes disciplinarios que depuren a las minorías “incómodas”. En este punto está en juego el derecho a la libertad de expresión, garantía imprescindible de cualquier democracia digna de tal nombre. Los Estatutos, por el contrario, suelen reconocer este derecho limitándolo al ámbito interno del partido. Ello refuerza el que en la gestión de los conflictos internos se acabe imponiendo la disciplina interna frente al libre ejercicio de un derecho fundamental del afiliado. La libertad de expresión es *conditio sine qua non* de la participación activa en el proceso político y aquellos comportamientos dirigidos a perpetuar una posición con carácter indefinido atentan contra el principio democrático. (VÍRGALA FORURIA, 2015, p. 260; FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 200)

3.2. *El artículo 17 CF: la ausencia de reconocimiento del principio de democracia interna*

El artículo 17 CF es el epicentro del régimen constitucional de los partidos⁵⁰. La lectura de su contenido revela la relevancia que los partidos pasarían a tener en el engranaje institucional del Estado brasileño. El encabezamiento del antedicho artículo expresa inequívocamente la voluntad de garantizar la libertad de creación, fusión, incorporación

actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos. b) A ser electores y elegibles para los cargos del mismo. c) A ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica.

d) A impugnar los acuerdos de los órganos del partido que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos. e) A acudir al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado.

- 50 Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006) § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

y extinción de los partidos. Esa libertad está condicionada a la adhesión activa de los partidos de una serie de principios elementales del sistema democrático y la configuración de su estructura organizativa a ciertos parámetros funcionales e institucionales⁵¹.

La lectura del § 1º del artículo 17 CF nos permite ponderar la posición del constituyente del 88 en relación al principio de democracia interna. El objetivo primario es garantizar el derecho de autoorganización y libertad interna de los partidos en la definición de su estructura y funcionamientos internos. El mandato constitucional *in fine* exige a los partidos que incorporen en sus Estatutos normas que garanticen la fidelidad y disciplinas partidarias.

El legislador constituyente resolvió otorgar un voto de confianza al buen hacer y autocontención de los partidos al inclinar la balanza en favor del principio de libertad y autoorganización interna. El Estado tendría una capacidad de intervención mínima en la organización de la estructura y la vida interna de los partidos. En esta decisión influyó notablemente una historia constitucional salpicada de continuos episodios de intervencionismo y fiscalización estatal contraria a la libertad de acción partidaria.

Las funciones que el constituyente otorgó a los partidos – entre las que destaca *motu proprio* su condición de articulador único del derecho de sufragio pasivo⁵²– no justificó la introducción del principio de democracia interna como límite expreso al derecho de autoorganización. El ejercicio del derecho de sufragio se hace depender de la afiliación a un partido político y las garantías inherentes a su vigencia real se hacen depender de su reconocimiento en los Estatutos. Una labor en la que los partidos cuentan con un grado de libertad de configuración prácticamente omnimoda.

Este cumulo de circunstancias nos permite afirmar que la democracia interna fue considerada por el legislador constituyente una materia *interna corporis* en la que los partidos tendrían una libertad de configuración amplísima. La jurisprudencia del STE ha reforzado la posición de predominio de los partidos al considerar los Estatutos como normas de Derecho objetivo de naturaleza similar a la *lei complementar*⁵³. Ello reduce a la *lei dos partidos* 9.096/95, ley ordinaria, a una posición secundaria como norma reguladora de la organización y estructura interna de los partidos.

La lectura de los artículos 4º, 14º y 15º de la *lei 9.096/95* confirma complementemente este punto⁵⁴. La remisión que el legislador hace de la regulación de los elementos centrales

51 Un análisis detallado puede verse en Mezzaroba, 2014, p. 690-99.

52 Art. 14. [...]. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...]V - a filiação partidária.

53 Vid. TSE, Resolução n. 14.247, de 26 de abril de 1994.

54 Art. 4º Os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres. Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

de la democracia interna – derechos de los afiliados y configuración de los órganos directivos – a los Estatutos del partido termina por hacer de la democracia interna una materia *interna corporis*. La restricción de la capacidad de intervención del legislador a su mínima expresión y la indisimulada pereza de los partidos a la autocontención de sus esferas de poder ha acabado provocando una situación que, de acuerdo con parte de la doctrina brasileña, resulta incompatible con los principios elementales del gobierno democrático⁵⁵.

4. Conclusiones

Las CE 1978 y CF 1988 reconocen la participación política como un derecho fundamental de indudable trascendencia para el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. La acción ciudadana en el Estado democrático ha de articularse por dos medios aparentemente complementarios: la elección libre de un cuerpo de representantes políticos y la participación directa en las instituciones y en la ratificación de las leyes del Estado a través de la iniciativa legislativa popular y el referendo respectivamente. En el adecuado equilibrio entre estos dos ejes cardinales descansa la construcción de una democracia auténticamente participativa.

Este reconocimiento formal no se corresponde con la regulación material del derecho de participación política en ambas Constituciones. La regulación constitucional de la ILP en el artículo 87.3 CE es de una severidad tal que la reduce a poco menos que a pura retórica constitucional. El golpe de gracia se lo propina una LO 3/1984 al regular un procedimiento que refuerza la posición de dominio de los representantes frente a la Comisión Promotora en unos términos que generan notoria inseguridad jurídica. Otro tanto puede decirse de la regulación constitucional del referéndum consultivo del artículo 92 CE y su desarrollo legal en la LOMR 2/1980. La consecuencia directa es la consolidación de los partidos como articuladores monopolísticos de la participación ciudadana en el Estado.

El diseño de la CF 1988 no difiere sustancialmente de su homóloga española. La generosidad material con que el legislador trató a la iniciativa popular del artículo 61, § 2º CF se ve contrarrestada con unos requisitos procedimentales sin parangón en el Derecho comparado iberoamericano que reducen drásticamente su funcionalidad real. El desarrollo legal de la *lei 9.709/98* refuerza la posición de dominio de los representantes en la

Art. 15. O Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: I - nome, denominação abreviada e o estabelecimento da sede na Capital Federal; II - filiação e desligamento de seus membros; III - direitos e deveres dos filiados; IV - modo como se organiza e administra, com a definição de sua estrutura geral e identificação, composição e competências dos órgãos partidários nos níveis municipal, estadual e nacional, duração dos mandatos e processo de eleição dos seus membros; V - fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa; VI - condições e forma de escolha de seus candidatos a cargos e funções eletivas;

⁵⁵ Cf. Aras, 2011.

tramitación parlamentaria de la iniciativa. Una calificación similar merece el referéndum del artículo 49, XV y la *lei 9.709/98*. La regulación constitucional y desarrollo legal coloca en manos del *Congresso Nacional* la funcionalidad real de este mecanismo de participación ciudadana. Los partidos acaban por tutelar, al igual que en el sistema político español, la participación de los ciudadanos en las instituciones estatales.

El otro vector del funcionamiento de una democracia son los partidos políticos. El reconocimiento constitucional expreso en ambas Constituciones como integrantes de su «núcleo duro» habla por sí solo de su peso específico en el engranaje institucional democrático. Donde difieren uno y otro texto constitucional es en el entendimiento de las relaciones entre el Estado y los partidos. Mientras el legislador constituyente español entendió que el principio de democracia interna habría de ser un límite constitucional expreso a la libertad de configuración interna de los partidos, su homólogo brasileño hizo de la libertad de organización interna y la disciplina y fidelidad partidaria los ejes de acción interna de los partidos. El principio de democracia interna sería relegado a una cuestión *interna corporis* de amplia disposición estatutaria.

El desarrollo legal de la democracia interna en España sigue siendo objeto de fuerte polémica doctrinal. Los reproches comunes suelen poner de manifiesto la vaguedad con que el legislador ha regulado los derechos de los afiliados y el funcionamiento interno de los órganos de dirección en la LOPP 6/2002. Esta situación adquiere perfiles aún más notorios en la *lei 9.096/95* ya que el legislador constituyente hizo de los Estatutos la norma referente en materia de organización y estructura internas. La democracia interna sería relegada a la condición de materia *interna corporis* de amplia disposición estatutaria.

Las insuficiencias de la legislación española y la consideración de la democracia interna como materia *interna corporis* en el ordenamiento brasileño tienen repercusión directa en la crisis que afecta a ambos modelos democráticos. No resulta coherente con un sistema que hace de la participación política eje cardinal de su democracia el que sus principales actores se estructuran internamente de tal forma que la vigencia real del citado derecho de participación quede en entredicho.

La reconducción de esta situación requiere adoptar reformas constitucionales y legales que refuercen la eficacia material del derecho de participación política en dos dimensiones complementarias: en la institucional, permitiendo a la ciudadanía interactuar adecuadamente en y con las instituciones estatales; en la partidaria, garantizando adecuadamente los derechos de participación de los afiliados en los partidos y estableciendo un marco imperativo de mínimos que garantice una organización interna compatible con la renovación de las élites y la petición de responsabilidades características de la democracia como sistema de gobierno.

5. Referencias

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. 102, 1986, pp. 5-16.
- _____. Artículo 23. Derecho de participación. In ALZAGA VILLAAMIL (Dir.) *Comentarios a las Leyes Políticas*. Madrid: Edersa, 1984.
- ARAGÓN, Manuel. La iniciativa legislativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 16, 1985, pp. 287-312.
- ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra) partidárias*. São Paulo: Edipro, 2011.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. La nueva ley de iniciativa legislativa popular. *Revista española de derecho constitucional*, n. 78, 2006, pp.187-218.
- ASTARLOA VILLENA, Francisco. La iniciativa legislativa popular en España. *Teoría y realidad constitucional*, n. 10-11, 2002, pp. 273-321.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23. *Revista General de Derecho*, n.512, 1987, pp.3913-46.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa*, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. La participación social en el procedimiento legislativo. *Revista de Derecho Político*, nº 89, 2014, pp. 175-204.
- CASTELLÁ ANDREU, Josep M^a. Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad. In TUDELA ARANDA, José *et al. Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.5, jul. 2013, pp. 202-29.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 13, 1980, pp. 145-68.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor. *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2008.
- ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis. *El régimen constitucional español 1*. Barcelona: Labor, 1982.
- FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda. El régimen de los partidos en Alemania. *Teoría y realidad constitucional*, n.31, 2013, pp. 457-502.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 15 ed. Navarra: Civitas, 2011.
- GUEDES, Néviton. Capitulo IV. Dos Direitos Políticos. Arts. 14 a 16. In GOMES CANTILHO, Joaquim Jose *et al. Comentários à Constituição do Brasil*, 1 ed, 5^a tir. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.654-89.

- HERRERO R. DE MIÑÓN, Miguel. Los partidos políticos como estamentos privilegiados: ideas para su reforma. In ARAGÓN REYES, Manuel *et al.* La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Congreso de los Diputados *et al.*, 2002, pp. 201-22.
- LARIOS PATERNA, María Jesús. Participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo: la nueva regulación de la iniciativa legislativa popular y las comparecencias legislativas. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, pp. 183-222.
- _____. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 38/39, 2002, pp. 207-18.
- MARCO MARCO, Joaquín J. La iniciativa legislativa popular en España (o el mito de Sísifo). *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 8, 2009, pp. 1-33.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. *La iniciativa legislativa popular como instrumento de participación ciudadana en el siglo XXI*. Madrid: Fundación Ideas, 2012.
- MELO, Mônica de. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular. Mecanismos constitucionais de participação popular*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo. La iniciativa legislativa popular. *Las Cortes Generales*, vol. III. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987, pp. 1721-38.
- MEZZARROBA, Orides. Capítulo V. Dos Partidos Políticos. Art. 17. In GOMES CANTILHO, Joaquim José *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 690-99.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. La estructura interna y el funcionamiento democráticos de los partidos políticos. *Justicia Electoral*, n. 18, 2003, pp. 31-8.
- PÉREZ ALBERDI, M^a. Reyes. *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 5 ed. Madrid: Trotta, 1993.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PÉREZ SOLA, Nicolas. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén: Universidad de Jaén, 1994.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos, 2003.

- RAMÍREZ, Manuel. *La participación política*. Madrid: Tecnos, 1985.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Partidos políticos y democracia*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ROMANELLI DA SILVA, Daniela. *Democracia e direitos políticos*. São Paulo: Imprensa, 2005.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. *La ciudadanía perpleja. Claves y dilemas del sistema electoral español*. Madrid: Laberinto, 2006.
- SALGADO, Eneida Desiree. Iniciativa popular de leis. As proposições, o positivado e o possível. *Revista de Informação Legislativa*, n. 169, 2006, pp. 95-100.
- SARLET, Ingo; ALMAGRO David. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. *Estudios Constitucionales*, año 11, nº. 1, 2013, pp. 381-424.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. Las campañas institucionales de información previas a los referendos. *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 3, 2007, pp. 1-33.
- SANTAMARIA, J. El art. 23. In GARRIDO FALLA, Fernando *et al. Comentarios a la Constitución*, 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 511-25.
- VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1 ed., 6ª reimp. Madrid: Tecnos, 2007.
- VIRGALA FORURIA, Eduardo. “Crisis de la representación y democracia directa en España”. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 29, 2013, pp. 11-23.

O «DIREITO À SAÚDE»: «DIREITO SOCIAL ESPECIAL» DIGNO DE TUTELA IDÊNTICA À DOS «DIREITOS DE LIBERDADE»(?)

ISA FILIPA ANTÓNIO DE SOUSA

Doutora em Direito Administrativo/Contratação Pública, pela Universidade de Santiago de Compostela, cuja tese é intitulada: «As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advento do estado Mínimo de Regulação e o direito de acesso à saúde» e Docente no Instituto Politécnico do Porto.

Resumo

Este trabalho visa problematizar a qualificação tradicional do direito à saúde como direito constitucional social e enquanto tal, como uma efectividade diminuída quando comparado com os direitos constitucionais de “primeiro grau” ou denominados de “direitos de liberdade”.

Neste artigo é assumida a posição que defende a elevação do direito à saúde à categoria de direito de primeiro grau, porquanto é um direito imprescindível à garantia e efectividade do direito à vida e por virtude da própria dignidade humana.

O direito à saúde é um direito humano, o qual constitui parte integrante do direito à cidadania em termos universais. O direito à saúde comunga da universalidade e imprescindibilidade, tal como sucede com o direito à vida, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Palavras-chave

Direitos humanos; Direitos sociais; Direito à saúde; Dignidade; Garantia e efectividade; Sustentabilidade; Princípio da reserva do financeiramente possível.

Abstract

This study aims to problematize and explain the traditional qualification of the right to health as a “social right” and concerns to overcome the idea of a diminished effectiveness when compared to the constitutional rights of “first degree” or called “rights of freedom”.

We advocate the elevation of the right to health to the rank of “first degree right” for it is an essential right to guarantee and effectiveness of the right to life and by imposition of human dignity principle.

The right to health is a human right, which is an integral part of the right to citizenship in universal terms. The right to health shares the universality and indispensability, as with the right to life enshrined in the Universal Declaration of Human Rights.

Key words

Human rights; Social rights; Right to health; Dignity; Assurance and effectiveness; Sustainability; Principle of the financially possible.

1. **Direitos Sociais: «mais que *direitos jusfundamentais*, verdadeiros *direitos humanos*»**

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet existe a possibilidade de procedermos à distinção entre «direitos humanos» e «direitos fundamentais», sendo que estes últimos consubstanciam-se em opções políticas do poder legiferante com vista a tutelar posições jurídicas que nem sempre constam dos tratados ou que não encontram fundamento directo na dignidade da pessoa humana. E, nestes termos, os «direitos fundamentais» assumir-se-iam como reivindicações reconhecidas pelo pacto social e político firmado entre o Estado e o cidadão, enquanto pressupostos e condições essenciais à existência de uma sociedade política democrática e livre¹.

Por sua vez, os direitos humanos consistem, por definição, em direitos inerentes ao Homem e à própria condição humana, assumindo-se como irrevogáveis, inalienáveis e irrenunciáveis². Consistem, ainda numa outra vertente, em reivindicações relativas a bens primários ou básicos imprescindíveis à dignidade humana, independentemente de factores como o *status* social, o sexo, a etnia, a nacionalidade da pessoa, entre outros³.

Os direitos humanos são, acima de tudo, fruto da história da civilização humana, tendo transitado de uma universalidade abstracta característica do jusnaturalismo para uma realidade concreta mediante a sua positivação por parte dos Estados e até mesmo

1 *Vide* INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 50 e 51.

2 *Vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, Autor que define “direitos humanos” do seguinte modo: «Por su propia definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitário, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social (...)». Continua este Autor, «Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente: la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral mínima que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo». Neste sentido, *vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.18 e 19.

3 Neste sentido, *vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.18.

através da sua internacionalização, da qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos é paradigma.

A condição de “direitos fundamentais” encontra-se vinculada essencialmente à ideia de que estes consistem em «direitos reconhecidos e assegurados pelas Constituições e os quais segundo Dworkin encerram, em si mesmos, verdadeiros «triunfos contra as maiorias», encontrando-se, em conformidade com a sua relevância para aquele específico ordenamento político e social, em maior ou menor medida, subtraídos à plena disponibilidade dos poderes constituídos», *maxime* os poderes estatais⁴, os quais não podem de forma alguma adoptar medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza que sejam susceptíveis de conduzir ou de favorecer o seu esbatimento, enfraquecimento ou eliminação. Fará sentido, a este propósito, trazer à colação o princípio da proibição da reversibilidade, também designado de princípio do não retorno ou ainda, de proibição do retrocesso social.

De acordo com o entendimento preconizado por Rodrigo García Schwarz, revela-se imperiosa a aceitação de uma nova perspectiva acerca dos direitos sociais, porquanto a efectividade de quaisquer direitos humanos intrinsecamente assentes na dignidade humana assim o exige.

Por outras palavras, os direitos sociais relacionam-se intrinsecamente com a dignidade humana, com a liberdade e a autonomia da pessoa. Por conseguinte, não é possível assegurar a própria dignidade do ser humano indissociável da qualidade de «pessoa humana», sem que seja devidamente assegurada a garantia de um mínimo existencial, proporcionado pela concretização dos direitos sociais. Assim, quanto menos condicionados forem estes direitos por factores económicos, sociais e culturais, menos restringida será a dignidade humana, exigida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como, por um vasto leque de textos internacionais de protecção dos direitos humanos⁵.

Por outro lado, encarados também de uma perspectiva de cariz político, os direitos sociais afirmam-se como elementos decisivos à própria democracia e à concretização da cidadania, porquanto implicam a adopção de reformas económicas, sociais e culturais que sejam adequadas à remoção de obstáculos à efectividade e concretização desses mesmos direitos sociais.

Para este Autor, «*Hablar de derechos humanos, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales (...). Para ponerla en marcha, (...) es necesaria (...) la capacidad técnica para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías*».

4 Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 50 e 51.

5 Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.31.

No que concerne à interpretação dos direitos fundamentais sociais, Cristina Queiroz refere que estes direitos «(...) devem ser interpretados a partir de uma compreensão que vá para além do seu carácter tradicional como “direitos jurídico-subjectivos” ou “direitos de defesa” em prol de uma compreensão constitucional” que tenha em conta o “sentido jurídico-objectivo” desses direitos e pretensões no seu conjunto».

Esta Autora considera, acerca da perspectiva jurisdicional de tutela, que qualquer interpretação levada a cabo pelos tribunais respeitante aos direitos e pretensões inter-relacionados com os direitos fundamentais, como os direitos sociais, terão de ser apreciados de uma perspectiva de “sistema” ou “ordem concreta de valores”⁶ numa lógica de protecção e de defesa dos direitos e liberdades fundamentais, apanágio de qualquer Estado de Direito (*rule of law*) que se afirme como tal, assente na ideia de que quem tem um direito ou interesse legalmente protegido poderá fazê-lo valer em sede jurisdicional, em conformidade com o princípio de tutela jurisdicional efectiva previsto nos artigos 20º e 268º, nº4, ambos da Constituição⁷.

Numa perspectiva de tutela, Rodrigo García Schwarz considera necessário proceder à reavaliação e reconstrução de determinadas premissas no âmbito jurídico no que tange aos direitos sociais, designadamente mediante a criação de um Direito que consubstancie um verdadeiro instrumento de defesa social contra abusos, servindo como um meio de tutela da própria cidadania num contexto de integração social e de construção solidária permanente, tendente a uma maior humanização, maior justiça e maior democracia, pondo em execução medidas concretas vocacionadas à efectivação dos direitos sociais, recorrendo ao máximo de recursos disponíveis⁸.

Assim deverá ser, porquanto os direitos sociais são inerentes à pessoa humana e à concretização da sua dignidade, merecendo a elevação da sua categoria jurídico-constitucional

6 *Vide* CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp.199 e 200.

7 O preceito do artigo 20º, da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva” tem o seguinte teor: nº1 – “A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”; (...) nº5 – “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”; por seu turno, o artigo 268º sob a epígrafe “Direitos e garantias dos administrados” tem o seu conteúdo: (...) nº4 – “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”; nº5 – “Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

8 *Vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.33 e 34.

ao mesmo patamar dos direitos humanos, universais, em termos de natureza e *status* jurídicos, com as necessárias consequências legais, sobretudo ao nível da sua exigibilidade em sede jurisdicional. Nesta senda vai E. Denniger preconizando a posição segundo a qual «a todo o direito jusfundamental material» corresponde uma tutela jurisdicional efectiva, fortemente pluralizada, no quadro de um sistema que apresenta em alto grau uma “finalidade constitucional aberta”⁹.

E, a propósito da protecção e efectividade dos direitos económicos, sociais e culturais, Autores como Calamendrei e Lerche consideram que ainda estamos perante uma «Constituição inactuada» (inacabada) e, enquanto tal, inevitavelmente imperfeita, insuficiente e acima de tudo, frágil, porquanto não se encontra devidamente apetrechada dos correspondentes mecanismos jurídicos de protecção dos seus mais elementares direitos, neste caso, direitos fundamentais sociais.

2. Reconhecimento, Garantia e Efectividade dos Direitos Sociais: fragilidades, críticas e principais meios de tutela

A exigibilidade dos direitos sociais constitui um verdadeiro desafio aos textos constitucionais e internacionais, prendendo-se a principal questão com o acesso do particular a mecanismos judiciais que obriguem os Estados ao cumprimento de deveres e de tarefas estatais imprescindíveis à concretização e efectivação dos direitos sociais¹⁰. E, a este respeito, importa operar a distinção entre os direitos originários a prestações estatais e os direitos derivados a essas prestações.

No primeiro caso, estamos perante a possibilidade de impor ao Estado uma obrigação positiva, ou seja, uma prestação assente directamente na Constituição e independente

9 *Vide* PIETRO CALAMANDREI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, pp. 29,32,36,42, 45, 48, 51 e seguintes, PETER LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den “nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen”*, in Ulrich K. Preuss (ed.), “Zum Begriff der Verfassung”, Francoforte sobre o Meno, 1994, pp.100, citados por CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp.115.

10 Verificamos que nos países onde os níveis de protecção social são inferiores e insuficientes para dar resposta cabal às necessidades da maioria da população, existe uma maior sindicância perante o poder judicial com fundamento no não cumprimento das «promessas constitucionais e legais» em matéria de direitos sociais. O pressuposto jurídico-dogmático para a exigibilidade, pelo menos no que respeita à possibilidade de recorrer ao poder judicial, reporta-se ao reconhecimento de que as normas constitucionais que asseguram os direitos sociais ou que impõem ao Estado tarefas e deveres em matéria de protecção social sejam aptas para produzir efeitos jurídicos. E, este facto pode ocorrer a dois níveis: 1. Dimensão objectiva dos direitos sociais (e deveres estatais); 2. Quando se trata de reconhecer que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou seja, posições jurídico-subjectivas oponíveis ao poder público e, em determinadas circunstâncias, perante os particulares. Neste sentido, *vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.52.

da sua regulação pelo Legislador ou da existência de um sistema de prestações estatais previamente organizado.

Tratando-se de obrigações negativas, existem posições subjectivas a prestações estatais previamente reguladas pelo Legislador e incluídas no sistema de políticas públicas, o que implica o direito de igual acesso às prestações regularmente fornecidas pelo Estado.

Existem consequências distintas, ao nível da efectividade, exigibilidade e da protecção dos direitos fundamentais, consoante se trate de obrigações positivas ou de obrigações negativas.

Com efeito, no caso de estarmos perante direitos originários a prestações, a invocação de argumentos “típicos” de um Estado de Direito democrático, tais como a falta de competência e de legitimidade democrática do poder judicial, aliados à imposição do respeito pelo princípio da separação de poderes contribuem de modo indelével para uma limitação da intervenção judicial no momento da decisão¹¹, como forma de evitar que o juiz se substitua ao legislador na concretização do conteúdo de prestações que constituem o cerne dos direitos sociais.

2.1. O dilema entre a Promoção dos Direitos Sociais e o «Princípio da Sustentabilidade» ou «Princípio da Reserva do Financeiramente Possível». O critério decisivo da «Dignidade da Pessoa Humana»

Citando Carla Amado Gomes, «a lógica da *concretização dos direitos sociais na medida do financeiramente possível* reconverte-se na sua redução, fundamentada, ao socialmente sustentável (leia-se: ao “aceitável” de uma perspectiva da gestão da tensão social provocada pela quebra de expectativas) e à sua *manutenção nos limites do financeiramente comportável*, numa releitura do imperativo de redistribuição de benefícios sociais com vista à promoção da igualdade real, à luz da alteração das circunstâncias sócio-económicas»¹²⁻¹³.

Na realidade concreta, verificamos que uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é, sem dúvida, a sua dependência intrínseca do factor económico ou da

11 Vide, a este propósito, INGO W. SARLET, *Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efectividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*, in *Revista Electrónica sobre a Reforma do Estado*, edição 11, set-out-nov, 2007, pp. 8 e seguintes. Ver ainda sobre a efectividade e tutela dos direitos sociais, MANUEL AFONSO VAZ/ RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O sistema constitucional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 277 e seguintes.

12 Assim, CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 24.

13 Sobre esta problemática, *vide* igualmente INGO W. SARLET e M. FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in Ingo Sarlet/Luciano Timm (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, 2008.

capacidade económico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional. Inversamente, a realização efectiva das prestações sociais aos cidadãos constitui uma exigência e, por vezes, um verdadeiro desafio com o qual o Estado se confronta, testando as suas aptidões e expondo as suas limitações económicas, sociais, políticas e jurídicas.

Por isso, a franja dominante da doutrina portuguesa, aponta como característica essencial da própria definição estrutural e material dos direitos sociais, a sua dependência directa de recursos materiais, pessoais e económicos facultados pelo Estado, sobre o qual recai a obrigação de prestação fáctica traduzida numa subvenção financeira. É indubitável que os direitos sociais impliquem custos financeiros directos associados à criação e disponibilização de instituições, serviços ou estruturas que possibilitam o acesso aos bens económicos, sociais ou culturais, sendo a protecção da saúde disso exemplo paradigmático¹⁴.

A plena realização dos direitos sociais torna-se, numa época de escassez de recursos de variada ordem, claudicante por valer a máxima «quem faz o que pode, a mais não é obrigado» e, nestes termos, os direitos sociais são como *reféns* da disponibilidade económica do Estado. Como resultado, a exigibilidade judicial dos direitos sociais que é imposta legal e constitucionalmente ao Estado «cai por terra» visto que se assume uma espécie de «reserva do possível» que nada mais significa, a nosso ver, que uma válvula de escape ou num alçapão em que os poderes públicos prestadores se refugiam para se eximirem da obrigação mais que jurídica, constitucional e que se prende com o próprio reconhecimento da necessidade em satisfazer determinado direito, em termos de plenitude e de efectividade.

A ideia assente de que o direito social, como o do acesso à protecção da saúde, é um mero dever jurídico estadual faticamente dependente do respectivo custo, na senda do princípio «*ultra posse nemo obligatur*» deve ser, no nosso entendimento, considerada inaceitável à luz de um Estado que tem o gáudio de se afirmar como Estado Social ou de Bem-Estar. Assim é, porque o próprio reconhecimento e a consagração destes direitos são uma verdadeira «conquista social»¹⁵, não somente de um país em concreto, mas de todo

14 A prestação concretizada pelo Estado constitui a essência determinante e distintiva dos direitos sociais e surge em «moldes» fungíveis ou convertíveis em prestação financeira, visto que o Estado poderá alternativamente, em vez de *per se* proceder à realização da prestação, optar por conceder ao beneficiário de um determinado direito social, uma quantia pecuniária que permita este adquirir no mercado o bem ou serviço em causa. Pelo contrário, quando o bem ou serviço em que se consubstancia a prestação social não se encontra disponível no mercado, o Estado procederá à sua prestação, sendo o direito social neste caso, «contabilizável num custo financeiro». Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.89 e seguintes.

15 Como BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO assinala «la propia expresión «conquistas sociales evoca una cierta idea de lucha, y en este sentido tiene evidentes resonancias con la idea de «lucha por el Estado

uma multiplicidade de países à escala mundial, sobretudo após a Segunda Grande Guerra (1945) e na sequência da adopção da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1950), pelo que os direitos sociais assumem-se como uma realidade fáctico-jurídica supra e trans-estadual.

Destarte, qualquer lógica que implicasse um retrocesso na matéria dos direitos sociais conduziria inevitavelmente a um retrocesso nos próprios direitos humanos reconhecidos a cada cidadão enquanto ser dotado de dignidade humana, ou seja, a um autêntico retrocesso civilizacional.

Constitui, aliás, um paradoxo axiológico-normativo-constitucional qualquer argumento que se coadune com uma conduta demissionária *tout court* do Estado perante as suas mais elementares funções ou missões sociais, as quais se reputem como imprescindíveis à própria realização, em termos de efectividade e plenitude, dos direitos sociais numa primeira linha e dos direitos de liberdade num segundo nível de acção.

Ora, no nosso entendimento, a «reserva do possível» relega inevitavelmente os direitos sociais para um patamar de submissão a critérios matemáticos que se prendem com «custos» e a meros aspectos economicistas que não se compaginam nem devem ser aceites, quando a matéria em causa é tão sensível como a dos *direitos fundamentais de natureza social*.

A «reserva do possível» consiste na ideia de que o cidadão deverá conformar-se com a prestação social que *razoavelmente* pode esperar e exigir por parte da Sociedade e do Estado, tendo em consideração as circunstâncias e condições materiais, sociais e económicas do cidadão, titular do direito social em concreto. Mas, não só, pois há que ter em linha de conta a dependência que os direitos sociais revelam perante a responsabilidade do legislador no momento da realização do Orçamento de Estado e, indirectamente, a relevância que esse mesmo legislador reconhece à prestação social em causa, desde logo, através dos recursos que aloca ao Estado com vista à sua concretização.

É, por esta ordem de razões, que existem autores que identificam a «reserva do possível», fruto da criação do Tribunal Constitucional Alemão¹⁶, com a «reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação do Estado», em matéria de direitos sociais.

Social», como antes se habló de «lucha por el Estado de Derecho» (...). Neste sentido, *vide* BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 218 e 219.

16 A implícita dimensão económica e financeira, de cariz fáctica e jurídica conduz a um tratamento diferenciado e, por isso, a uma discriminação ao nível dos direitos fundamentais. Com efeito, ao passo que aos direitos sociais são impostos limites de vária ordem, económica, financeira, fáctica e jurídica, fazendo-os depender de um vínculo que é a capacidade económica do Estado e à respectiva alocação de recursos por parte deste, já aos direitos de liberdade não se reconhece qualquer tipo de condicionamento deste teor economicista. A realidade fáctica interfere com os direitos sociais e com a correspondente dimensão

O factor económico é a base em que assenta o princípio da «reserva do possível», sendo o *espartilho* do desenvolvimento da função de prestação social do Estado, pelo que, em bom rigor, é curial afirmar que os direitos sociais encontram-se submetidos a um limite imanente de cariz economicista uma vez que são regulados pelo princípio, por nós designado de «reserva do economicamente disponível».

De acordo com a filosofia subjacente a este princípio, ao Estado apenas é exigível a realização de uma prestação social - ainda que se trate de uma prestação qualificada como *essencial*, *necessária* ou meramente *razoável* segundo padrões mínimos de subsistência e de um nível de vida minimamente condigno do ser humano – *se ele dispuser dos necessários recursos económico-financeiros adequados* à exigência social que lhe é dirigida pelo cidadão e pela Sociedade.

O princípio ora enunciado, de «reserva do economicamente disponível» assume na actualidade uma particular relevância e polémica, sobretudo no que concerne ao direito social especial que é objecto do presente estudo, o «direito à saúde». Com efeito, numa conjuntura económica de crise em que tomamos consciência da capacidade deficitária do Estado para fazer face às crescentes solicitações sociais dos seus cidadãos, devido à escassez de recursos, é mister priorizar e racionar mediante critérios razoáveis que estabeleçam o equilíbrio entre o elemento económico e a sensibilidade que este tipo de direito exige. Trata-se, no fundo, de estabelecer prioridades, definir metas e objectivos governamentais, adoptar escolhas, sanar os consequentes conflitos entre as opções públicas tomadas ao nível da alocação de recursos, assim como, disputas entre as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais e culturais¹⁷.

prestadora do Estado Social, porquanto prende-se com a existência de recursos económicos, financeiros, humanos e técnicos e perante a escassez destes, haverá um reflexo nas prestações sociais, mais deficitárias. O aspecto jurídico também desempenha o seu papel relevante no domínio dos direitos sociais, visto que exige que a entidade pública possua a necessária competência para dispor sobre a utilização dos recursos referidos.

A imposição de limitação da prestação relacionada com os direitos sociais, resultante da ideia de «*razoabilidade*» não constitui factor de diferenciação ou de discriminação entre ambos os tipos de direitos constitucionais, uma vez que o critério de «*razoabilidade*» é um dos corolários do princípio da proibição do excesso a par dos critérios de «*proporcionalidade*» e de «*adequação*», os quais são aplicáveis a todos os direitos fundamentais, sejam os de primeiro grau ou direitos de liberdade, sejam de segundo nível, ou seja, direitos sociais. Neste sentido, vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.90 e 91.

- 17 Citando, a este propósito, JORGE REIS NOVAIS, «A situação de conflito e a multiplicidade de possíveis respostas para a solucionar são inevitáveis porque a escassez moderada de recursos significa, na prática, que há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas, simultaneamente, que há várias possibilidades de escolha do destino a que se afectam os recursos disponíveis». Resta saber qual é o órgão com a competência para afirmar se foi correcta ou incorrecta, adequada ou inadequada determinada opção do Governo no sentido de reduzir o nível de alocação de recursos disponíveis para a concretização dos direitos sociais. No fundo, trata-se de determinar a quem competirá a tarefa de exercer o controlo sobre as opções do Estado a respeito dos direitos sociais: será o legislador, a administração

Confrontado com as exigências que se lhe impõem ao nível dos direitos sociais, e neste contexto de «escassez de recursos», o Estado recorrendo ao princípio de «reserva do economicamente disponível» sentir-se-á tentado a invocar a insuficiência de recursos para a concretização das prestações sociais e conseqüentemente para a efectividade dos direitos sociais. E, neste contexto, sob o argumento (leia-se: pretexto) de insuficiência económica, a ordem jurídica passa a «tolerar» opções políticas, medidas jurídicas e materiais susceptíveis de colocar em causa a garantia que a Constituição reconhece aos direitos sociais, sendo de realçar a particular fragilidade da protecção que é conferida ao direito à saúde traduzida em cortes de despesa com o pessoal médico e auxiliar, através do encerramento de unidades de saúde familiares (Centros de Saúde e Clínicas públicas), de maternidades e de urgências hospitalares, associado ao aumento das «taxas moderadoras» impostas ao utente do Serviço Nacional de Saúde.

A este propósito, sublinhamos a relevância da posição preconizada por Luis Miguez Macho, Autor que defende que o cidadão tem direitos exigíveis perante o Estado e perante o estabelecimento da organização em causa, seja de saúde ou outra que se destine à prossecução do interesse público, considerando que «esse deber constitucional de creación de una organización prestacional que es presupuesto de eficacia de un derecho social se llevará a la práctica por lo general através de la técnica del servicio público y, de hecho, cuando se ha estudiado el concepto de este último se ha puesto de relieve que se trata de la institución jurídica orientada de manera específica a garantizar prestaciones a los individuos»¹⁸.

A nosso ver, os atropelos ao direito social especial, direito à saúde, em condições mínimas de qualidade e de acesso chegam a ser gritantes quando pensamos que o Estado Português se considera um verdadeiro Estado Social ou de Bem-Estar, Prestador, quando na realidade a transição para fóruns privados de prestação dos cuidados de saúde revela que a qualificação política mais adequada é «Estado de Regulação» e não já de «Prestação», porque esta é uma tarefa que claramente está a transitar para a esfera privada não tanto vocacionada à boa prossecução do interesse social «saúde», mas primacialmente dirigida ao «lucro». Mas, este é um aspecto que será abordado de modo mais desenvolvido em momento ulterior.

ou o juiz? Por outras palavras, importa saber quem tem a competência constitucional para definir as prioridades, tomar as opções e em consequência destas, distribuir os recursos económicos e financeiros quanto à realização dos diversos direitos envolvidos, em função das prioridades assumidas. Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91, 115 e 116.

- 18 Vide LUIS MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp.122 e assim como, do mesmo Autor, “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011. (pp.33 a 58); vide também BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 195.

Apelando à posição assumida por Jorge Reis Novais, neste contexto, apraz-nos trazer à colação a seguinte ideia: «(...) na referida situação de escassez moderada, o Estado pode sempre invocar insuficiência dos recursos para a prestação fáctica requerida, seja porque a prestação depende de opções de distribuição ou redistribuição orçamental que competem (...) à decisão política da maioria»¹⁹.

Para este autor tal entendimento político é inaceitável, porquanto se a realização dos direitos sociais estivesse, de modo determinante, na disponibilidade da maioria parlamentar e dos titulares do poder político o alcance jusfundamental e a eficácia dos direitos sociais tornar-se-iam claudicantes e em perigo de violação.

Ora, os direitos fundamentais, independentemente da qualificação que lhes atribuímos ou do catálogo em que os inserimos, porque «fundamentais» não podem ser deixados ao «acaso político».

Por outras palavras, seguindo a doutrina de Alexy²⁰, os direitos fundamentais são valores tão imprescindíveis que não podem ser deixados à decisão da maioria parlamentar, devendo, por um lado, «escapar» à disponibilidade do *legislador* e ser entregues, por outro lado, ao *juiz* constitucional. Contudo, em nome do princípio da separação de poderes, princípio charneira de um Estado de Direito Democrático, o juiz encontra-se condicionado na sua liberdade de decidir no âmbito dos direitos sociais, na medida em que «apenas pode decidir se o legislador decidiu»²¹. E, claro, porque os titulares do poder

19 Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91.

20 ALEXY propõe um modelo de direitos fundamentais que deverá assentar no paradigma de que a cada cidadão corresponde as prestações jurídicas relativas a direitos sociais, os quais da perspectiva constitucional são tão relevantes que o seu reconhecimento não poderá depender da maioria simples parlamentar. E, mais que isso, os direitos fundamentais sociais efectivamente concedidos ao cidadão exigem uma ponderação e análise axiomática ao nível dos princípios de direito. Por um lado, o princípio da liberdade fáctica e, por outro lado, os princípios formais da competência decisória do legislador, enquanto órgão dotado de legitimidade democrática mandatado pelo povo, assim como, os princípios da separação de poderes e demais princípios concernentes à liberdade jurídica do cidadão também a outros direitos fundamentais sociais e a bens colectivos.

Contudo, o modelo sugerido por ALEXY não refere quais os direitos fundamentais definitivos que existem, nem ao certo, qual o critério que deverá presidir à dogmática dos diferentes direitos sociais. Apesar deste facto, ALEXY oferece um padrão geral para a ponderação conducente à determinação desses direitos sociais, considerando que uma dada prestação jurídica deva ser encarada como um direito fundamental quando exige de modo prioritário a liberdade fáctica e quando aqueles princípios supra enunciados são afectados de forma muito limitada. Neste sentido, vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 146 e 147. Vide ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp.494 e seguintes.

21 Mesmo a doutrina mais defensora da natureza jusfundamental dos direitos sociais encontra um forte obstáculo a esta qualificação jurídica que se prende com a dependência económica destes direitos revelada de modo tão expressivo no princípio da «reserva do possível» ou, por nós designado de princípio da «reserva do economicamente disponível». Tanto é assim que os autores que preconizam a natureza jusfundamental dos direitos sociais «reconhecem a força do argumento, já que é inegável que há nos

político (Governo ou poder executivo), no seio da Assembleia da República (legislador ou poder constituinte legiferante) são os órgãos possuidores da competência para decidir sobre a conveniência, oportunidade e adequação ao nível da alocação, gestão e distribuição de recursos económico-financeiros, com expressão no orçamento de Estado, em função da realização de um determinado direito social.

Este é o limite jurídico-constitucional que se impõe inevitavelmente à actuação do julgador constitucional, guardião dos direitos fundamentais. Na realidade, poderá sempre lançar-se mão do mecanismo jurídico constante no artigo 283º da Constituição, mais concretamente, da «inconstitucionalidade por omissão»,²² enquanto mecanismo de reacção contra abstenções e comportamentos omissivos que violam clamorosamente os direitos sociais, encontrando estes, assim, alguma forma de protecção jurídica que, no nosso entendimento, é insuficiente e por vezes inadequado.

Sublinhamos a posição de Jorge Reis Novais, à qual aderimos em plenitude, exposta do seguinte modo: «Se os direitos sociais se limitassem a uma pretensão de realização, por parte do Estado, de prestações sociais à medida e sob reserva do financeiramente possível (...), a natureza jusfundamental dos direitos sociais estaria substancialmente enfraquecida (...)»²³.

Deste modo, com vista à salvaguarda dos direitos fundamentais sociais, importa reconhecer-lhes mecanismos de protecção efectivos à semelhança dos que acautelam a efectividade e respeito pelos direitos de liberdade. Por outro lado, pese embora haja limitações naturais decorrentes do princípio de separação de poderes num Estado de Direito Democrático, o juiz constitucional também desempenha um papel imprescindível no que se refere à apreciação do argumento invocado pelo Estado que se prende com a escassez de recursos e de indisponibilidade financeira, meramente transitória ou não, como forma de justificar um eventual retrocesso ou «cristalização no processo de desenvolvimento e de concretização» no âmbito dos direitos sociais.

Com efeito, a doutrina tradicional, dominante, da qual nos afastamos, assinala como uma das grandes distinções entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, o facto

direitos sociais um problema de opção sobre a distribuição de recursos e, logo, um problema orçamental, de escolha política, em princípio furtado ao controlo e apreciação judicial». Neste sentido, *vide* JORGE REIS NOVAIS citando ALEXY e HOLMES/SUNSTEIN, in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.92.

22 *Vide* VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, assim como, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, 1999; e, do mesmo Autor, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.

23 *Vide* JORGE REIS NOVAIS citando ALEXY e HOLMES/SUNSTEIN, in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.92 e 93. Ainda a respeito desta matéria é interessante proceder, pela sua enorme pertinência, à leitura atenta da análise realizada por HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999.

destes últimos serem juridicamente dependentes do factor económico, o mesmo é dizer, juridicamente condicionados pela denominada «reserva do possível». Ora, uma eventual violação de um direito cuja existência e concretização é realizada sob o manto da «reserva do possível» é determinada em função de o Estado dispor ou não, de alocar ou não, os recursos financeiros necessários à respectiva prestação social. E é neste preciso aspecto que o juiz constitucional tem a possibilidade de actuar como guardião dos direitos sociais, defendendo-os até do próprio Estado, das acções ou omissões por este ente assumidas.

Na circunscrição jurídica delimitada pela necessária observância do princípio da separação de poderes, existe uma margem de apreciação judicial acerca das decisões adoptadas pelo Legislador e pela Administração, mais precisamente no que concerne à (i) legalidade das eventuais restrições aos direitos sociais.

A nosso ver, não existirá ingerência por parte do juiz na esfera de atribuições e de competências próprias do Legislador e da Administração, quando aprecia se a dificuldade financeira alegada pelo poder político efectivamente existe e se possui pertinência jurídica analisada da perspectiva do interesse público, em termos tais que justifique juridicamente a «contenção» no desenvolvimento e concretização dos direitos sociais²⁴. Portanto, ao juiz constitucional não compete nem a função de estabelecer prioridades ao nível dos direitos a ser concretizados, nem sequer a função de determinar se existem ou não recursos disponíveis, até porque na verdade, esta é uma falsa questão na medida em que conquanto que haja vontade política e mediante a correspondente decisão financeira, o Estado pode sempre utilizar recursos para a prestação social que entender, bastando, para o efeito, que o «desloque» doutras prestações menos prementes.

Na esfera de competências do juiz caberá a apreciação delicada, em termos puramente jurídico-constitucionais, das considerações financeiras do Legislador e da Administração, aferindo sobre a existência ou não das alegadas dificuldades financeiras e sobre se estas devem ser atendidas no caso concreto, perante uma determinada prestação social ou direito social que haja sido vedado, denegado ou negligenciado pelo Estado.

Outro aspecto interessante é saber, na situação concreta em que é invocada a escassez de recursos, sobre quem recai o respectivo ónus ou encargo de provar que a ausência de

24 Como JORGE REIS NOVAIS salienta «(...) o problema de “reserva do possível” que eventualmente se coloque perante o poder judicial não é o de apurar se há ou não dinheiro disponível para uma dada prestação que vem exigida ao Estado, mas antes, partindo do princípio de que a opção sobre distribuição de fundos é primariamente dos poderes políticos, saber se as implicações financeiras do caso *sub judice* são, e com que alcance, suficientemente relevantes para justificar a existência determinante de uma decisão política de *última palavra* sobre o direito social». Vide JORGE REIS NOVAIS in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.116. Igualmente a propósito da problemática concernente à disponibilidade financeira do Estado e à necessidade em concretizar os direitos sociais mediante a realização de prestações sociais vide INGO SARLET/M. FIGUEIREDO, “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” in INGO SARLET/LUCIANO TIMM (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, 2008, pp. 32 e seguintes.

capacidade financeira é tão débil que justifique a dificuldade ou, até em certos casos, a impossibilidade de promover certa prestação ou de realizar certo direito social.

Consideramos que deverá ser o Estado a demonstrar a sua incapacidade financeira em termos tais que constitua fundamento jurídico relevante apto a eximi-lo, ou seja, a admitir que se furte aos seus deveres e tarefas de respeito, de promoção e de concretização dos direitos constitucionais que tem a seu cargo, sob pena de a sua conduta positiva ou negativa constituir uma violação à própria Constituição e desse modo, ser declarada a respectiva inconstitucionalidade, por acção ou por omissão, sem excluir a possibilidade de eventual responsabilidade civil sobre o Estado em caso de serem invocados e provados qualquer tipo de dano ou prejuízo, patrimonial ou não patrimonial decorrente daquela actuação estadual desconforme aos ditames constitucionais.

Pense-se, a título de exemplo, no caso de um utente do Serviço Nacional de Saúde que alega danos irreparáveis no seu estado de saúde ou condições físicas ou psíquicas por força de lhe ter sido vedado, seja sob que forma for, o acesso efectivo e em “tempo considerado útil” a tratamentos que fossem aptos para debelar a sua doença.

Imaginemos o caso de um doente com cancro ou portador de uma doença infecto-contagiosa com deterioração rápida no estado de saúde, que viu as suas hipóteses de recuperação diminuírem drasticamente em virtude de se encontrar durante meses em “lista de espera” para a adequada cirurgia, a qual deveria ter sido prioritária e “concedida” pelo Estado com carácter de urgência, por motivos de saúde pública, e não somente em função dos interesses do concreto utente.

Uma das questões mais decisivas e problemáticas que se coloca é saber em que medida pode um juiz, pronunciando-se pela existência da violação de um direito fundamental, proceder à substituição da decisão ou da conduta positiva ou negativa adoptada pelo Governo, porquanto é susceptível de gerar controvérsia sobre o (des)respeito pelo princípio de separação de poderes.

Ora, na realidade constitucional portuguesa, tem-se verificado que a posição do juiz aparece mais condicionada e limitada quando se considera que a concreta pretensão de direito social encontra-se sob a cláusula de “reserva do possível” e sempre que a invocação desta «cláusula justificante» se revele, no caso concreto, susceptível de ser tida em consideração. Já não se passa assim quando estejamos perante um direito de liberdade, cuja análise sobre a eventual violação é da competência plena e livre de constrangimentos do juiz, por considerar-se que não existe neste caso a possibilidade de violação do princípio de separação de poderes.

Assim é, porque vigora o entendimento clássico segundo o qual a efectividade dos direitos sociais está na livre e (quase) absoluta dependência da vontade e das opções políticas que decide, num determinado momento, conceder ou não determinado montante de recursos. Pelo contrário, considera-se que os direitos fundamentais de liberdade não

podem estar na dependência de qualquer tendência ou arbítrio político, tendo de ser acatados escrupulosamente, sob pena de se configurar uma violação grosseira da Constituição.

Aliás, tal como já foi referido neste estudo, este é um dos factores apontados por parte da doutrina tradicional portuguesa, a qual opera a distinção entre os direitos sociais, por um lado e, os direitos de liberdade, por outro lado, no sentido de considerar estes últimos os autênticos direitos fundamentais ou «por excelência», porquanto surgem dotados de plena efectividade e justiciabilidade e porque não são financeiramente *contingentes*.

Compete ao poder político democraticamente legitimado concretizar a «reserva do possível» que afecta os direitos sociais, através de definição de prioridades, do estabelecimento de metas e pela tomada de opções ao nível da distribuição de recursos económicos, desde logo, no próprio Orçamento de Estado.

Neste contexto e conquanto que haja pleno respeito e observância do princípio de separação de poderes, ao juiz apenas é reconhecida a competência para decidir no sentido de determinar se a concreta prestação social deve ser ou não fornecida pelo Estado, sob pena de violação do direito fundamental social controvertido. Todavia, até mesmo nesta margem de liberdade deixada pelo princípio da separação de poderes e que condiciona o juiz constitucional, este vê-se confrontado com um limite ou paradoxo inevitável, com que não se depara a propósito dos direitos de liberdade: «*impossibilidade de satisfação de todas as potenciais pretensões de todos quantos se encontrem nas mesmas circunstâncias do petionante*», ou seja, «*impossibilidade de generalização da prestação individualmente requerida caso ela fosse deferida*»²⁵, generalização, esta, que se impõe enquanto exigência do princípio da igualdade, com a qual o poder judicial tem de se conformar aquando do seu exercício.

Ora, a nosso ver, a cláusula ou o *princípio da dignidade da pessoa humana*²⁶⁻²⁷ surge como o critério decisivo na resolução do diferendo doutrinal acerca da questão referente à

25 (itálico nosso) Vide JORGE REIS NOVAIS in *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.119.

26 As primeiras referências à dignidade da pessoa humana são feitas na Roma Antiga conotada com «privilégios» e «honras» inerentes a elevados cargos políticos, sendo, por isso, apenas uma elite social e política a possuir «dignitas». «Dignidade» de Roma Antiga é uma dignidade oposta à que temos hoje assente no nosso texto constitucional e imbuída na nossa cultura.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com os contornos teleológicos e com a significância com que o reconhecemos hoje, apenas nasceu com o Pós Segunda Guerra Mundial (1945 em diante), pese embora ele já constasse da Constituição Mexicana e na Constituição do Estado Social de Weimar, mas com um sentido diverso. Na verdade, nestas Constituições Sociais, dignidade da pessoa humana equivalia à atribuição às classes sociais mais desfavorecidas do mesmo nível de dignidade social que as classes mais ricas e favorecidas em termos sociais, possuíam. A perspectiva era, portanto, social. Posteriormente, com a visão judaico-cristã, dignidade da pessoa humana surge conotada com a «ajuda», «apoio» ou «auxílio» económico e social ao próximo.

27 Sobre o princípio da dignidade humana e a sua relação indissociável com os direitos sociais, vide MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 291 e seguintes.

equiparação entre os denominados «direitos sociais» e os «direitos de liberdade», mormente no que respeita ao seu estatuto jusconstitucional e tutela ou força jurídica²⁸.

Na verdade, a República Portuguesa fundamenta-se axiológico-normativamente no valor da dignidade da pessoa humana, assim o diz o artigo 1º, da CRP, sob a epígrafe «República Portuguesa»: «Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)»²⁹, consubstanciando-se no princípio estruturante em que assenta toda a constelação axiológica constituída por uma miríade de princípios constitucionais, cujo desiderato é assegurar a vida do ser humano, em condições de liberdade, igualdade e de bem-estar.

Em nome da certeza e segurança jurídicas, as ordens jurídicas democráticas, na sua globalidade, e não somente a portuguesa, têm de possuir o mínimo de estabilidade³⁰ acerca do entendimento do que seja «dignidade da pessoa humana», existindo, em termos doutrinários, três principais abordagens sobre qual seja o conteúdo normativo daquele princípio.

De acordo com a primeira abordagem ou corrente, *dignidade humana e direitos fundamentais têm a mesma identidade*, ou seja, *são a mesma coisa*. Para esta abordagem, a dignidade da pessoa humana seria a origem dos direitos sociais e políticos e, para determinarmos, em concreto, o que seja a primeira, temos de averiguar direito a direito, qual seja o conteúdo individual de cada um. Teríamos, portanto, de averiguar o que «diz» cada direito fundamental (v.g. direito à saúde, direito de voto, direito de participação política, direito à igualdade, liberdade de manifestação, etc.), para nos aproximarmos da noção de dignidade da pessoa humana.

A crítica que é habitual dirigir a esta corrente é a que, ao considerar todos os direitos sem excepção como sendo, de *per si*, «dignidade humana», não nos auxilia, enquanto

28 Acerca da força jurídica dos direitos sociais, *vide* MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 288 e seguintes.

29 Quando a Constituição da República Portuguesa refere, no seu preceito do artigo 1º, que «Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)», está a impor uma alteração de paradigma jusconstitucional, segundo o qual o Estado deixa de ser a figura central para ceder o seu lugar ao «indivíduo» enquanto ser humano repleto de direitos e dotado de «dignidade», o que conduz inevitavelmente a uma transmutação das relações entre o Estado e a pessoa humana. Do facto de o «indivíduo» se encontrar no epicentro das demandas e anseios constitucionais, resulta todo um feixe de princípios constitucionais vocacionados à sua protecção e que enformam e dão corpo ao denominado Estado de Direito Social, designadamente os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da proibição do excesso (ou princípio do não retrocesso social), da segurança jurídica, da tutela da confiança legítima. Todos estes princípios estruturantes da CRP são princípios humanos e resultam directamente do princípio-charneira: princípio da dignidade da pessoa humana.

30 Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

juristas, a resolver questões do foro prático, na medida em que temos de ir norma a norma (específica), relacionada directamente com o problema concreto que é suscitado.

Supondo que a questão *jus judge* é sobre o direito da saúde, sabemos que existe uma norma constitucional *específica*, o artigo 64º, da CRP, a qual não podemos deixar de aplicar, revelando-se, por isso, o artigo 1º, sobre a dignidade da pessoa humana, inapto e insuficiente para dar cabal solução, por si só, ao problema relativo ao *específico* direito à saúde.

Eis que assim, a dignidade da pessoa humana perde o seu sentido autónomo, restando-lhe uma utilidade meramente retórica, na medida em que apenas vem acrescentar algo que já se estava a acautelar em nome do direito fundamental específico.

Outro inconveniente que é usual reconhecer-se a esta abordagem da cláusula de «dignidade da pessoa humana» é o risco de «banalização», falando-se até de «direito fundamental à dignidade». Ora, se se reconhece o facto de todos os direitos fundamentais serem susceptíveis de restrição e de cedência, em caso de colisão entre si, então até o próprio direito à dignidade humana é passível de ser objecto dessa cedência, tornando-se um princípio que tende a enfraquecer e a perder valor.

De acordo com a segunda corrente principal, «dignidade da pessoa humana» possui um conteúdo autónomo, forte e vinculativo. «Autónomo» relativamente a todos os outros direitos fundamentais, traduzido na ideia de que «cada indivíduo tem a sua própria concepção do que seja digno e indigno». Mas, qual seja a concepção de dignidade da pessoa humana que a Constituição acolhe é, na verdade, a questão central, porque esta não é meramente subjectiva e, pelo contrário, a todos objectivamente se impõe e vincula.

Podemos chegar a uma ideia aproximada do que seja «dignidade da pessoa humana» através do que ela refere a propósito de casos sensíveis, tais como a eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo e em domínios sensíveis como a procriação (v.g. aborto, intervenção em embriões, concepção mediante inseminação artificial *in vitro*, etc.)³¹.

Segundo o entendimento preconizado pela terceira corrente acerca do sentido e alcance de «dignidade humana», esta, para valer como princípio constitucional-charneira e estruturante, deverá possuir um conteúdo forte, vinculativo e partilhável por todos os cidadãos. Entende esta corrente que o princípio da dignidade humana não deve ter uma dimensão “confessional”, devendo possuir um conteúdo consensual, elástico, que seja passível de aceitação generalizada e face ao qual todo o ser humano se reconheça e que não seja somente apreensível por determinadas concepções individuais, minoritárias fechadas sobre si mesmas.

31 Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

Com este desiderato de abrangência, esta terceira visão sobre o princípio da dignidade de pessoa humana adota uma estratégia pela negativa, ou seja, vai averiguar o que é proibido pela «dignidade humana», apontando o que para todos nós viole esse princípio. Nestes termos, vai lançar a questão: em que circunstâncias ou situações é que se verifica a violação da dignidade da pessoa humana?

Para tanto, toma como ponto de partida a filosofia moral Kantiana e assume que existe violação da dignidade da pessoa humana, quando ocorre uma *coisificação* da pessoa, isto é, quando a pessoa é encarada como um *meio* e não como um *fim em si mesmo*. Assim, a dignidade do ser humano enquanto tal é violada quando se verifica um tratamento degradante da pessoa, mormente quando esta é instrumentalizada por outrem, conduzindo à sua humilhação e ao próprio desprezo pela vida humana. Mas, será que tem de existir uma intenção subjacente a este resultado de degradação do ser humano? Cremos que não, considerando que, quando a conduta em si mesma, desprovida de subjectivismos, conduz à «banalização» e ao «menosprezo» do indivíduo enquanto ser humano, consubstancia uma conduta indigna, violadora do princípio da dignidade humana e, por isso, inconstitucional³².

3. Da equiparação dos «Direitos Sociais» aos «Direitos de Liberdade»: Direito à Saúde enquanto «direito social especial» elevado à equiparação *jusfundamental* a «direito de liberdade»(?)

Ingo Wolfgang Sarlet tece a seguinte consideração com base na análise acerca da realidade jurídico-constitucional vigente em Portugal: a afirmação de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais surge acompanhada por uma proclamação do legislador constituinte português, no sentido de que os direitos sociais se encontram submetidos a um regime jurídico distinto, ainda que em parte, dos direitos, liberdades e garantias. Para tanto, um dos argumentos assinalados é primeiramente o que se prende com o facto de as respectivas normas (programáticas) não serem exequíveis de *per si* ou, dito doutro modo, serem insusceptíveis de invocação directa e imediata perante os Tribunais.

Outro elemento decisivo para a fragilidade constitucional destes direitos sociais, para o qual este Autor chama a atenção é o facto de essas normas não se encontrarem protegidas contra uma reforma da Constituição³³. Com efeito, no que concerne a este aspecto

32 Todas estas considerações acerca do princípio de dignidade da pessoa humana foram colhidas da palestra de JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

33 Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 44.

particular, a Constituição Portuguesa alude somente à existência de um regime universal, válido para todos os direitos, a par de um regime jurídico reforçado próprio e exclusivo dos direitos, liberdades e garantias, o qual não se estende aos direitos sociais.

Apesar de podermos considerar os direitos sociais como direitos que abrangem as prestações criadas pelo legislador infraconstitucional, assim como, as denominadas «liberdades sociais», o seu não reconhecimento como «direitos originários a prestações estatais», mas somente como «direitos derivados a prestações», contribui decisivamente para conferir aos direitos sociais um estatuto jurídico mais enfraquecido ao nível da sua efectivação garantística, balizado por limites negativos e positivos mais ténues impostos ao poder estatal, quando os comparamos com os direitos civis e políticos, ou seja, direitos de primeiro grau pertencentes ao leque de direitos, liberdades e garantias³⁴.

Dito isto, a questão central que se coloca neste ponto do presente estudo, é determinar ao certo até que ponto poderão os direitos sociais³⁵ ser equiparados em termos de

34 A este propósito assume particular relevância a consideração de INGO W. SARLET, (...) *también los derechos sociales, sean o no considerados como fundamentales, incluyen tanto derechos prestacionales (positivos) como defensivos (negativos), partiendo aquí del criterio de la naturaleza de la posición jurídico-subjetiva reconocida al titular del derecho, así como de la circunstancia de que los derechos negativos (...) presentan una dimensión «positiva», ya que su efectividad exige una conducta positiva del Estado y de la sociedad, al tiempo que los derechos prestacionales (positivos) fundamentan también posiciones subjetivas «negativas», particularmente cuando se tutela su protección contra injerencias indebidas por parte de los órganos estatales, pero también por parte de organizaciones sociales y por particulares. (...) Al emprender una tentativa de definición de los derechos sociales, se percibe que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del derecho constitucional positivo, y que el calificativo de social no está necesaria ni exclusivamente (!) vinculado a una actuación positiva del Estado en la promoción y garantía de las desigualdades fácticas manifiestas y modo de asegurar un mínimo de condiciones para una vida digna, lo que, a su vez, nos remite al problema del contenido de los derechos sociales y de su propia fundamentalidad». Vide INGO WOLFGANG SARLET, *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 45, 48 e 49.*

35 Não é pacífica e está longe de ser consensual na doutrina, o reconhecimento constitucional, formal e material dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais dotados de plena vinculatividade jurisdicionalmente garantida, tendo sido sobretudo na Alemanha, no «pós Segunda Guerra Mundial», que o legislador constituinte optou expressamente por não proceder à sua consagração na *Grundgesetz*. Existiu, com efeito, a recusa expressa do legislador constituinte de 1949 em elevar os direitos sociais à natureza jusfundamental, ou seja, o legislador negou em absoluto o reconhecimento aos direitos sociais, a natureza e o estatuto constitucional de verdadeiros direitos fundamentais.

E, apesar deste silêncio constitucional a respeito dos direitos sociais não ter sido determinante do ponto de vista da efectividade prática destes direitos, a verdade é que dificuldades surgiam de modo inevitável, com a necessidade de conferir protecção aos interesses e valores ínsitos e cuja garantia passava pelo «accionamento» de direitos sociais e na falta de normas constitucionais que explicitamente os positivassem. Consequentemente, neste contexto, nascia novamente a discussão que girava em torno de uma eventual fundamentação e justificação jurídico-constitucional-axiológica da inserção ou recepção dos direitos sociais na Constituição, pese embora a ausência absoluta da sua consagração na lei fundamental. Assim, ao longo da década de setenta e sempre tendo como pano de fundo, a ideia de negação em atribuir aos direitos sociais um estatuto próprio e natural dos direitos fundamentais, a doutrina alemã começa a defender a admissibilidade de direitos sociais ao nível constitucional, mas somente de modo reflexo ou indirecto por via da sua «participação» em princípios constitucionais como o princípio do Estado Social e o princípio de Igualdade, e através de novas formas de encarar e conceber os direitos fundamentais

de primeiro grau ou «clássicos». Ora, o entendimento segundo o qual os direitos sociais seriam direitos constitucionais apenas por via de uma interpretação ou concretização criativas do princípio do Estado Social permitia deduzir deveres, tarefas e encargos objectivos aos quais o legislador e os órgãos políticos se encontrariam vinculados. Contudo, através desta teoria sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais, não existia uma vinculatividade jurídica estrita ou dita «justiciável», limitando-se a enunciar grandes directrizes e fins constitucionais «abertos» e dotados de enorme flexibilidade que concediam aos órgãos margem de liberdade conformadora, pelo que as respectivas normas constitucionais não eram susceptíveis de criar uma verdadeira imposição jurídico-constitucional que habilitasse o cidadão a recorrer aos tribunais para ver assegurados os seus direitos sociais, inexistindo, por isso, efectividade destes direitos, mesmo após serem reconhecidos como direitos fundamentais. Do ponto de vista da teoria segundo a qual os direitos sociais possuíam a natureza jurídica de direitos fundamentais na justa medida em que fossem necessários à concretização e efectividade dos direitos fundamentais «clássicos», já existiria efectividade e justiciabilidade reconhecida àqueles (direitos sociais), nos mesmos moldes e em idêntica medida que os direitos de liberdade, por força da regra constitucional da vinculatividade e aplicabilidade directa de que todos os direitos fundamentais beneficiam.

Mais explicitamente, a segunda via defendia que os direitos sociais deveriam ser aceites na Constituição, em virtude da necessidade em assegurar o acesso aos interesses e bens essenciais que eles visavam concretizar e tornar efectivos, no próprio âmbito de protecção dos clássicos direitos de liberdade com expresse assento constitucional, pelo que como forma de garantir a plena efectividade, justiciabilidade e, deste modo, a própria existência dos direitos fundamentais de primeiro grau, haveria que conceder o mesmo nível de protecção, efectividade e «justiciabilidade» aos direitos sociais, encarados como elemento essencial decisivo à existência daqueles direitos de liberdade. De facto, esta teoria partia da consideração de que os direitos de liberdade apenas conseguiriam ser plenamente atingidos pelo seu titular se este dispusesse de um *mínimo* de condições materiais (económicas e sociais) que o habilitasse ao respectivo gozo, decorrendo desta observação a necessidade de inclusão de bens protegidos pelo espectro de direitos sociais no âmbito de protecção dos próprios direitos de liberdade e com a imposição dos inerentes e adequados deveres estatais de protecção e de promoção, em sede constitucional.

Seja como for, a propósito dos direitos sociais, a questão central que se colocava residia em determinar se, em caso de desrespeito e perante eventuais violações, se esses direitos eram ou não judicialmente passíveis de invocação, designadamente perante o Tribunal Constitucional mediante queixa directa. A considerar-se que os direitos sociais não possuíam essa virtualidade, significaria que não poderíamos qualificá-los, em rigor, de direitos fundamentais, porquanto estes têm aplicabilidade directa e imediata, com possibilidade de recurso directo ao Tribunal Constitucional como modo de assegurar a sua efectividade. Portanto, no fundo, o que estava no centro da discussão doutrinal alemã concernente aos direitos sociais, era a sua eventual «justiciabilidade». Por um lado, os autores hostis à consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais, na medida em que aqueles constituíam somente apelos programáticos à participação política dos órgãos estaduais, de entre os quais o legislador, excluía a possibilidade de os cidadãos titulares daqueles direitos poderem aceder aos tribunais, invocando a respectiva violação, sendo assim recusada a justiciabilidade dos direitos sociais. Mas, com uma excepção imposta e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, em situações-limite de violação ou negligência estadual grosseira, caracterizada por uma omissão total por parte do Estado, susceptível de colocar em causa a subsistência do indivíduo em termos de dignidade humana, já seria aceitável o recurso aos tribunais para fazer valer os seus direitos sociais. Por outro lado, os defensores da natureza jusfundamental dos direitos sociais, em virtude da ausência de consagração constitucional dos direitos sociais vêem-se limitados nos seus argumentos conducentes à efectividade dos direitos sociais em sede jurisdicional («justiciabilidade»), tecendo uma posição semelhante à dos autores que negam a natureza jusfundamental. Com efeito, confrontada com a inexistência de uma consagração expressa dos direitos sociais na Constituição, a doutrina favorável aos direitos sociais acaba por circunscrever a esfera jurídica do conteúdo subjectivo destes a um mínimo estritamente essencial, ou seja, entende que no plano constitucional apenas existiria direitos originários à prestação de um *mínimo social* a ser exigido ao Estado.

natureza jusfundamental aos direitos de liberdade ou «direitos clássicos», com as devidas consequências jurídicas desse facto resultantes. E, por outro lado, admitindo essa possibilidade, importará determinar se *todos* os direitos pertencentes ao segundo catálogo merecem essa equiparação ou, quais os direitos sociais em concreto, dentro do vasto leque de direitos económicos, sociais e culturais que merecem essa equiparação. Revelar-se-á, de igual modo, pertinente averiguar em que circunstâncias, em que termos e com base em que critérios ou fundamentos dever-se-á proceder a essa equiparação jusfundamental.

Na verdade, consideramos que será imperioso proceder a uma selecção jurídica dos direitos sociais que merecem receber tratamento jurídico equiparado aos direitos clássicos, estabelecendo para tanto, critérios ao nível da qualificação jurídica, sob pena de obliterarmos a concretização prática de todos os direitos fundamentais, pois estamos conscientes que importa proceder a priorizações, conciliando, na medida do possível, a efectividade de todos os direitos.

Consideramos que o critério determinante que deverá presidir à elevação de um direito social à categoria de direito de liberdade, beneficiando da respectiva tutela jurídica será, sem dúvida, o critério da dignidade humana servindo ele próprio de critério-farol e de princípio charneira, em torno do qual deverão gravitar os demais critérios.

Nestes termos, a nosso ver, em caso de dúvida sobre se um dado direito social deverá merecer a qualificação e o tratamento jurídico, num dado caso concreto, de direito de primeiro grau, o julgador deverá recorrer ao teor axiológico-normativo do critério da dignidade humana para decidir sobre o grau e alcance da justiciabilidade desse dado direito social invocado pelo cidadão.

Deste modo, feito um balanço doutrinário, ou seja, globalmente consideradas ambas as doutrinas no que se refere ao concreto aspecto da «justiciabilidade» dos direitos sociais verificamos uma tendência generalizada ou dominante no sentido de se aceitar que apenas existe um verdadeiro direito subjectivo originário a prestações relativamente à exigência do *mínimo social*.

Mas, importa referir que este «direito ao mínimo» não correspondia a um *standard* óptimo de exigências de justiça distributiva própria de Estado Social traduzido em abundantes prestações sociais e materiais. Consistia, sim, num mínimo estritamente essencial à sobrevivência, exigido por ditames inerentes à dignidade da pessoa humana ou pela satisfação das necessidades básicas indispensáveis à conservação de direitos fundamentais clássicos ou às «liberdades fundamentais». Deste modo, o «mínimo social» na Alemanha revestiria a função de complemento de defesa dos direitos de liberdade ou um «alargamento do âmbito de protecção dos direitos fundamentais clássicos à garantia das condições materiais de exercício das liberdades». Ainda no que respeita ao «mínimo social», é interessante verificar que, pese embora a Constituição alemã prima pela ausência de consagração ao nível de direitos sociais, o correspondente órgão jurisdicional – Tribunal Constitucional – teve o mérito de proceder ao reconhecimento formal de um direito constitucional a um *mínimo vital* reputado como um mínimo essencial a uma existência condigna enraizado na dignidade da pessoa humana, no próprio direito à vida e no princípio do Estado Social. *Vide*, a propósito da questão relacionada com a natureza jusfundamental dos direitos sociais no panorama doutrinário e constitucional alemão, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais., Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.75 a 88.

O *direito à saúde* é um direito social indissociável do direito clássico ou de primeiro grau, *direito à vida*, encontrando-se estes direitos umbilicalmente ligados um ao outro³⁶. E, nestes termos a garantia da efectividade do primeiro é *conditio sine qua non* para a efectividade e plena realização do segundo, pelo menos, em determinados circunstancialismos ou vertentes deste último³⁷. Destarte, afigura-se-nos curial defender o direito à saúde como o paradigma de direito social que merecerá ser objecto de regime legal garantístico e de efectivação idêntico ao que é reconhecido pela Constituição aos direitos clássicos ou direitos de liberdade inseridos no denominado primeiro catálogo.

Consideramos, pois, que na circunstância em que a garantia de um determinado direito social se afirma normativamente como pressuposto da garantia e até como condição da existência de um direito de liberdade, com o qual estabelece laços de correspectividade “genética”, deverá proceder-se à elevação desse mesmo direito social à categoria de “direito social especial” digno de tutela judicial como se de um direito de primeiro grau se tratasse.

É igualmente interessante constatar que, por força desta relação “embrionária” entre um direito social e um seu direito de liberdade “reflexo”, qualquer brecha existente no muro jurídico de protecção desse direito social desemboca geralmente em lacunas ou vazios legais na protecção do seu *direito-espelho* pertencente ao catálogo de direitos, liberdades e garantias.

Pese embora, não pretendamos neste trabalho aprofundar a matéria relativa aos direitos fundamentais, importa salientar que adoptamos uma *posição intermédia* situada entre a doutrina portuguesa tradicional ou clássica de direitos fundamentais (que opera a dicotomia «*tout court*» entre os direitos de liberdade e os direitos sociais) e a doutrina minoritária sobre os direitos fundamentais que pugna pela eliminação absoluta entre ambas as categorias de direitos, mas ignorando que, na prática, esse tratamento igualitário seria somente platónico e teórico, porquanto a realidade mostra que o Estado nem possui estrutura organizativa, nem os meios humanos, técnicos e financeiros para concretizar todos os direitos com o mesmo nível de prioridade e de efectividade.

Deste modo, convém adoptar uma posição quiçá mais equilibrada, a qual negando uma posição permanente de “segunda categoria” aos direitos sociais tal como defende a doutrina tradicional, possui o realismo necessário para proceder a “ajustamentos” pragmáticos no concreto, o que equivale a dizer que também não é viável uma solução meramente ideológica e teórica que assegure igual nível de efectividade a todos os direitos

36 Sobre o conceito de direitos sociais e ainda sobre a sua destringência face ao catálogo de direitos, liberdades e garantias, vide MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 246 e seguintes.

37 Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais., Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.109.

fundamentais, ao mesmo tempo, por tal ser impraticável. Só assim asseguramos ao cidadão a concretização de uma Constituição “viva” no sentido de ser aplicável.

Ora, o direito à saúde configura, a nosso ver, o direito social por excelência que merece a equiparação, em termos de natureza jusfundamental, tratamento jurídico e garantia da justiciabilidade, em tudo idêntico ao direito de primeiro grau, direito à vida, em virtude de ambos os direitos serem indissociáveis um do outro, ou dito doutro modo, serem umbilicalmente ligados um ao outro.

3.1. *A premissa essencial: «direitos sociais» enquanto direitos imprescindíveis à concretização dos «direitos de liberdade»*

A distinção entre direitos fundamentais de liberdade por um lado e, direitos fundamentais sociais, por outro lado, em detrimento destes últimos, constitui um facto assumido pela doutrina maioritária e que deve ser superado, podendo ser sintetizado nesta afirmação de Rodrigo García Schwarz («...» q ueda mucho por hacer para que estos derechos se equiparen a los derechos civiles y políticos en lo que se refiere a si estatuto jurídico)³⁸.

Este autor defende a superação desta separação dogmática e ao nível do tratamento jurídico reconhecido a ambas as categorias de direitos fundamentais, porquanto ambas são complementares entre si e indissociáveis uns dos outros. Senão vejamos: «(...) hay que señalar como imprescindible la adopción de una nueva visión sobre los derechos sociales, pues la efectividad de cualesquiera derechos humanos, incluso los tradicionales derechos individuales, civiles y políticos, afianzados en la dignidad y relacionados con la libertad y la autonomía de la persona, no es posible sin la garantía del mínimo existencial a la persona, condicionado económica, social y culturalmente».

Rodrigo García Schwarz vai ainda mais longe defendendo que «Eso implica refutar el proceso de banalización (que destituye en la práctica la autoridad de los derechos humanos) y fragmentación teórica de los derechos, pues la concretización de los derechos

38 Neste sentido, *vide* RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11. Consideramos igualmente pertinente a consideração de BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, acerca do entendimento dogmático que foi adoptado pela Constituição Espanhola sobre os direitos sociais com base na análise realizada sobre o artigo 9.2 da respectiva lei fundamental, o qual possui o seguinte teor: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Assim, para BEATRIZ G. MORENO: «(...) nuestra Constitución habilita a los poderes públicos para la transformación de la organización económica y social, (...) según los valores y los principios que aparecen consagrados (...) constituirse como un Estado social y democrático de Derecho; se plantea entonces el problema de determinar la eficacia jurídica de las normas constitucionales de contenido social, de los derechos económicos, sociales y culturales. Neste sentido, *in* BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 69 e seguintes.

sociales no puede ser considerada separadamente de la propia consolidación de la democracia»³⁹.

Nos antípodas dos autores que operam a cisão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontra-se igualmente Jorge Reis Novais, preconizando a posição segundo a qual «a partir do momento em que a Constituição consagra determinado direito, pretensão, dever ou obrigação como fundamental, ele impõe-se, *ipso facto*, à observância dos poderes constituídos»⁴⁰. E, nesta medida, a obrigatoriedade do respeito desses direitos

39 Vide RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp.11 e 12.

40 Ainda no que concerne à distinção dogmática entre direitos de liberdade e direitos sociais, dentro dos quais se insere o direito à saúde, direito fundamental sobre o qual o nosso trabalho se debruça, importa mencionar a doutrina preconizada por BEATRIZ G. MORENO, MIGUEL ÁNGEL LINERA e INGO W. SARLET e RODRIGO G. SCHWARZ.

BEATRIZ G. MORENO pronuncia-se sobre os direitos sociais enquanto verdadeiros direitos humanos, os quais devem, nesses termos, ser acessíveis a todos, sem qualquer excepção, seja de que natureza for. Considera ainda determinadas instituições jurídicas e mecanismos de cariz legal como reais obstáculos à efectividade dos direitos sociais, que globalmente colocam em causa o próprio ideal de democracia participativa. Senão vejamos: «Hablar de derechos humanos, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso efectivo a ellos. Es decir, se trata de abrir un camino nuevo, verdaderamente alternativo y real, a una ciudadanía no excluyente, democrática en su sentido garantista y participativo y vuelta hacia una praxis autenticamente transformadora de la sociedad. (...) y también la capacidad para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías». Tece ainda a seguinte consideração: «Sabido es que las instituciones jurídicas pueden ser instrumentos de opresión social si se apartan de la democracia, pero también que, con la democracia participativa y con la fortaleza de la ciudadanía, el derecho es una institución colectiva de liberación. (...) no puede haber ciudadanía significativa sin democracia, (...)». Esta autora considera que ao assegurar a efectividade dos direitos sociais, mediante o seu reconhecimento jurídico-constitucional enquanto direito humano equiparado a direito de liberdade, estamos a assegurar a própria vitalidade e subsistência da democracia, a realização da cidadania, sendo imprescindível a adopção de reformas e de medidas políticas como forma de remover os obstáculos que impedem o cidadão de beneficiar dos direitos sociais que lhe são constitucionalmente reconhecidos enquanto pessoa dotada de dignidade humana: «(...) pues la implementación de los llamados derechos «sociales» no puede ser considerada separadamente de la consolidación de la democracia: la realización de la ciudadanía, imprescindible para la democracia, requiere reformas económicas, sociales y culturales para la remoción de los obstáculos que la impiden».

Por seu turno, na senda da ideia de indissociabilidade entre direitos sociais e democracia participativa anteriormente expressa, INGO W. SARLET fala de um verdadeiro «desafio da existência dos direitos sociais» num contexto de Estado Constitucional e de Direito caracterizado por exigências relacionadas com a democracia pluralista enquanto consequência organizativa da própria dignidade do ser humano que implicam um mínimo de direitos sociais que seja susceptível de viabilizar a participação do cidadão no processo democrático-deliberativo próprio de uma sociedade aberta.

INGO W. SARLET apoia a sua posição em PETER HÄBERLE para quem os direitos sociais são mecanismos constitucionais que impedem uma instrumentalização do ser humano pelo Estado, consistindo num corolário da dignidade do ser humano essencial à participação democrática deste na sociedade («(...) y también aquí de acuerdo con PETER HÄBERLE, al mismo tiempo que la dignidad de la persona, en su condición de «premissa antropológica» del Estado constitucional y del Derecho del Estado, implica el deber del Estado impedir que las personas sean reducidas a la condición de mero objecto en el ámbito social, económico y cultural, el principio democrático-pluralista, como

fundamentais não deverá depender nem estar relacionada com a qualificação ou designação que granjear junto da doutrina, mas somente da força jurídica que a Constituição reconhecer-lhe, assim como, da natureza material e estrutural dos deveres que se impõem ao Estado, das características inerentes que o caracterizam e dos limites imanescentes ou de outra ordem que lhes são impostos.

Segundo este Autor, qualquer diferenciação ao nível de qualificação jurídica peca por defeito, assentando sobre uma *falácia jurídico-constitucional*⁴¹, porquanto ignora o essencial: o que de *facto* e de *direito* se encontra no cerne da distinção da aplicabilidade dos direitos fundamentais, pese embora se reconheça que na prática os direitos fundamentais dificilmente ou muito raramente sejam aplicados como *um todo*.

Podemos, contudo, enunciar três distinções mais marcantes e reputadas como dogmaticamente decisivas, ao nível dos direitos fundamentais e as quais se reportam aos seguintes aspectos: a) à opção normativa do legislador constituinte, b) à natureza do dever estatal, mais precisamente, se ao Estado compete o dever de assegurar o respeito, a protecção ou se, mais que isso, garantir em termos de efectividade, a promoção do respectivo direito fundamental, c) à estrutura negativa ou positiva do próprio direito. Importa dar resposta a cada uma destas questões, visto que é perante a solução dada a estes concretos problemas e não em função de uma abstracta integração num direito de liberdade ou num direito social que, em termos mais precisos, se conseguirá determinar

consecuencia organizativa de la propia dignidad del ser humano, exige un mínimo de derechos sociales que hagan viable la efectiva participación del ciudadano en el proceso democrático-deliberativo de una auténtica sociedad abierta»).

Segundo o entendimento preconizado por RODRIGO G. SCHWARZ, os direitos sociais representam uma parte intrinsecamente conexas com a vida democrática do Estado de Direito, representando verdadeiras condições de acesso do cidadão ao princípio da democracia participativa, à realidade de «cidadania», assim como, à efectividade dos demais direitos constitucionais. Citando este autor «(...) los bienes protegidos por los derechos sociales, implicados en disputas ubicativas, ponen de relieve la igualdad material y están relacionados con el mínimo existencial, social y culturalmente delineado, necesario no solamente para la supervivencia en condiciones condecientes con la dignidad inherente a la persona humana, pero, además, para garantizar las condiciones materiales que permiten el ejercicio real de otros derechos, como los derechos civiles y políticos, relacionados con la libertad y a la autonomía de las personas e imprescindibles para la promoción de la democracia participativa y la ciudadanía integral». Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 11, 12, 31 e seguintes; Cfr. INGO W. SARLET, “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos”, in *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, 2010, pp. 35 a 61; RODRIGO G. SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, 2011, pp. 35 a 37. Neste sentido, vide ainda, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 264.

41 Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

o grau de vinculatividade jurídica, os padrões de controlo jurisdicional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder político democrático ou ao poder judicial.

Com efeito, no que se prende com a opção legiferante, existem normas de *prima facie* ou definitivas em ambos os direitos, de liberdade e sociais, sendo estes vistos como um todo. Relativamente aos deveres estatais de respeito, de protecção e de promoção, verificamos que o Estado se encontra vinculado tanto no que se refere aos direitos de liberdade, como nos direitos sociais e, por último, encontramos igualmente direitos positivos e direitos negativos em ambas as «categorias» de direitos.

Na obra de Víctor de Currea-Lugo, este Autor apoia o seu entendimento na posição adoptada no seio da Corte Constitucional Colombiana, a qual decidiu no sentido de considerar «La clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental»⁴².

Esta corrente doutrinal defensora do direito à saúde enquanto direito humano fundamental dotado de dignidade constitucional idêntica à dos direitos, liberdades e garantias assenta a sua posição na ideia de que, nem a natureza prestacional dos direitos, nem a eventual ausência de universalidade são argumentos com aptidão para recusar a natureza jurídico-fundamental dos direitos sociais em geral e do direito à saúde, em particular.

Normalmente, as teses que recusam ou que de certo modo são cépticas perante a atribuição aos direitos sociais da natureza e da qualificação jurídico-constitucional de «direitos fundamentais», não subscrevendo a respectiva equiparação de princípio aos direitos de liberdade, deduzem como principal argumento o facto de os direitos sociais serem contingentes de uma perspectiva económica.

Por isso, em virtude dessa contingência económica da qual os direitos sociais surgem reféns, os defensores da doutrina tradicional maioritária, falam em «direitos a prestações» quando se referem aos direitos sociais, pelo que nos interessa abordar este aspecto.

Para Víctor de Currea-Lugo é possível falar essencialmente em quatro cenários, quando nos reportamos aos chamados «direitos a prestações»: a) direitos perante os quais

42 VÍCTOR DE CURREA-LUGO manifesta a sua posição em defesa da equiparação jurídico-constitucional entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, referindo de modo categórico que o factor «custo económico» deve ser colocado de lado quando se trata de falar em garantias e efectivação do direito à saúde: «En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letrada (...) o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental. En síntesis, ni la naturaleza prestacional de los derechos (...), ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para afirmar que no se trata de derechos fundamentales». Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 42 e 43.

existe o seu reconhecimento e a sua garantia jurisdicional; b) direitos, cuja garantia apesar de existir encontra-se condicionada a questões de disponibilidade de recursos materiais; c) direitos que embora sendo reconhecidos são, contudo, objecto de uma iníqua repartição de recursos económicos e materiais; e) direitos que são pura e simplesmente recusados, ou seja, cujo reconhecimento jurídico é negado⁴³.

Para nós, o direito de acesso à saúde enquanto direito fundamental implicará sempre, pela sua própria natureza e relevância, uma distribuição considerada «justa» dos recursos disponíveis, independentemente de o Estado os possuir em pouca ou grande medida.

O direito à saúde, à luz do princípio social de Estado, tem de ser alheio à maior ou menor vulnerabilidade económica do Estado. E, assim, nestes termos, nunca poderá o Estado recusar a efectivação do direito à saúde com fundamento na escassez de meios económicos, por tal equivaler à recusa da garantia de um direito humano sob um pretexto meramente económico, o que se afigura inaceitável à luz da Constituição e até da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Os recursos económicos que deverão ser disponibilizados ao sector da saúde sê-lo-ão sempre presididos pelo valor da dignidade humana e pela equidade, na medida em que a saúde é o direito social indissociável do direito à vida, em termos quantitativos e qualitativos, que a todos os indivíduos deverá ser assegurado em termos de igualdade e de universalidade.

Este direito de primeiro grau (direito à vida) não existe sem que se garanta a efectividade daquele direito social (direito à saúde), não se compreendendo uma agenda estatal que não o coloque no topo das suas prioridades políticas.

Daí que, a nosso ver, não faça qualquer sentido negar uma protecção de *prima facie* do direito à saúde com base no seu enquadramento em normas meramente programáticas e, enquanto tal, apenas invocáveis de forma mediata e indirecta.

Portanto, o direito à saúde deveria beneficiar do mesmo grau de protecção e de efectividade de que goza o direito à vida, qualificado como direito de primeiro grau. E, na medida em que o respeito e cumprimento integral do direito à saúde revela-se essencial à concretização do direito à vida, a categorização que os separa em diferentes tipologias de direitos fundamentais deveria ser eliminada, assim como, a divergência entre ambos os tratamentos jurídicos.

É verdade que os direitos sociais são direitos dependentes, em grande parte, da capacidade económica do Estado e das respectivas vicissitudes financeiras, valendo sob a cláusula ou reserva do financeiramente possível. Acresce que os direitos sociais são caracterizados

43 Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 43.

pela sua *indeterminabilidade* em termos de conteúdo constitucional, ao mesmo tempo que apresentam uma estrutura de direitos positivos⁴⁴.

Ora, da perspectiva da doutrina tradicional, estas características globalmente consideradas levantam sérias questões susceptíveis de inviabilizar a qualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais ou, pelo menos, exigiriam uma distinção qualitativa profunda face aos direitos de liberdade que impediria um idêntico regime jurídico, comum a ambos os direitos. Senão vejamos.

Para os autores que recusam a equiparação em termos de natureza jurídico-constitucional dos direitos sociais aos direitos de liberdade, existe uma miríade de factores a ter em consideração, designadamente os seguintes: a) impossibilidade de determinação de um conteúdo definitivo a partir das normas constitucionais, b) impossibilidade de extracção de direitos subjectivos a partir de normas constitucionais, circunscrevendo-se a uma dimensão puramente objectiva, c) impossibilidade de determinação da existência de eventuais violações aos direitos sociais com recurso a métodos jurídicos, d) impossibilidade de uma vinculação estrita do poder público aos comandos constitucionais relativos aos direitos sociais, e) a justiciabilidade frágil dos direitos sociais, f) não abrangência em termos absolutos dos direitos sociais a todos os cidadãos sem excepção, porquanto são direitos que têm aplicação em termos discriminatórios ou, se se entender preferível, num sentido material específico do princípio de igualdade (tratamento igual para igual e tratamento desigual para o desigual), porquanto reconhecidos apenas a algumas classes de indivíduos, como os mais desfavorecidos, os mais carenciados/pobres, os mais doentes, etc. e não a *todos* de modo idêntico e pleno. Quer dizer, somente uma parcela ou franja de cidadãos que se encontrem naquelas particulares circunstâncias ou que preencham determinados requisitos em termos sociais e económicos, é que poderão ser colocados numa posição em que irão beneficiar da aplicabilidade dos respectivos direitos sociais que se revelem «adequados» e «ajustáveis».

Mais propriamente sobre o direito à saúde, vale a pena recordar as palavras de Víctor de Currea-Lugo «(...) el objetivo médico, la naturaleza de la profesión, no es esencialmente ahorrar dinero. Dedicar la labor médica principalmente al ahorro de recursos contradice la naturaleza misma del acto médico»⁴⁵.

44 Vide BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, acerca do entendimento dogmático que foi adoptado pela Constituição Espanhola sobre os direitos sociais: «La construcción dogmática de estos derechos en la moderna doctrina no há alcanzado el necesario grado de consolidación, uno de cuyos efectos más importantes es la disparidad de criterios en cuanto a su fundamentación, su formulación positiva, la conexión de tales derechos – y de la relación jurídico-pública que originan – con los ciudadanos, es decir, la titularidad de los derechos sociales, y los distintos mecanismos de la acción administrativa y judicial de tutela» in BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas Ediciones, 2002, pp. 69 e seguintes. Neste sentido JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.87.

45 Vide VÍCTOR DE CURREA-LUGO, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005, pp. 44.

Para efeitos de admissibilidade ou, pelo contrário de rejeição da equiparação da natureza, qualificação e respectivo tratamento jurídico dos direitos sociais aos designados direitos de liberdade iremos seguidamente analisar a pertinência e viabilidade dos argumentos que se perfilam no firmamento jurídico num e noutro sentido.

3.2. Assunção de uma dogmática unitária de ambos os direitos constitucionais, «direitos sociais» e «direitos de liberdade». Especial atenção ao «direito à saúde» enquanto «direito social especial» digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade»(?)

Preconizamos uma posição *tertium genus*, pois apesar de reconhecermos que os direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente consagrados, merecem de pleno direito idêntico nível de «dignidade jusconstitucional» que é reconhecida aos «direitos de liberdade»⁴⁶, dever-se-á, contudo, recorrer a determinada parcimónia e a critérios de razoabilidade aquando dessa equiparação.

Não subscrevemos assim, em plenitude a posição de Jorge Reis Novais, segundo o qual qualquer distinção no que concerne à qualificação jusconstitucional ou ao nível de tutela ou efectividade entre os «direitos sociais» resulta de uma construção dogmática falaciosa e insustentável, elaborada pela doutrina clássica ou tradicional portuguesa sobre direitos constitucionais, que deverá ser abandonada⁴⁷, porquanto se alicerça em fundamentos artificiais.

De acordo com esta posição, não existem direitos constitucionais nem de «primeira categoria», nem de «segunda categoria», porquanto todos constam, com igual dignidade, da Constituição da República Portuguesa, mediante séria ponderação e livre vontade do legislador no sentido de os consagrar no texto fundamental. E, nessa medida, é intolerável qualquer teorização ou doutrina que tente operar uma discriminação que resulte no coarctamento de estatuto, de defesa, tutela e efectividade de uns em favorecimento de outros.

Somos de opinião que, apesar dos méritos manifestados pelo raciocínio axiológico em que assenta a doutrina unitária dos direitos constitucionais, deverá prevalecer no nosso firmamento jurídico um entendimento que pondere as fragilidades do Estado em concretizá-los de igual modo.

Pese embora reconheçamos, na esteira daquela doutrina minoritária, que os direitos constitucionais, independentemente da sua qualificação enquanto «direitos de liberdade»

⁴⁶ Estes direitos também são conhecidos por direitos de primeira geração, de primeiro grau ou, ainda, por direitos que pertencem ao catálogo de direitos, liberdades e garantias.

⁴⁷ Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, no âmbito de uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 23 de Novembro de 2012, sob o tema: «O conteúdo normativo diferenciado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana», com o comentário de BENEDITA MACCRORIE.

ou «direitos sociais» colhem o seu fundamento jusconstitucional no núcleo essencial que reside no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual resulta do próprio *texto normativo*, desde logo do preceito do artigo 1º («Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)), articulado com o artigo 18º, nº3, («As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais»), *não podemos ignorar a concreta realidade política e económica que nos impele a considerar que uns direitos, em dada altura, são mais relevantes que outros.*

Realçamos, outrossim, a protecção jurídica de raiz universal que resulta do *espírito* da lei fundamental, em virtude da cultura da Nação portuguesa, bem como, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta das Nações Unidas, assim como, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, das quais Portugal é país subscritor.

Por outro lado, uma doutrina sobre direitos fundamentais que negue em absoluto, a idêntica dignidade e de estatuto, de *per si*, dos «direitos sociais» relativamente aos «direitos, liberdades e garantias», sem fundamento relevante e sem atender a concretos circunstancialismos de “peso”, é uma doutrina que inevitavelmente pugna pela violação, ainda parcial ou subtil, da dignidade da pessoa humana, devendo ser superada e afastada.

Veja-se o caso paradigmático do «direito à saúde», de que nos ocupamos neste estudo, e que como sabemos é um «direito social»: não será absolutamente intolerável no seio de um Estado de Direito democrático, a subalternização do estatuto e da efectividade deste direito traduzido no condicionamento da possibilidade de o cidadão, de pleno direito, directa e imediatamente, exigir perante os Tribunais, o respectivo cumprimento por parte entidades privadas e de entidades públicas, de entre as quais o próprio Estado?

Indo ao cerne da questão: deverá o cidadão-utente do Serviço Nacional de Saúde ou que recebe cuidados de saúde em estabelecimentos privados de saúde ver os seus direitos de defesa, em sede jurisdicional, ser tolhados, com base num fundamento meramente teórico-doutrinal, pelo qual o seu direito à saúde enquanto direito social (e, logo, de “segunda categoria”), não merece tutela judicial, como se não se tratasse de um verdadeiro direito constitucional?

Nem vale aqui, da nossa perspectiva, o argumento que a doutrina tradicional portuguesa argui, como fundamento para proceder à distinção entre os vários direitos constitucionais, que se prende com a «banalização» desses direitos, a qual passa a existir em virtude da «equiparação generalizada» dos direitos constitucionalmente plasmados e cuja efectividade em idêntico grau e força, eliminaria o Estado Social tal como o conhecemos, tantas seriam as reivindicações sociais oriundas do cidadão cada vez mais consciente dos seus direitos. É interessante o paradoxo que está presente na doutrina tradicional portuguesa: para que a uns direitos constitucionais seja reconhecida força jurídica e efectividade plena, «sendo levados a sério», há que relegar tantos outros, os quais essencialíssimos à

dignidade do cidadão enquanto ser humano, para um patamar de «segunda categoria», cuja efectividade fica para «quando puder ser».

Parece assim que, para que alguns direitos constitucionais sejam efectivamente dignos de *tutela* constitucional plena, outros terão de ser menosprezados, porque entende a doutrina clássica que não é argumento suficiente os *direitos serem todos considerados constitucionais* e constarem do texto normativo em geral e de determinada norma constitucional, em particular.

Por isso, a nosso ver, esta doutrina tradicional peca por defeito, olvidando por completo o espírito da lei fundamental. Mais que isso, parece que os «direitos sociais», para poderem vingar como verdadeiros direitos constitucionais, carecem ainda de um acto de «aperfeiçoamento» ou legitimador com que os «direitos de liberdade» nasceram e eles não.

Por último, esta construção dogmática que opera a separação estanque entre «direitos sociais» e «direitos de liberdade» parece ter esquecido o essencial: o legislador da Lei Fundamental quis, num determinado momento legiferante, consagrar certos direitos no texto normativo da Constituição, *de e para* o cidadão, encarado como «fim» e não como «meio» ou mero «instrumento», encarando-o como ser dotado de dignidade humana.

4. Conclusões

O cidadão é merecedor da plenitude de tutela ou de justiciabilidade, através da expansão do estatuto e da máxima eficácia de todos os seus direitos constitucionais enquanto direitos humanos que são, independentemente da qualificação ou denominação que esta ou aquela doutrina lhes atribua⁴⁸.

A nossa posição preconiza o reconhecimento do «direito à saúde» enquanto «direito social *especial*» digno de tutela idêntica à dos «direitos de liberdade», nos termos preconizados por uma doutrina intermédia, que articula e combina harmoniosamente as valências da doutrina minoritária e da doutrina tradicional. De um lado, a nossa posição assenta na axiologia presente na doutrina da dogmática unitária dos direitos constitucionais e nas suas considerações sobre o princípio da dignidade humana e, por outro lado, atende à necessidade de pragmatismo na priorização de respostas do Estado às reivindicações sociais do cidadão, que a doutrina tradicional esforça-se por responder.

Por todo o exposto, a nossa conclusão não poderá deixar de ser a seguinte: o “direito à saúde” é um direito social especial equiparado a “direito de primeiro grau”⁴⁹ e verdadeiro direito humano integrante e *conditio sine qua non* da cidadania universal.

48 Neste sentido, ISA ANTÓNIO, «As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advento do estado Mínimo de Regulação e o direito de acesso à saúde», pela Universidade de Santiago de Compostela, 2014 (em fase de publicação).

49 Ibidem.

5. Referências

- Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- António/ Isa, «As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advento do estado Mínimo de Regulação e o direito de acesso à saúde», pela Universidade de Santiago de Compostela (em fase de publicação), 2014.
- Curra-Lugo/Víctor de, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005.
- Gomes/ Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Holmes/Sunstein, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999.
- Macho/ Luis Miguez,
 – *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999.
 – “La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011.
- Moreno/Beatriz González, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002.
- Novais/ Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Queiroz/Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- Sarlet, Ingo W. / Figueiredo, M. “Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” in INGO SARLET/LUCIANO TIMM (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, 2008.
- Sarlet/ Ingo W. *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- Schwarz/Rodrigo García, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- Vaz, Manuel Afonso/Carvalho, Raquel et al., *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

RESPONSABILIDADE FINANCEIRA E CRIMINAL PELOS DINHEIROS PÚBLICOS – TUTELA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof.-Adj. e Coord. das Ciências Jurídico-Fundamentais na Escola Superior de Gestão do IPCA (Portugal). Professor no Mestrado na Universidade do Minho. Investigador Associado do CEDU–Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Presidente da Comissão de Fiscalização e Disciplina do Sindicato Nacional do Ensino Superior. gsopasdemelobandeira@ipca.pt e gsopasdemelobandeira@hotmail.com

ZULMAR FACHIN

Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal do Paraná, Brasil. Professor na Universidade Estadual de Londrina e do Centro Universitário de Maringá (Brasil). Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (Brasil). zulmarfachin@uol.com.br

Resumo

A concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais é um caminho a prosseguir. É necessário, adequado e proporcional, seguir os princípios constitucionais (constitucionais) da transparência e da responsividade às demandas da população, da prestação de contas e própria responsabilidade. Tudo isto também envolve o desenvolvimento de princípios constitucionais que sejam de anticorrupção. A responsabilidade financeira e criminal pode constituir um incentivo à melhoria da gestão dos dinheiros públicos e a uma melhor efectivação dos princípios constitucionais fundamentais. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança, devem ser articuladas numa só estratégia. Tribunal Federal/Constitucional, Supremo/Superior Tribunal de Justiça ou Tribunais de Contas têm que ser considerados em conjunto. Tribunais os quais devem estar atentos à gestão dos recursos dos contribuintes e ao endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas. Dívidas que, inclusive, têm implicações na soberania nacional e nas relações com os credores externos. É importante gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Não se pode esquecer, de modo paralelo, da necessidade, adequação e proporcionalidade da existência

duma responsabilidade criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos públicos, dirigidos à concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais em países como Portugal ou o Brasil, que tenham sido irregularmente desviados para servir interesses privados.

Palavras-chave

Direitos constitucionais fundamentais sociais; Responsabilidade financeira; Responsabilidade criminal; Dinheiros públicos.

Resume

The implementation of the Constitutional Social Fundamental Rights is one way to proceed. It is necessary, appropriate and proportionate, following the constitutional principles (constitutional) transparency and responsiveness to the demands of the population, accountability and self-responsibility. All this also involves the development of constitutional principles that are anti-corruption. The financial and criminal liability could constitute an incentive to improve the management of public funds and the enhanced enforcement of fundamental constitutional principles. The constitutional, administrative, criminal areas, public management and administration and good governance science, should be articulated in a single strategy. Federal Court / Constitutional, Supreme / High Court of Justice or audit offices have to be considered together. Courts which should be alert to the management of taxpayers resources and the debt of public authorities and public companies. Courts which should be alert to the management of taxpayers resources and indebtedness of governments. Debts even have implications for national sovereignty and relations with external creditors. It is important to manage with competence and honesty public money. We can not forget, in parallel, of necessity, appropriateness and proportionality of the existence of an effective criminal responsibility and appropriate means to recover public assets, aimed at achieving the Social Fundamental Constitutional Rights in countries like Portugal or Brazil, which have been irregularly diverted to serve private interests.

Key words

Social fundamental constitutional rights; Financial responsibility; Criminal responsibility; Public money.

1. Objectivos, Metodologia e Introdução

Os objectivos estão no estabelecimento da conexão inegável entre, por um lado, uma honesta, transparente e constitucional (constitucional) gestão dos dinheiros públicos

e, por outro lado, a concretização dos direitos e deveres constitucionais fundamentais sociais.

A metodologia a ser seguida prende-se com a análise doutrinal, legal e jurisprudencial comparativas que existe sobre a matéria, em especial, em países como Portugal ou Brasil. Não esquecendo a troca de impressões, entrevistas de modo mais (in)formal, mas também em congressos, conferências, palestras, seminários, colóquios, simpósios, entre outros eventos, entre colegas professores e investigadores e cientistas e diversos auxiliares do Direito, de diferentes nacionalidades. Portugal, diga-se, é um dos países da União Europeia e, por isso mesmo, está sob a influência dum Direito da União Europeia, a qual é, no presente momento, constituída por 28 Estados-membros independentes. Em 2012 eram cerca de 507 milhões de habitantes que, no seu conjunto, constituem o maior bloco económico do mundo, ultrapassando os EUA, a China ou o Japão a título de exemplo. Diga-se, contudo, que o chamado “Direito da União Europeia” é, nada mais, nada menos, do que o próprio direito de origem profunda mediterrânica greco-romana e de forte desenvolvimento e aperfeiçoamento através do Império Romano.

O Brasil, todos o sabemos, é, por si só, um continente. Já ultrapassou os 203 milhões de habitantes. É o quinto país mais populoso do mundo. É maior economia da América Latina, bem como a segunda maior de todo o continente americano, além de ser a sétima maior economia do mundo.

2. Desenvolvimentos introdutórios

A boa governança dos dinheiros públicos está ligada de um modo íntimo à concretização prática dos chamados direitos constitucionais sociais.

A tutela jurídico-constitucional da recepção de receitas públicas – crimes tributários em sentido amplo, incluindo portanto as contra-ordenações ou o “direito administrativo sancionatório” -, está já acautelada, num grau de interesse público que se pode considerar justo e razoável em níveis de intervenção mínima. Isto, se tivermos em perspectiva o contínuo aperfeiçoamento da retribuição, da prevenção geral positiva, da prevenção especial positiva e da, agora mais desenvolvida, justiça restaurativa. Já se sentem, todavia, algumas dificuldades em ordenamentos jurídicos como o de Brasil ou de Portugal, na tutela da utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos.

No espectro político da Europa ocidental, existe um consenso bem alargado acerca da necessidade, adequação, proporcionalidade, respeitando a intervenção mínima, de ter que existir uma sanção em face da eventual ausência dum manuseamento e aplicação honesta e transparente dos dinheiros públicos.

O estado da arte presente em relação ao uso transparente e honesto dos dinheiros públicos não se tem reflectido, quando deveria ser o caso (e cada caso é um caso), nas

teorias, que também aqui deveriam estar presentes e muito menos nas práticas. Não desfazendo o velho provérbio, de certa forma científico, de que “não há nada mais prático do que uma boa teoria”.

3. Justificações constitucionais em Portugal

No caso português encontramos na respectiva Constituição um capítulo (II) dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais. Este Capítulo II da Constituição da República Portuguesa (CRP) constitui, por conseguinte, um importante “catálogo de direitos sociais”.¹ É claro que quando falamos em direitos sociais, estamos a falar também em deveres sociais. Podemos mesmo evocar a existência duma Constituição social, como um grupo de direitos e princípios de natureza social que estão consagrados de modo formal na Constituição.² Trata-se dum conceito muito amplo que abrange os princípios fundamentais daquilo que se designa numa outra linguagem técnica como “direito social”.

É com lógica jurídico-científica que, por conseguinte, podemos afirmar que os chamados “direitos sociais” evocam uma democracia económica e social num caminho triplu³⁴:

1º São direitos que pertencem a todos os portugueses e, por tendência, a todos os residentes em Portugal. A nossa referência vai para a segurança social; a saúde; a habitação ou moradia; o ambiente; a qualidade de vida;⁵ Ora, desde logo aqui se coloca o problema do custo do Estado de Direito social e da associada gestão honesta e transparente dos dinheiros públicos.⁶ “Todos os portugueses” é “muito caro?” “Todos os residentes em Portugal?” ainda fica mais caro. A questão é também saber que prioridades deverá ter afinal o Estado de Direito social e que tipo de democracia pretendemos usufruir;

2º Está previsto, pois, um tratamento preferencial para as pessoas que, por causa do seu enquadramento económico, social ou físico, não podem, infelizmente, gozar destes

1 Cfr. Título III, Capítulos I e II da CRP, art.s 58º e ss. e 63º e ss..

2 Wertenbruch, Wilhelm, “*Sozialverfassung, Sozialverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*”, Athenäum-Verlag, ISBN 3761061641, Frankfurt am Main, 1974, pp. 2 e ss..

3 Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª Edição, Editora Almedina, ISBN 978-972-40-2106-5, Coimbra, 2003, pp. 347 e ss..

4 Sobre a democracia em Portugal, Alves, Fernando de Brito, *Democracia À Portuguesa § Retórica democrática na tradição jurídica lusófona*, Editora Lumen Juris, Direito, Rio de Janeiro, 2014, *passim*.

5 Cfr. art.s 63º, 64º, 65º, 66º e 67º da CRP.

6 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, “Responsabilidade Financeira e Criminal – Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos – Prefácio de Jónatas Machado”, Editora Juruá, Paraná-Curitiba, Brasil e Lisboa, Portugal, ISBN 978853625032-8, *passim*.

direitos.⁷ Prevê-se, por conseguinte, que em alguns casos, poderá ter que se despender uma maior quantia de dinheiro;

3º Os dois sentidos anteriores implicam uma tendencial igualdade dos cidadãos no que concerne às prestações sociais, em direcção a um “sistema unificado de segurança social”, “um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito”, “uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes”.⁸

3.1. *Justificações constitucionais também no Brasil:*⁹

Na Constituição lusa procura-se alcançar um “objectivo extra-fiscal” para o sistema fiscal, ou seja, a “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.¹⁰ Se, por um lado, é preciso o Estado recepcionar os impostos de modo necessário, adequado e proporcional; é também, por outro lado, necessário, adequado e proporcional que aplique de forma constitucional e, portanto honesta e transparente, os dinheiros públicos.

Tanto em Portugal, como no Brasil, assim como noutros países do mundo, assiste-se a uma tentativa de privatização da administração pública. É preciso não esquecer, contudo e em momento algum, que nem toda a empresa prossegue ou tem que visar lucros: v.g. no sector do meio ambiente. Além das cooperativas e/ou certas empresas públicas em determinadas actividades que são deficitárias do ponto de vista estrito pecuniário.

A hermenêutica em geral, e/ou em particular¹¹, constata, com relativa facilidade, que a dimensão do lucro não é apenas formal, mas também material: o “lucro da saúde individual de cada um e de todos”; o “lucro da conservação do património cultural e artístico”; o “lucro do meio ambiente saudável”; o “lucro do conhecimento, da educação e da ciência”; o “lucro da segurança e paz públicas”; o “lucro da Justiça”, o “lucro da ausência de precariedade no emprego”; o “lucro da alegria, do belo e do amor”, entre outros fenómenos. Já a Constituição portuguesa se preocupa de modo claro com a “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”, o que podia, aliás e também, criar obstáculos à execução das tarefas fundamentais, nomeadamente sociais,¹² do Estado. A Constituição lusa

7 Cfr. art.s 63º/4, 64º/2, 65º/3, 67º, alínea e., 68º, 69º, 70º, 71º e 72º da CRP.

8 Cfr. respectivamente art.s 63º/2, 64º/2 e 71º/2 da CRP.

9 Sobre a relação entre América e a Ibéria, Martins, Rui Cunha, in «O Método da Fronteira-Radiografia Histórica de um Dispositivo Contemporâneo (Matrizes Ibéricas e Americanas)», Fora de Coleção, Editora Almedina, Coimbra, 2008, pp. 5-252, *passim*.

10 Cfr. o art. 103.º/1 da CRP.

11 Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, *passim*.

12 Sobre a evolução histórica dos direitos sociais no Brasil e os direitos sociais na Constituição de 1988, Fachin, Zulmar, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015, pp. 345 e ss..

consagra um princípio de bem-estar social e económico, político e cultural.¹³ As próprias “férias, o repouso e o lazer” são direitos sociais.¹⁴

Igualmente na Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) podemos encontrar diferentes consagrações de direitos sociais e económicos constitucionais fundamentais. No preâmbulo, podemos encontrar desde logo uma evocação do “bem-estar”: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Um pouco por toda a CRFB podemos encontrar, pois, uma série de evocações de direitos e deveres sociais e económicos fundamentais, não deixando de abarcar a referência a serviços públicos com os mesmos conexionsados.¹⁵

Neste desiderato, não é despidiendo que a CRFB, mas igualmente a CRP, façam sobressair, por exemplo, a promoção de um meio ambiente saudável.¹⁶ Como todo o jurista deve saber, o meio ambiente saudável está interconexionado com o livre desenvolvimento dos direitos sociais e económicos constitucionais fundamentais.

Neste enquadramento, ainda é de ressaltar o enfoque que a CRFB proporciona ao bem-estar social e económico.¹⁷ E aqui, com uma atenção prioritária, e de dever fundamental do Estado brasileiro, no caso especial dos índios.¹⁸ É importante inclusive referir a preocupação que é muitas vezes encarnada pelo próprio Ministério Público nas questões socio-ambientais, v.g., amazónicas.¹⁹

13 Por exemplo: “Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”; ou “Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais”; ou “Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”; etc.: cfr. art. 9.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Mas também, por outro lado, poderiam estar em causa qualquer uma das “Incumbências prioritárias do Estado”, como, v.g., a promoção do “... aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”: art. 81.º da CRP. Esta norma constitucional consagra inclusive uma espécie de programa dirigido ao Estado de Direito social e democrático.

14 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, «Férias, repouso e lazer: Direito Fundamental Constitucional dos trabalhadores», *Justiça, Ciência&Política com Tempero*, Diário do Minho, 15/8/2014, p. 2.

15 Cfr. artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º da CRFB. Cfr. art. 175.º da CRFB.

16 Cfr. v.g. art. 225.º da CRFB.

17 Cfr. art. 23.º, 182.º, 186.º, 193.º, 219.º e 230.º da CRFB.

18 Cfr. art. 231.º da CRFB.

19 Silveira, Edson Damas da, *Socioambientalismo Amazônico*, Editora Juruá, 1ª edição de 2008, 2ª reimpressão de 2012, *passim*.

4. Algumas consequências teóricas e práticas na prevenção da utilização dos dinheiros públicos contra as finalidades constitucionais

É, por conseguinte, necessária, adequada e proporcional, que exista uma tutela jurídico-constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos nas suas diferentes ramificações – civil, administrativa, contra-ordenacional, criminal, entre outras possíveis. De contrário, se não existir essa mesma tutela, é quase impossível, para não dizer mesmo impossível, que se verifique uma concretização prática dos direitos e deveres constitucionais sociais.

A concretização dos direitos, mas também deveres, constitucionais fundamentais sociais é uma hipótese útil. O tratamento dos dinheiros públicos tem que ser transparente, responsável. É fundamental que se verifique uma efectiva prevenção da corrupção no sector público, mas também no sector privado.

A honestidade e transparência democráticas na gestão dos dinheiros públicos só têm a ganhar com uma responsabilidade financeira e criminal que vise as prevenções geral e especial positivas, não descurando uma retribuição necessária, adequada e proporcional. O que, em todo o caso, também não prejudica o objectivo de se querer alcançar uma justiça restaurativa. Tudo isto somado permite concretizar melhor a complexa inter-relação dos princípios constitucionais fundamentais sociais, mas igualmente económicos e culturais.

Chegou o momento de percebermos que estamos a lidar com peças do mesmo xadrez. Exige-se do ponto de vista constitucional a existência de uma só estratégia, sem prejuízo de irmos aperfeiçoando a mesma ao longo do tempo. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança, devem comungar esforços no mesmo sentido: o de ajudar a construir um efectivo Estado de Direito²⁰ Social, democrático, livre e verdadeiro. É inegável que os assuntos do(s) Tribunal Federal/Constitucional, Supremo/Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Contas, têm uma relação entre si. A totalidade destes tribunais não pode descurar a gestão dos recursos dos contribuintes e o endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas. É uma forma da doutrina, legislação e jurisprudência contribuírem para a sobrevivência do próprio Estado de Direito social democrático, livre e verdadeiro.

Se a dívida de um país se torna demasiado profunda, é a soberania nacional que fica em perigo. As relações com os credores externos, incluindo credores mais, ou menos, agiotes, tornam-se numa espécie de deslocalização do poder nacional democrático.

20 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *In: Ciência Política, Estado e Direito Público § Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*, Prefácio: Celso Antônio Bandeira de Mello, 2ª edição, Editora Verbatim, 2014, *passim*.

É fundamental em absoluto – do ponto de vista constitucional constitucional – gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Não podemos olvidar, pois, de modo prospectivo, da necessidade, adequação e proporcionalidade da existência duma responsabilidade financeira e criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos/ativos.

São esses mesmos activos/ativos públicos que estão apontados à concretização dos direitos constitucionais fundamentais sociais em países como o Brasil ou Portugal.

Activos/ativos esses que não podemos aceitar que se desviem do interesse público.

Não esquecendo, em momento algum, que o Estado, ele próprio, pode ser o criminoso. Que o legislador-alfaiate pode, ele próprio, ser o criminoso. Pelo que a questão é também de saber quem guarda os guardas, ainda ouvimos a voz de Juvenal.

5. Conclusões

Os crimes tributários e a responsabilidade por ilícitos tributários tutelam no essencial a recepção constitucional (constitucional) das receitas públicas.

Os crimes financeiros e a responsabilidade por ilícitos financeiros tutelam a distribuição constitucional (constitucional) dessas mesmas receitas públicas.

Tal como Jano, são duas faces da mesma moeda. Tal como a Mulher de César, não basta ser, é preciso parecer.

Só com esta dupla visão – que é uma visão complexa –, com base numa ética multilateral, é que se poderão concretizar com maior eficácia os direitos fundamentais sociais de modo mais profundo e amplo.

De contrário, a evasão aos impostos pode se tornar, ela própria, uma questão de ética, em face da corrupção no Estado na utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos.

6. Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *In: Curso de Direito Comercial – v. I – Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*. 9. ed. 2013.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *In: Ciência Política, Estado e Direito Público § Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*, Prefácio: Celso Antônio Bandeira de Mello, 2ª edição, Editora Verbatim, 2014.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *In: Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*,

comentário aos arts. 372 e ss. 2. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 997. 4. ed. 2011.

ALVES, Fernando de Brito, *In: Democracia À Portuguesa § Retórica democrática na tradição jurídica lusófona*, Editora Lumen Juris, Direito, Rio de Janeiro, 2014.

ANDRADE, Fernando Rocha. *In: A limitação constitucional do défice orçamental e sua circunstância*. Versão provisória do estudo elaborado para publicação na obra “*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*”, *Studia Juridica*, n. 107, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2013.

ANDRADE, Manuel da Costa. *In: A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico*, Direito Penal Económico, Coimbra: CEJ, 1985; ou in “*A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de bem jurídico*” in IDPEE (Org.). **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. I, p. 389 e ss. e 398 e ss.

BANDEIRA, Melo. *In: Acórdão do STJ, de 25.05.1979, “Despedimento nulo”; “Responsabilidade disciplinar do trabalhador”; votação por Unanimidade. BMJ n. 287, a. 1979, p. 190 ou <www.dgsi.pt>*.

BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo. **Responsabilidade Penal Económico e Fiscal dos Entes Colectivos § À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial**, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. A Honra e a Liberdade de Expressão – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Jurisprudência Crítica. **RPCC** – a. 16 – Fascículo 4, Coimbra: Coimbra, out./dez. 2006/2007. p. 643 e ss.

_____. O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. *In: AA.VV.*, Coordenação de NASCIMENTO SILVA, Luciano; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo. **Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira**. Lisboa: Juruá, Disponível em: <www.jurua.com.br>, 2010.

_____. **Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas” – “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”**. Edição Revista e Ampliada com Texto Extra. Lisboa: Juruá, 2011/2015 (4ª tiragem).

_____. Responsabilidade criminal e recuperação de activos, **Colóquio “Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro”**, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do *Instituto Iuridico* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23.04.2014, 9Hrs-18Hrs.

- _____. “Nova” Lei da Concorrência de 2012 é mais Justiça?, **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 30.05.2014, p. 22.
- _____. **Lições de Direito Económico e Financeiro, Curso de Gestão Bancária e Seguros, 2013/2014**. maio de 2014, ESG/IPCA, 4. ed. Barcelos.
- _____. Tribunal Constitucional: hora de cortar nas PPP’s, contratos futuros *swap*... **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 06.06.2014, p. 21.
- _____. Há alternativas ao aumento de impostos? Sim, há. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 13.06.2014, p. 22.
- _____. Ó sistema capitalista, quanto do teu Portugal são lavagens de capital?. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 01.08.2014, p. 18.
- _____. Férias, repouso e lazer: Direito Fundamental Constitucional dos trabalhadores. **Justiça, Ciência&Política com Tempero, Diário do Minho**, 15.08.2014, p. 2.
- _____. Responsabilidade Financeira e Criminal – Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos – Prefácio de Jónatas Machado”, Editora Juruá, Paraná-Curitiba, Brasil e Lisboa, Portugal, 02.2015.
- BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene** e/ou “*Dos Delitos e Das Penas*” com tradução de José de Faria Costa, do original italiano, Edição de Harlem, Livorno, Itália, 1766. revista por Primola Vingiano, com dois ensaios introdutórios de José De Faria Costa e Giorgio Marinucci, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BECK, Ulrich. *In: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 6. ed. Brasil: OAB, 2004.
- BOTTKE, Wilfried. *In: Der Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*, in Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts», Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Herausgegeben von Bernd Schünemann § Carlos Suárez González, Carl Heymanns Verlag KG • Köln • Berlin • Bonn • München, Alemanha, 1994. p. 109 e ss.
- BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de Imputação Jurídico-Penal de Entes Colectivos § (Elementos Para Uma Dogmática Alternativa da Responsabilidade Penal de Entes Colectivos). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, a. 13, n. 2, abr./jun. 2003. IDPEE, p. 207 e p. 224 e ss.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Editora Almedina, ISBN 978-972-40-2106-5, Coimbra, 2003.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *In: CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1 a 107*, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. v. I.
- _____. *In: CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 108 a 296*, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. II.
- CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimentos das Empresas Estatais e Endividamento Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COELHO, José Carlos. **Governo anuncia nacionalização do BPN § Ministro diz que instituição enfrenta “iminente ruptura de pagamentos” § A nacionalização do BPN será a primeira desde 1975**. <www.publico.pt>, 02.11.2008.
- COELHO, Luís. *In: O “mobbing” ou o assédio moral no trabalho*. <www.jornaldenegocios.pt>, 08.09.2008.
- CORREIA, Eduardo. *In: Actas do Código Penal*, 1979.
- _____. **Os artigos 10º do Dec.-Lei 27 153**, 1968.
- COSTA, J.M. Cardoso da. **Curso de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 1972.
- DIAS, Carmo. *In: Comentário das Leis Penais Extravagantes* § v. 1, Paulo Pinto de Albuquerque § José Branco, Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 761 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *In: Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2. Reimpressão (1997), Coimbra: Coimbra, 1992.
- . **Direito Penal** § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime, 2. ed. atual. e ampl. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FACHIN, Zulmar, Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015.
- FARIA, Paula Ribeiro. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, t. III, arts. 308º A 386, Dirigido por J. de Figueiredo Dias, em anotação ao art. 375 do Código Penal (Peculato), 2001.
- FLETCHER, Laurence. Hedge Funds Betting Against Banco Espírito Santo in Line for Big Gains § Funds Took Short Positions in Troubled Lender in Months Before Its Collapse. **Wall Street Journal**, 06.08.2014.
- GERSÃO, Eliana. «Revisão do Sistema Jurídico Relativo À Infracção Fiscal». **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**. n. 112 (1976) ou Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra, 1999. v. II.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J. Gomes; RAMOS, Rui Manuel Moura; ANDRADE, José Carlos Vieira de; RÍQUITO, Ana Luísa.

- GREENSPAN, Alan. **The Age of Turbulence**. Adventures in a New World, The Penguin Press, New York, EUA, 2007.
- JÚNIOR, Salomão Ribas. «O papel do Tribunal de Contas na promoção dos direitos sociais no Brasil», **Colóquio Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do *Instituto Iuridico* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23.04.2014, 9Hrs-18Hrs.
- JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes Braga. Improbidade Administrativa. **Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba**, jan./jun. a. 1, n. 1, jan./jun. 2007. p. 122 e ss.
- KAUFMANN, Marcel. *In: «Europäische Integration und Demokratierprinzip»*, Baden-Baden Nomos-Verl.-Ges., Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 71, 1 Aufl., 1997.
- LIMA, F. A. Pires de; VARELA, J. de M. Antunes. *In: Código Civil Anotado*. (Artigos 1.º a 761.º), 4. ed. rev. e atual. com colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra, 1987. v. I.
- LINHARES, Erick. *In: A Política Externa da Terra dos Seis Povos § A República Cooperativa da Guiana*, Editora Juruá, Curitiba, 2013.
- MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. *In: Curso de Direito Tributário*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MAHAMUT, María del Rosario García. **La Responsabilidad Penal De Los Miembros Del Gobierno En La Constitución**, Madrid: Tecnos, 2000.
- MARTINS, Guilherme d'Oliveira; TAVARES, José F.F. **Colectânea de Legislação do Tribunal de Contas**. Departamento de Consultadoria e Planeamento, Direcção de Guilherme d'Oliveira Martins, Coordenação José F.F. Tavares e Eleonora Pais de Almeida, Grafiteira-Artes Gráficas Lda, 6. ed. atual. 2012: também em: <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/legislacao/legis6-act.pdf>>, agosto de 2014.
- MARTINS, Rui Cunha. *In: O Método da Fronteira-Radiografia Histórica de um Dispositivo Contemporâneo (Matrizes Ibéricas e Americanas)*, Fora de Colecção, Editora Almedina, Coimbra, 2008.
- PANSIERI, Flávio. *In: Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais § reflexões a partir do direito à moradia*, Editora Saraiva, 2ª Tiragem, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *In: Comentário Conimbricense Do Código Penal*. Parte Especial, t. II, arts. 202º a 307º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra, em anotação ao art. 279 do C.P. (Poluição), 1999.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *In: Direito Constitucional*, Ediora Verbatim, 1ª edição, 2010.
- SHILLER, Robert J. 1. ed. em 2000; e *in Irrational Exuberance*, Second Edition, «With new material on the real estate bubble», Currency - Doubleday, New York; London; Toronto; Sydney; Auckland, EUA-RU-Canadá, Austrália, 2005.
- SILVEIRA, Edson Damas da. *In: Socioambientalismo Amazônico*, Editora Juruá, 1ª edição de 2008, 2ª reimpressão de 2012.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *In: O Poder Reformador na Constituição de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais*, 1ª edição, São Paulo: RCS, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *In: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.
- WERTENBRUCH, Wilhelm. *In: Sozialverfassung, Sozialverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*, Athenäum-Verlag, ISBN 3761061641, Frankfurt am Main, 1974.

Grupo 2

Direito do Trabalho e Seguridade Social
Derecho del Trabajo y Seguridad Social

CONDICIONES DE TRABAJO PELIGROSAS Y ABSENTISMO POR CAUSAS DE SALUD LABORAL

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ¹

Profesor e investigador en formación del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Resumen

El objetivo de este estudio es analizar la posible relación entre las condiciones de trabajo peligrosas y el absentismo del trabajador, para lo cual es necesario analizar las condiciones de trabajo desde el punto de vista de la protección de la salud de los trabajadores y el nivel de absentismo debido a los procesos de Incapacidad Temporal originada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional².

La cuestión del absentismo es relevante para cualquier economía, de hecho, la ausencia del trabajo es un coste significativo para las empresas y los problemas de salud son las principales causas de absentismo laboral³, en donde las condiciones de trabajo juegan un significativo papel.

Palabras clave

Absentismo Laboral; Accidente de Trabajo; Enfermedad Profesional; Condiciones de Trabajo.

Abstract

The objective of this study is to analyse the possible relations between dangerous working conditions and labour absenteeism, for which is necessary to analyse the conditions of work from the point of view of protecting the health of workers and the level of absence from work due to temporary disability caused by an accident at work or an occupational disease.

1 Con el aval del director de la tesis, el Dr. Jordi García Viña.

2 Véase sobre este tema a GARCÍA VIÑA, Jordi. "La relación entre el absentismo laboral y el control de la incapacidad temporal". En: VV.AA. *La economía de la seguridad social: sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Ed. Laborum, Murcia, 2006, págs. 205-222.

3 EDWARDS, Paul and GREASLEY, Kay. *Absence from work*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), 2010, p. 10.

http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/ewco/tn0911039s/tn0911039s.pdf

The issue of absenteeism is relevant to any economy, in fact, the labour absenteeism is a significant cost for the companies and health problems are the leading causes of labour absenteeism, where working conditions play a significant role.

Key words

Labour absenteeism; Work Accident; Occupational Diseases; Working Conditions.

1. Introducción

El absentismo laboral y, especialmente, el injustificado, está presente en las políticas de la Unión Europea como en la de los Estados miembros, aunque en este estudio se analizará sólo la relación entre el absentismo por causas de salud laboral y las condiciones de trabajo que lo pueden provocar.

Así en la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989⁴, se reconocía la excesiva incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la necesidad de garantizar un mejor nivel de protección, concretándose, en su artículo 9, la obligación del empresario de elaborar una lista de los accidentes de trabajo que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a tres días de trabajo.

Por su parte, en la Comunicación de la Comisión –Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)⁵–, se reconocía la importancia, también desde un punto de vista económico, de la falta de calidad en las condiciones de trabajo que se traduce en una pérdida de capacidad productiva, señalando que en 1999 se perdieron 500 millones de jornadas laborales como consecuencia de accidentes o problemas de salud y en el pago de indemnizaciones y prestaciones, cuya financiación recae, en gran medida, en las empresas. Concretamente, se fijó, entre otros objetivos nacionales, el reducir el número de días perdidos a causa de estos accidentes y enfermedades (punto 3.3.2).

Para ello, en la Decisión 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social⁶, la UE se comprometía, entre otras medidas, a apoyar la mejora

4 Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989 p. 0001 – 0008.

5 Comunicación de la Comisión - Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006) /* COM/2002/0118 final */.

6 Artículo 6 de la Decisión n° 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social — Progress. OJ L 315, 15.11.2006, p. 1–8.

del entorno y las condiciones de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar, mediante el análisis, estudios y, cuando proceda, el desarrollo de estadísticas e indicadores, así como mediante la evaluación de la eficacia y la incidencia de la legislación, las políticas y las prácticas vigentes y la puesta en marcha de acciones preventivas y el fomento de una cultura de prevención en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Posteriormente, en la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)⁷, la Comisión reconoce como la falta de una protección eficaz de la salud y la seguridad en el trabajo puede desembocar en un absentismo por accidentes laborales y por enfermedades profesionales, así como en una invalidez permanente, con los enormes costes que ello supone en forma de pérdida de competitividad de las empresas, reducción del crecimiento económico e incremento en los gastos en los sistemas de Seguridad Social.

Precisamente, en España, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre⁸, tuvo como objetivo esencial contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española, para cuya finalidad, entre otras medidas, se modificó la regulación de la causa de despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo (art. 52 d del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 1995), reduciendo del 5% al 2,5% la referencia al índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo. Sin embargo, posteriormente, mediante el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero⁹, se elimina cualquier referencia a la necesidad de padecerse un determinado índice total de absentismo para poder recurrir al despido objetivo por esta causa, aunque pronto sería rectificado nuevamente por la Ley 3/2012, de 6 de julio¹⁰, la cual añadiría nuevamente la necesidad de un nivel mínimo de absentismo total del 5%, aunque en este caso sólo para cuando el despido objetivo se justifique en el absentismo del trabajador del 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

Recientemente, en cumplimiento del Programa Nacional de Reformas del Reino de España de 2013, que previa una nueva regulación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con el objetivo, entre otros, de contribuir en mayor medida a la lucha contra el absentismo laboral injustificado y a la sostenibilidad del sistema de la

7 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012). COM/2007/0062 final.

8 Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE 18 septiembre 2010, núm. 227, [pág. 79278].

9 Artículo 18.5 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 11 febrero 2012, núm. 36, [pág. 12483].

10 Artículo 18.5 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE 7 julio 2012, núm. 162, [pág. 49113].

Seguridad Social, se aprobó la Ley 35/2014, de 26 de diciembre¹¹, que modifica el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para la mejora de la atención y, que a su vez, debe permitir reducir el absentismo laboral injustificado, evitándose el uso indebido, cuando no fraudulento, en el acceso a la prestación¹², y mejorar así la competitividad de las empresas y de la economía en su conjunto.

Finalmente, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017¹³, se señala la conveniencia que los colectivos impulsen medidas para la mejora de la gestión y del control de la situación de Incapacidad Temporal por contingencias comunes, así como incluir criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo en la empresa, racionalizándose el establecimiento de complementos de la prestación pública de IT por contingencias comunes, que desincentive el absentismo.

Como se puede ver, tanto las políticas de la UE como las del Estado Español coinciden en la necesidad de reducir el absentismo laboral, lo cual tiene repercusiones económicas positivas debido a la reducción de los costes laborales, al incremento de la productividad, y a la mayor calidad de los productos y servicios que redundan en una mayor satisfacción de los clientes y una mejor imagen de la empresa frente a sus competidores directos. Aunque para ello las empresas deben inicialmente invertir en la mejora de las condiciones de trabajo, por tanto, se trata de una inversión de la cual se debe esperar sus beneficios futuros.

Por todo ello, parece conveniente buscar evidencias sobre la posible relación entre condiciones de trabajo peligrosas y absentismo del trabajador, lo cual precisa de un análisis de las condiciones laborales desde el punto de vista de la protección de la salud y su incidencia en el absentismo.

2. Las Contingencias Profesionales y el Absentismo por Incapacidad Temporal

La incapacidad temporal¹⁴ es la prestación que protege la pérdida de salario del trabajador en las situaciones en que el trabajador se encuentra temporalmente incapacitado

11 Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. BOE 29 diciembre 2014, núm. 314, [pág. 105960, Núm. Págs. 35].

12 PANIZO ROBLES, José Antonio. De nuevo el control de la IT: Apuntes sobre el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. *Revista de Información Laboral* num.7/2014 parte Art. Doctrinal. Ed. LEX NOVA, Valladolid. 2014.

13 Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. BOE núm. 147 de 20 de junio de 2015. Pág. 51602 y ss. 5º punto del Capítulo IV, sobre Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo.

14 Para profundizar en la evolución, regulación y problemáticas de la Incapacidad Temporal véase la profunda y extensa obra sobre esta temática de GARCÍA NINET, José Ignacio.

para desarrollar su trabajo. Cuando la inasistencia al trabajo esté justificada por un proceso de Incapacidad Temporal causado por alguna de las contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional) se puede hablar de absentismo por causas de salud laboral.

Desde 2010, los accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo se han reducido en el conjunto de la Unión Europea, aunque en España esta reducción se empezó a experimentar ya en el año 2007.

Sin embargo, las reformas para el control de la IT han sido constantes desde principios de los noventa¹⁵ con la finalidad de contener el gasto público¹⁶ generado por las prestaciones de IT, gestionada en su mayoría por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social¹⁷, aunque la mayoría de los procesos son causados por contingencias comunes.

Previamente a cualquier propuesta de medidas correctoras para la reducción o control del absentismo es necesario, como así se reconoce en el anteriormente citado III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, tener un conocimiento riguroso del absentismo que permita llegar a un acertado diagnóstico. Con esta finalidad en este punto se analizará la evolución del absentismo por causas de pérdida de salud y sus posibles causas.

2.1. Evolución del absentismo por causas de pérdida de salud

En primer lugar se puede observar como en el conjunto de la UE, el número de accidentes de trabajo se han reducido desde 2010 a 2012, aunque en España este descenso se observa ya en 2008 y, de forma más intensa, en los siguientes años.

Tabla 1. Accidentes con baja en jornada de trabajo de 3 o más días, según edad y país.

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|--------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Unión Europea (28 países) : | | 2.800.681 | 3.172.382 | 2.724.546 | 2.487.794 |
| Unión Europea (27 países) | 3.112.558 | 2.800.681 | 3.163.025 | 2.713.671 | 2.478.950 |

15 GARCÍA-ATANCE, Juan Molins. El control de la Incapacidad Temporal. *Revista Temas Laborales*, núm. 106/2010. pp. 13-47, p. 14.

16 MONREAL BRINGSVAERD, Erik. Control público de la Incapacidad Temporal y absentismo laboral: puntos de fricción. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28. Iustel: 2012, pp. 107-139, p. 110.

17 En 2010, el 94 por 100 de los afiliados a la Seguridad Social cubrían las contingencias profesionales a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social. GARCÍA-ATANCE, Juan Molins. op. cit., p. 27.

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|-------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Unión Europea (15 países)) | 2.875.027 | 2.625.940 | 2.983.951 | 2.556.047 | 2.322.907 |
| Bélgica | 64.752 | 54.707 | 55.931 | 55.315 | 49.546 |
| Bulgaria | 2.437 | 1.961 | 1.800 | 1.748 | 1.768 |
| República Checa | 89.549 | 58.100 | 56.875 | 37.036 | 36.013 |
| Dinamarca | 47.876 | 37.725 | 37.393 | 34.333 | 34.245 |
| Alemania | 781.673 | 698.070 | 761.280 | 747.560 | 709.940 |
| Estonia | 6.567 | 4.255 | 4.756 | 5.145 | 4.993 |
| Irlanda | 12.967 | 7.751 | 11.422 | 11.101 | 9.794 |
| Grecia | 23.134 | 18.725 | : | 12.617 | 11.926 |
| España | 590.989 | 441.616 | 401.386 | 363.510 | 281.045 |
| Francia | 523.230 | 474.825 | 818.155 | 483.476 | 461.376 |
| Croacia | : | : | 9.356 | 10.875 | 8.844 |
| Italia | 399.689 | 383.274 | 362.385 | 321.084 | 274.040 |
| Chipre | 2.127 | 1.960 | 1.913 | 1.747 | 1.511 |
| Letonia | 1.352 | 872 | 902 | 1.050 | 1.213 |
| Lituania | 2.650 | 1.640 | 1.828 | 2.155 | 2.303 |
| Luxemburgo | 7.056 | 5.895 | 6.133 | 6.320 | 6.299 |
| Hungria | 19.291 | 15.326 | 16.326 | 14.277 | 16.717 |
| Malta | 2.791 | 2.413 | 2.375 | 2.121 | 2.190 |
| Holanda | 127.200 | 106.439 | 125.772 | 119.941 | 116.029 |
| Austria | 66.528 | 57.715 | 60.668 | 58.253 | 56.299 |
| Polonia | 78.816 | 62.721 | 67.359 | 69.352 | 67.472 |
| Portugal | 145.666 | 133.100 | 124.738 | 121.730 | 109.511 |
| Rumania | 4.040 | 3.020 | 3.201 | 2.810 | 2.889 |
| Eslovenia | 17.314 | 14.361 | 13.637 | 12.449 | 11.505 |
| Eslovaquia | 10.598 | 8.112 | 8.102 | 7.734 | 7.469 |

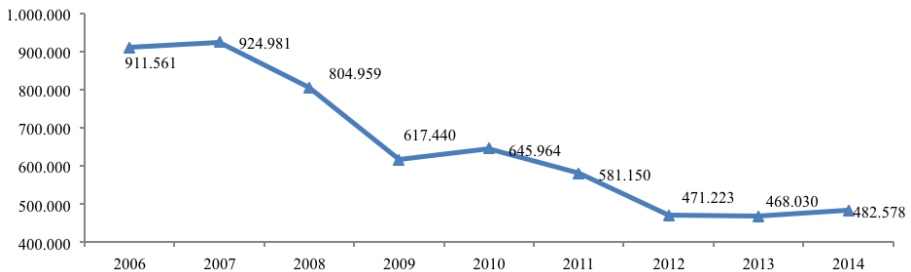
| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|-------------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Finlandia | 44.737 | 34.316 | 35.741 | 40.302 | 34.821 |
| Suecia | 24.732 | 21.464 | 23.543 | 24.089 | 24.864 |
| Reino Unido | 183.598 | 169.043 | 159.404 | 156.416 | 143.171 |
| Islandia | : | : | : | : | : |
| Noruega | 31.728 | 29.723 | 21.840 | 14.855 | : |
| Suiza | 63.530 | 64.741 | 67.502 | 71.770 | 72.106 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de EUROSTAT. <http://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

También se puede observar como en aquellos países de la UE menos afectados por la crisis económica y, por tanto, con menor impacto de la crisis en forma de desempleo, como es el caso de Alemania, Suecia, Holanda o Austria, el número de accidentes de trabajo prácticamente no se han reducido, lo cual hace pensar, en principio, que la reducción de la siniestralidad profesional y, por tanto, del absentismo laboral por esta causa, puede tener más que ver con los posibles efectos de la reducción de empleo que con la mejora de las condiciones de trabajo.

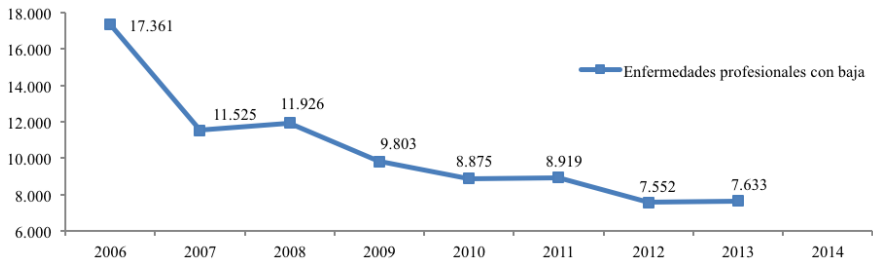
Si se pone en relación la evolución de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con las horas perdidas por Incapacidad Temporal por contingencias profesionales, como es de esperar, el absentismo laboral debido a estas contingencias se reduce en la medida que se reducen los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Gráfico 1. Accidentes de trabajo con baja.



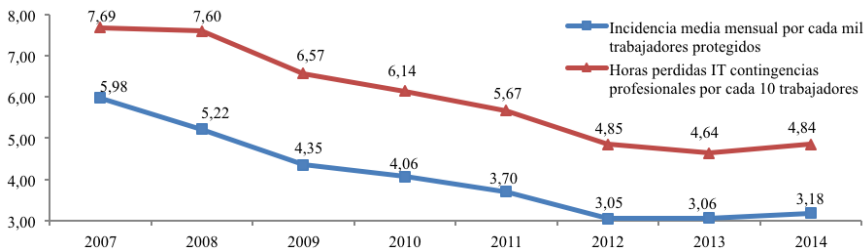
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Gráfico 2. Enfermedades profesionales con baja.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

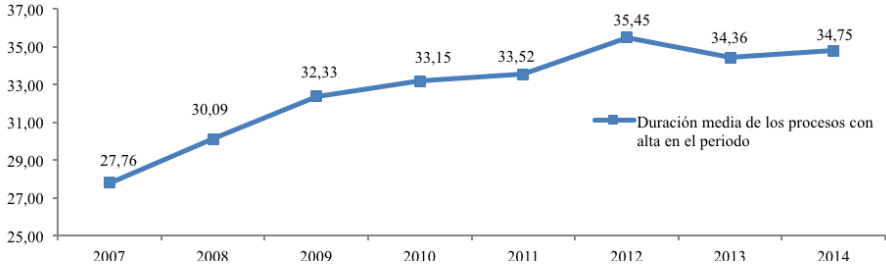
Gráfico 3. Incidencia media mensual de la IT por contingencias profesionales y horas perdidas por IT por contingencias profesionales.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta trimestral de coste laboral. Instituto Nacional de estadística (INE). http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596 y los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Sin embargo, la duración media anual de los procesos de IT por contingencias profesionales, calculados dividiendo el número total de días de baja de los procesos IT por contingencias profesionales que se han producido en el año, entre el número total de dichos procesos, se han incrementado en este mismo período en un 25,2%. A pesar de ello, el absentismo laboral por contingencias profesionales se ha reducido gracias a que la reducción en el número de contingencias profesionales (33,7% menor) es superior al aumento de la duración de los procesos.

Gráfico 4. Duración media anual de los procesos de IT por contingencias profesionales con alta

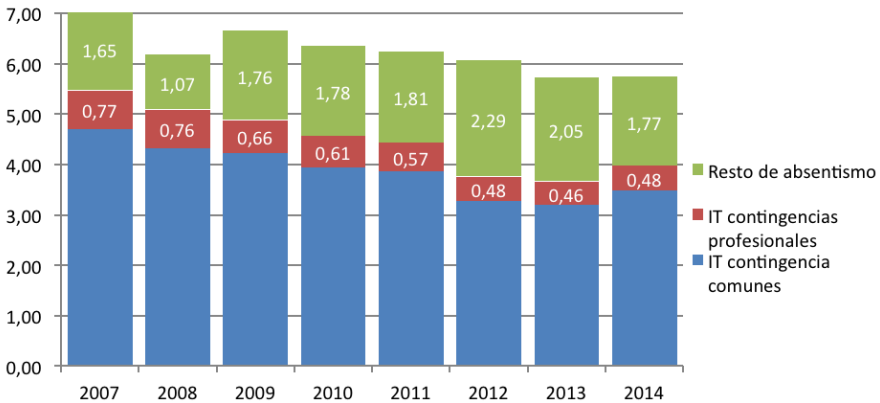


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Así, las horas mensuales perdidas, por trabajador y mes, en procesos de IT, como por procesos de IT por contingencias profesionales, se han reducido hasta 2014, año en el cual se ha experimentado cierto repunte que se explica por el incremento también en el número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Gráfico 5. Media mensual de horas totales no trabajadas y horas no trabajadas por IT e IT por contingencias profesionales, por trabajador.

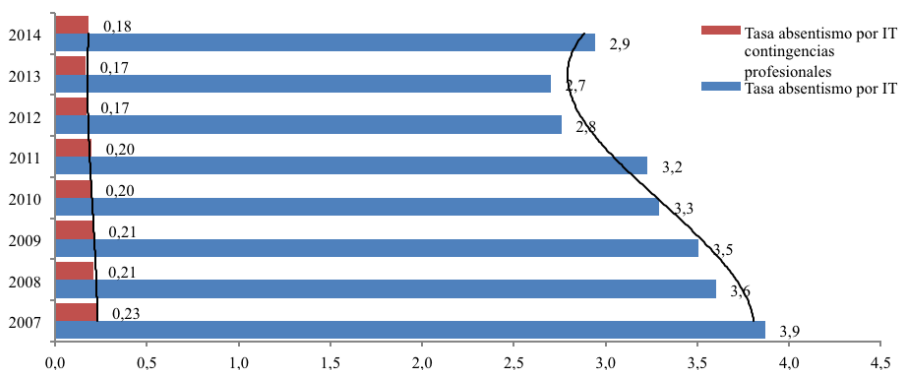


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta trimestral de coste laboral. Instituto Nacional de estadística (INE). http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596 y los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Consecuentemente, la Tasa de absentismo laboral de IT por contingencias profesionales, obtenida como la ratio entre las horas perdidas por estas contingencias y el total de horas pactadas anualmente, se ha reducido de un 0,23%, en 2007, a un 0,17% en 2012 y 2013, aunque se incrementó a un 0,18% en 2014.

Gráfico 6. Tasa de absentismo laboral por IT e IT por contingencias profesionales



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta trimestral de coste laboral. Instituto Nacional de estadística (INE). http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596 y los datos del MESS. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Los datos estadísticos confirman la relación entre la incidencia de las contingencias profesionales y el absentismo por dicha causa, aunque modulado por la duración media de los procesos. Por tanto, se puede reducir el absentismo laboral de IT por contingencias profesionales, no sólo reduciéndose el número de procesos, sino reduciéndose la gravedad de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y acortando los periodos de recuperación.

Cabe ahora analizar la relación entre las condiciones de trabajo y la incidencia de las contingencias profesionales, lo cual puede explicar no sólo la incidencia sino la gravedad de los procesos de IT por contingencias profesionales.

3. Relación entre las Condiciones Peligrosas en los Puestos de Trabajo y el Absentismo Laboral

Según define la Ley de Prevención de Riesgos laborales (en lo sucesivo LPRL)¹⁸ las condiciones de trabajo son cualquier característica del mismo que pueda tener una

¹⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10/11/1995.

influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador, como:

1. Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo;
2. la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia;
3. los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados; y
4. todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

La política en materia de prevención tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo. Para ello, el Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias y, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, regula los requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, las condiciones de trabajo y las medidas preventivas específicas, cuando se presenten, entre otras, situaciones especiales de los trabajadores. (art. 6.1 LPRL).

Por su parte, los empresarios y trabajadores, participan, a través de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en la planificación, programación, organización y control de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (art. 12 LPRL).

Al empresario le corresponde aplicar las medidas que integran el deber general de prevención, lo que implica integrar la prevención en el conjunto de las actividades de la empresa, en los procesos técnicos, la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se presta (art. 1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, en lo sucesivo RSP)¹⁹.

Entre los principios de la acción preventiva se encuentran la obligación del empresario de aplicar las medidas que integran el deber general de prevención mediante la planificación, tomando en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas (art. 15.2 LPRL).

Concretamente, el empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido

¹⁹ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE, núm. 27, de 31 de enero de 1997, páginas 3031 a 3045.

sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Para lo cual deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25 LPRL).

Así en la evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse se tendrán en cuenta: las condiciones de trabajo existentes o previstas y la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones (art. 4 del RSP).

3.1. Principales riesgos de accidentes de trabajo y sus causas

Una vez analizada la incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, es necesario ahora conocer las condiciones de trabajo concretas que pueden explicar las causas de estas contingencias profesionales.

Tabla 2. Principales riesgos de accidente por Sector del centro de trabajo (2011).

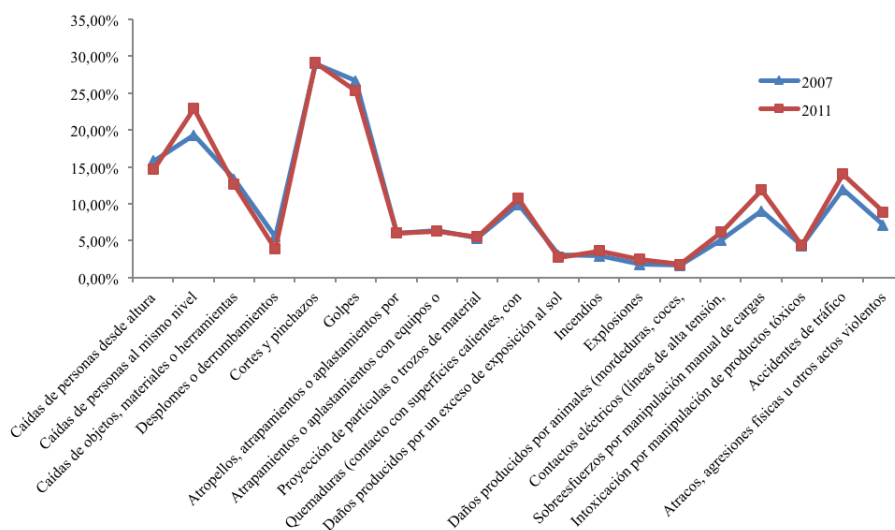
| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|--|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Caídas de personas desde altura | 14.7% | 15.1% | 16.2% | 55.8% | 10.1% |
| Caídas de personas al mismo nivel | 22.9% | 36.9% | 21.6% | 41.5% | 20.4% |
| Caídas de objetos, materiales o herramientas | 12.6% | 8.4% | 19.7% | 42.7% | 8.4% |
| Desplomes o derrumbamientos | 3.9% | 1.9% | 4.7% | 25.1% | 1.6% |
| Cortes y pinchazos | 29.2% | 42.4% | 41.7% | 45.6% | 24.5% |
| Golpes | 25.3% | 40.1% | 35.8% | 49.1% | 20.1% |
| Atropellos, atrapamientos o aplastamientos por vehículos (excepto riesgo de accidentes de tráfico) | 6.1% | 9.0% | 11.5% | 11.0% | 4.4% |
| Atrapamientos o aplastamientos con equipos o maquinaria | 6.3% | 11.3% | 16.4% | 18.7% | 2.9% |
| Proyección de partículas o trozos de material | 5.5% | 4.0% | 13.4% | 23.1% | 2.3% |

| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|---|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Quemaduras (contacto con superficies calientes, con productos químicos, etc.) | 10.7% | 3.7% | 18.6% | 11.4% | 9.6% |
| Daños producidos por un exceso de exposición al sol (quemaduras, insolación, golpe de calor) | 2.8% | 14.3% | 2.3% | 12.8% | 1.2% |
| Incendios | 3.6% | 2.0% | 5.4% | 3.9% | 3.3% |
| Explosiones | 2.5% | 0.2% | 5.1% | 4.0% | 2.0% |
| Daños producidos por animales (mordeduras, coces, picotazos, picaduras de insectos, etc.) | 1.8% | 15.5% | 0.8% | 1.5% | 1.3% |
| Contactos eléctricos (líneas de alta tensión, conexiones, cables o enchufes en mal estado...) | 6.2% | 1.9% | 10.6% | 15.7% | 4.6% |
| Sobreesfuerzos por manipulación manual de cargas | 11.9% | 17.2% | 16.8% | 23.2% | 9.5% |
| Intoxicación por manipulación de productos tóxicos | 4.4% | 3.9% | 8.5% | 6.8% | 3.5% |
| Accidentes de tráfico | 14.0% | 10.1% | 12.9% | 14.9% | 14.4% |
| Atracos, agresiones físicas u otros actos violentos | 8.9% | 1.8% | 2.4% | 1.9% | 11.2% |
| Total | 8,892 | 352 | 1,222 | 691 | 6,627 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Los principales riesgos de accidentes de trabajo son: los cortes y pinchazos (29,2%), los golpes (25,3%) y las caídas al mismo nivel (22,9%), aunque con porcentajes por encima de la media en todos los sectores menos en el de servicios, siendo el de la construcción en el que el porcentaje de los riesgos son mayores.

Gráfico 7. Evolución de los principales riesgos de accidente del centro de trabajo (2007-2011).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Se puede apreciar como la percepción de los riesgos de accidente de trabajo prácticamente no han variado de 2007 a 2011 y, en todo caso, en 2011 se han incrementado ligeramente los riesgos de caída al mismo nivel, los riesgos por sobre esfuerzos y los riesgos de accidentes de tráfico.

Tabla 3. Principales causas de los riesgos de accidente por Sector del centro de trabajo (2011)

| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|---|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Aberturas o huecos desprotegidos, escaleras o plataformas en mal estado | 6.4% | 5.0% | 5.1% | 25.5% | 4.1% |
| Falta de espacio, de limpieza o desorden | 6.1% | 2.1% | 7.3% | 10.1% | 5.5% |

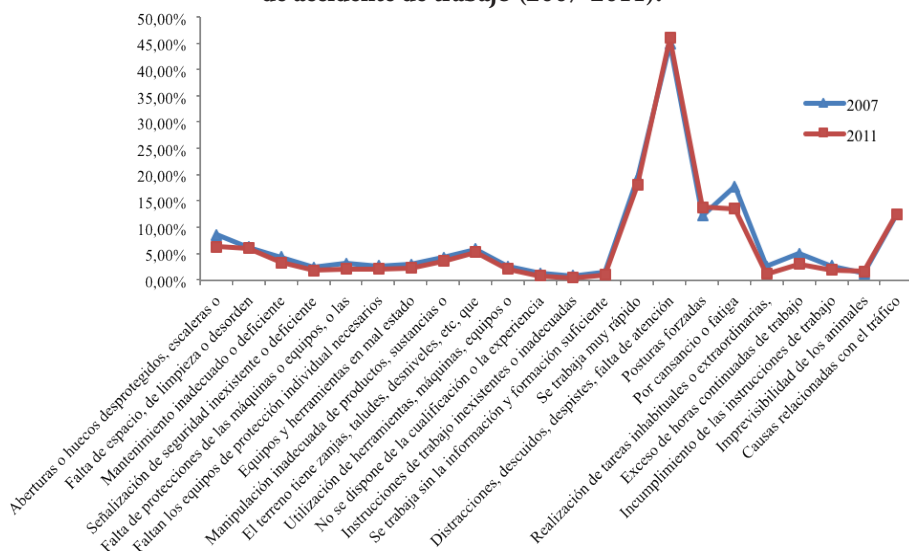
| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|---|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Mantenimiento inadecuado o deficiente | 3.4% | 1.0% | 5.8% | 3.8% | 2.9% |
| Señalización de seguridad inexistente o deficiente | 1.9% | 0.8% | 1.9% | 5.0% | 1.5% |
| Falta de protecciones de las máquinas o equipos, o las que hay son deficientes | 2.2% | 3.7% | 3.6% | 5.3% | 1.4% |
| Faltan los equipos de protección individual necesarios o no son adecuados | 2.2% | 5.2% | 2.5% | 4.7% | 1.6% |
| Equipos y herramientas en mal estado | 2.3% | 2.4% | 3.1% | 4.9% | 1.7% |
| Manipulación inadecuada de productos, sustancias o químicas o materiales peligrosos | 3.7% | 3.7% | 6.1% | 2.2% | 3.4% |
| El terreno tiene zanjas, taludes, desniveles, etc. que pueden provocar el vuelco de vehículos de trabajo y/o la caída o tropiezos de personas | 5.3% | 28.8% | 2.9% | 14.6% | 2.8% |
| Utilización de herramientas, máquinas, equipos o materiales inadecuados para la tarea | 2.2% | 3.1% | 3.4% | 4.9% | 1.4% |
| No se dispone de la cualificación o la experiencia necesaria para la tarea | 0.9% | 0.9% | 1.4% | 0.8% | 0.8% |
| Instrucciones de trabajo inexistentes o inadecuadas | 0.5% | 0.5% | 0.7% | 0.4% | 0.5% |
| Se trabaja sin la información y formación suficiente sobre los riesgos y las medidas preventivas | 1.1% | 1.0% | 1.3% | 2.5% | 0.9% |

| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|--|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Se trabaja muy rápido | 18.2% | 12.3% | 19.6% | 19.1% | 18.2% |
| Distracciones, descuidos, despistes, falta de atención | 46.2% | 46.8% | 53.7% | 44.5% | 44.6% |
| Posturas forzadas | 13.9% | 11.8% | 16.0% | 14.9% | 13.4% |
| Levantar o mover cargas pesadas | 13.5% | 18.5% | 13.8% | 15.6% | 12.7% |
| Por cansancio o fatiga | 13.6% | 15.3% | 13.3% | 11.8% | 13.8% |
| Realización de tareas inhabituales o extraordinarias, solución de averías, incidentes | 1.2% | 0.5% | 1.1% | 1.3% | 1.2% |
| Exceso de horas continuadas de trabajo | 3.1% | 4.0% | 2.1% | 2.6% | 3.4% |
| Incumplimiento de las instrucciones de trabajo | 2.0% | 1.2% | 3.9% | 2.7% | 1.4% |
| Imprevisibilidad de los animales | 1.7% | 12.3% | 0.3% | 0.2% | 1.4% |
| Causas relacionadas con el tráfico | 12.6% | 6.4% | 7.7% | 6.8% | 15.1% |
| Faltan los equipos materiales o humanos necesarios para garantizar la seguridad frente a atracos, agresiones físicas u otros actos violentos | 3.8% | 0.3% | 1.0% | 0.8% | 5.1% |
| Mi trabajo consiste en la protección y custodia de personas, bienes materiales o patrimoniales | 3.3% | 0.6% | 0.3% | 0.9% | 4.6% |
| Otra | 4.3% | 2.4% | 3.5% | 3.1% | 4.8% |
| Total | 6,088 | 299 | 1,001 | 610 | 4,178 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

En cambio, las principales causas de los riesgos de accidente de trabajo son: las distracciones, descuidos, despistes o falta de atención (46,2%); el excesivo ritmo de trabajo (18,2%); las posturas forzadas (13,9%); el cansancio o fatiga (13,3%); levantar o mover cargas pesadas (13,5%); y las causas relacionadas con el tráfico (12,6%). También son significativas, como causas de accidentes de trabajo en el sector de la construcción las aberturas o huecos desprotegidos, escaleras o plataformas en mal estado (25,5%) y en el sector agrario el terreno con zanjas, taludes o desniveles que pueden provocar el vuelco de vehículos de trabajo y/o la caída o tropiezos de personas (28,8%).

Gráfico 8. Evolución de las principales causas de los riesgos de accidente de trabajo (2007-2011).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Nuevamente se puede observar como de 2007 a 2011 no han variado la importancia de cada una las principales causas de los riesgos de accidente de trabajo, reduciéndose mínimamente en 2011 la causa relacionada con el cansancio o fatiga y el exceso de horas continuadas de trabajo.

Tabla 4. Causas del accidente de trabajo sufrido por Sector del centro de trabajo (2011).

| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|---|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Aberturas o huecos desprotegidos, escaleras o plataformas en mal estado | 6.0% | 6.2% | 5.6% | 17.1% | 4.7% |

| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|---|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Falta de espacio, de limpieza o desorden | 2.1% | - | 3.8% | 2.0% | 1.6% |
| Mantenimiento inadecuado o deficiente | 3.0% | - | 3.7% | 6.1% | 2.5% |
| Señalización de seguridad inexistente o deficiente | 1.9% | - | 0.9% | 2.0% | 2.2% |
| Falta de protecciones de las máquinas o equipos, o las que hay son deficientes | 1.4% | 2.6% | 1.8% | - | 1.4% |
| Faltan los equipos de protección individual necesarios o no son adecuados | 1.4% | - | 3.1% | - | 1.1% |
| Equipos y herramientas en mal estado | 2.6% | - | 1.4% | 8.2% | 2.4% |
| Manipulación inadecuada de productos, sustancias químicas o materiales peligrosos | 2.9% | 3.7% | 3.2% | 3.3% | 2.7% |
| El terreno tiene zanjas, taludes, desniveles, etc. que pueden provocar el vuelco de vehículos de trabajo y/o la caída o tropiezos de personas | 2.1% | 5.2% | 1.6% | 4.6% | 1.8% |
| Utilización de herramientas, máquinas, equipos o materiales inadecuados para la tarea | 2.5% | 3.7% | 5.9% | 2.4% | 1.4% |
| No se dispone de la cualificación o la experiencia necesarias para la tarea | 0.5% | - | 1.5% | - | 0.2% |
| Instrucciones de trabajo inexistentes o inadecuadas | 0.3% | - | 0.7% | - | 0.2% |

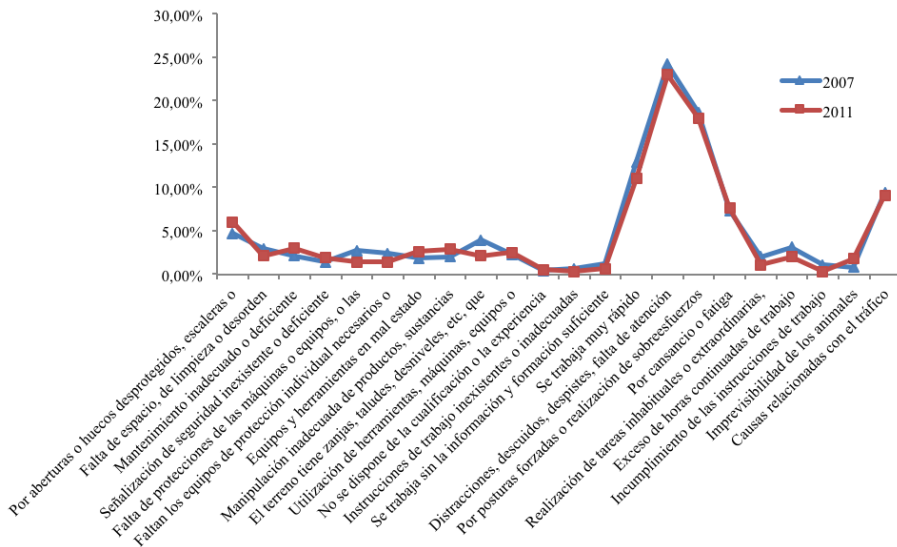
| | Total | Agrario | Industria | Construcción | Servicios |
|--|-------|---------|-----------|--------------|-----------|
| Se trabaja sin la información y formación suficiente sobre los riesgos y las medidas preventivas | 0.6% | - | 1.0% | - | 0.6% |
| Se trabaja muy rápido | 11.0% | 1.6% | 9.6% | 12.2% | 11.8% |
| Distracciones, descuidos, despistes, falta de atención | 23.0% | 18.6% | 30.6% | 28.6% | 20.0% |
| Posturas forzadas | 18.0% | 11.0% | 17.8% | 15.5% | 18.7% |
| Levantar o mover cargas pesadas | 16.6% | 16.1% | 18.2% | 18.7% | 15.9% |
| Por cansancio o fatiga | 7.6% | 10.1% | 7.7% | 4.8% | 7.8% |
| Realización de tareas inhabituales o extraordinarias, solución de averías, incidentes | 1.1% | - | 1.4% | 2.0% | 0.9% |
| Exceso de horas continuadas de trabajo | 2.0% | - | 1.6% | - | 2.5% |
| Incumplimiento de las instrucciones de trabajo | 0.3% | 2.8% | 1.0% | - | - |
| Imprevisibilidad de los animales | 1.8% | 13.8% | 2.4% | - | 1.3% |
| Causas relacionadas con el tráfico | 9.1% | 3.7% | 2.6% | 6.9% | 11.7% |
| Faltan los equipos materiales o humanos necesarios para garantizar la seguridad frente a atracos, agresiones físicas u otros actos violentos | 0.9% | - | - | - | 1.4% |
| Mi trabajo consiste en la protección y custodia de personas, bienes materiales o patrimoniales | 1.7% | - | - | - | 2.5% |
| Total | 670 | 23 | 145 | 58 | 444 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Consecuentemente, las principales causa de los accidentes de trabajo son: las distracciones, descuidos, despistes o falta de atención (23,0%); las posturas forzadas (13,9%); el cansancio o fatiga (18,0%); o levantar o mover cargas pesadas (16,6%).

En sectores como el de la construcción también son causas significativas de accidente de trabajo las aberturas o huecos desprotegidos, escaleras o plataformas en mal estado (17,1%); y en el sector servicios el ritmo de trabajo (11,8%) o las causas relacionadas con el tráfico (11,7%).

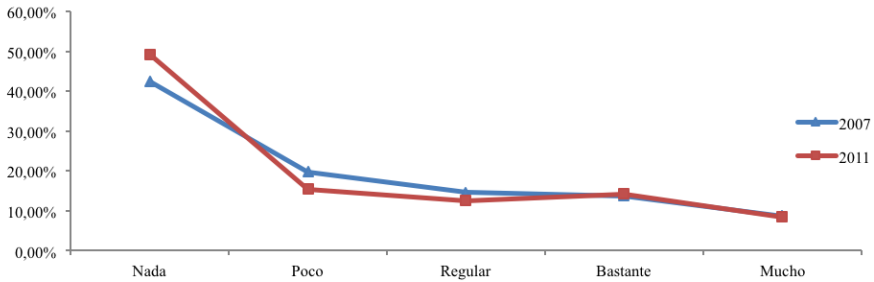
Gráfico 9. Evolución de las causas del accidente de trabajo sufrido por Sector del centro de trabajo (2007-2011).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Tampoco en el caso de las causas de los accidentes de trabajo se observan diferencias significativas entre 2007 y 2011, todo lo cual lleva a preguntarse cuáles son las causas que explican el notable descenso en el número de accidentes, que pasaron de 924.981 en 2007 a 581.150 en 2011.

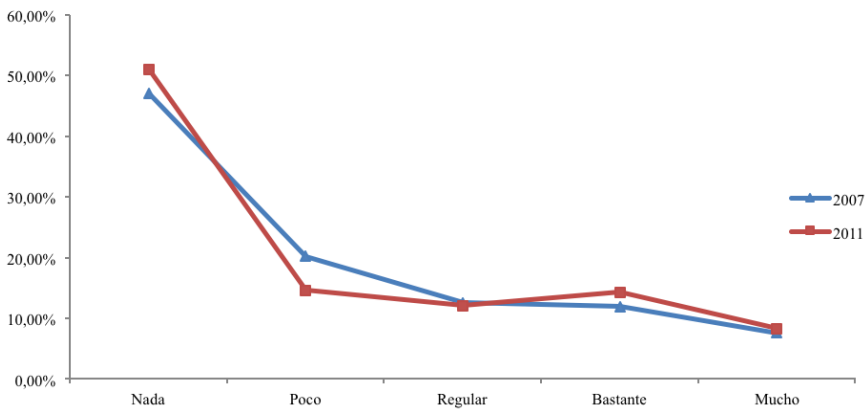
Gráfico 10. Percepción sobre el riesgo de tener un accidente por Sector del centro de trabajo (2007-2011)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

Incluso la percepción sobre el riesgo de tener un accidente prácticamente no ha variado en estos dos períodos, sobre todo, la percepción de existir un riesgo alto o muy alto riesgo de sufrir un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Gráfico 11. Percepción sobre el riesgo de tener una enfermedad por Sector del centro de trabajo (2007- 2011).

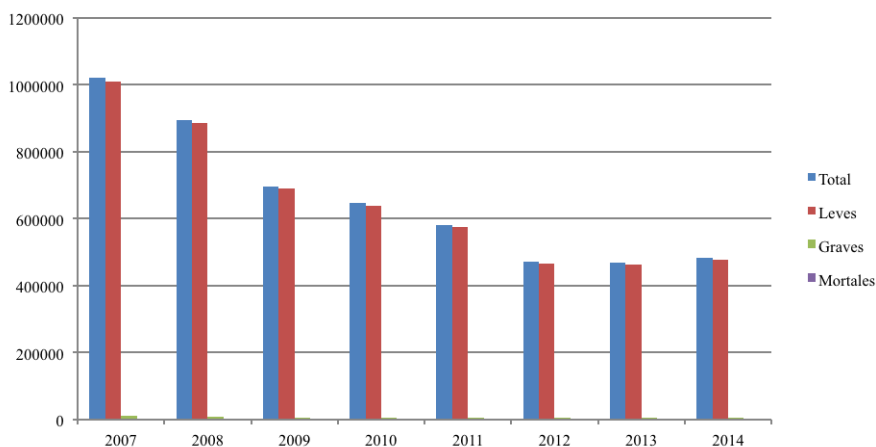


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es/>

¿Cuál es entonces el impacto de las condiciones de trabajo en la incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales?

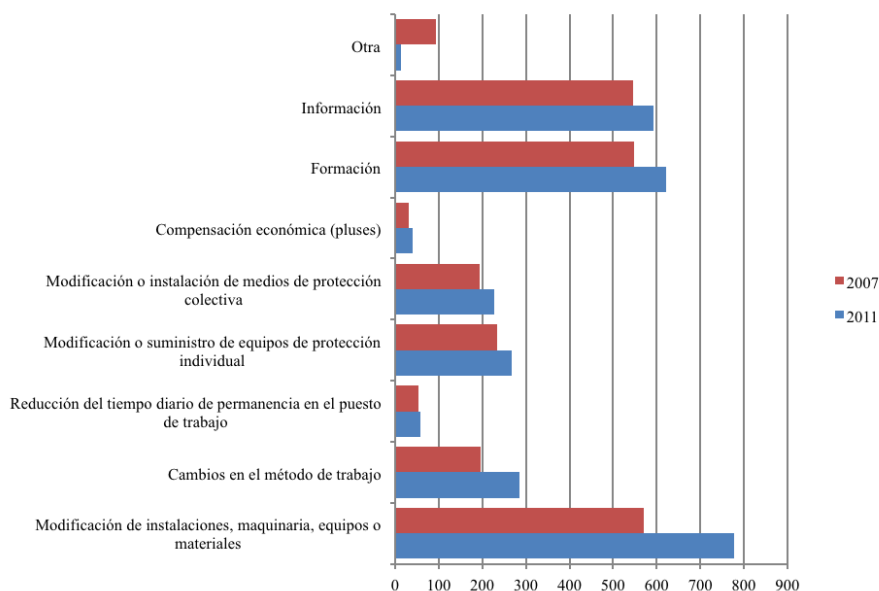
La gravedad de los accidentes de trabajo, en el periodo 2007 a 2014, no ha variado a pesar de la reducción total en el número de accidentes de trabajo, manteniéndose alrededor del 98-99% los calificados como leves y de un 0,9% los graves y de un 0,10% los mortales.

Gráfico 12. Accidentes de Trabajo con baja, según gravedad.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de empleo y Seguridad Social. Estadística de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>

Puede entonces explicarse la reducción de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la adopción de medidas preventivas implementadas, que a pesar de no eliminar los riesgos ni reducirlos suficientemente, estas medidas técnicas y organizativas aplicadas por las empresas tiene su incidencia en la notable reducción de los accidentes de trabajo.

Gráfico 13. Adopción y tipo de medidas preventivas

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INSHT. VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2007) y VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT 2011). <http://encuestasnacionales.oect.es>

Por último, contrariamente a lo que apuntan algunas investigaciones publicadas en los últimos años por autores internacionales como también brasileños²⁰, los datos en España no avalan la afirmación de que el estrés laboral sea una de las principales causas del proceso de enfermedad del trabajador, puesto que según los datos del Observatorio de Enfermedades Profesionales y de Enfermedades causadas o agravadas por el trabajo, las enfermedades más frecuentes continúan siendo en 2014: las que afectan al aparato locomotor (55,2%), seguida de las que afectan a los sentidos (8,8%) o a la piel (8,4%), representado los desórdenes mentales tan sólo un 1,8%²¹.

20 APARECIDA DIAS, Elaine; CIRERA OSWALDO, Yeda; FERRAZ FILHO, Odiar y RUEDA ELIAS SPERS, Valeria. Impacto de los Estresores Laborales en los Profesionales y en las organizaciones: análisis de Investigaciones publicadas. Invenio: *Revista de investigación académica*, núm. 29, 2012 (Ejemplar dedicado a: Maestría Profesional en Administración: 10 años de educación en Brasil), págs. 67-80. p. 78.

21 Observatorio de Enfermedades Profesionales (CEPROSS) y de Enfermedades causadas o agravadas por el trabajo (PANOTRATSS). *Informe anual 2014*. Marzo 2015, p. 44. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/145097.pdf>

4. Conclusiones

1. El absentismo por causa de salud laboral es un fenómeno común en todas las empresas y economías, el cual puede tener grandes repercusiones en la productividad y la posición competitiva, por ello es importante que las empresas incorporen medidas para reducir el absentismo y la enfermedad, aunque durante años parecía que no se le prestaba la suficiente antelación pero con la crisis económica tanto las empresas como los propios gobiernos han comenzado a prestar mayor atención a la productividad, la competencia y el control del gasto público de la Seguridad Social.

Como reconoce la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, el absentismo y sus causas deberían ocupar un lugar más destacado en la lista de prioridades de la Unión Europea, de sus Estados miembros y de los agentes sociales.

2. Uno de los primeros problemas que se observan en este estudio es la dificultad en encontrar datos, sobre todo suficientemente desagregados, sobre absentismo, incidencia de la Incapacidad Temporal y sus causas.

La Incapacidad Temporal es la principal causa de absentismo laboral (70-80%), aunque el absentismo por contingencias profesionales sólo representa un 8-9%.

Se confirma la relación directa entre la incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el absentismo por dichas causas, aunque modulado por la duración media de los procesos, la cual en los últimos años se ha incrementado, pero sin que ello sea suficiente para impedir también la reducción del absentismo por contingencias profesionales en los años que el número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales también se han reducido.

Por tanto, el absentismo laboral de IT por contingencias profesionales, no sólo se reduce cuando se reduce los casos, sino que también lo hace si se reduce la duración media de cada uno de los procesos y, por tanto, la gravedad y los períodos de recuperación, incluido el control del fraude en la IT.

3. Es interesante ver como en los países en donde la crisis económica ha tenido menor impacto en forma de desempleo, el número de accidentes de trabajo prácticamente no se han reducido, lo cual plantea la si la reducción de la siniestralidad profesional y, por tanto, del absentismo laboral por esta causa, puede tener más que ver con los posibles efectos de la reducción de empleo que con la mejora de las condiciones de trabajo, sobre todo, si consideramos que el primer ajuste en el empleo se realiza en el trabajo temporal, cuyos trabajadores padecen índices de accidentabilidad superior a los trabajadores con contratos indefinidos.

4. De los datos analizados se desprende que los principales riesgos de accidentes de trabajo son: los cortes y pinchazos; los golpes; y las caídas al mismo nivel, los cuales se

materializan, principalmente, a causa de las distracciones, descuidos, despistes o falta de atención; el excesivo ritmo de trabajo; las posturas forzadas; el cansancio o fatiga; levantar o mover cargas pesadas; y las causas relacionadas con el tráfico, desmintiendo que el estrés sea una de las principales causas de accidentes laborales. En todos los casos no se observa una evolución en 2011 respecto a 2007 ni en la mejora ni en el empeoramiento de los riesgos y sus causas.

Consecuentemente, si las condiciones de trabajo, desde el punto de vista de los riesgos no han variado y, en cambio, la incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se ha reducido, la única explicación racional que puede explicarlo es la implementación de un mayor número de medidas preventivas que muestran su eficacia en la reducción de las contingencias profesionales.

5. Por tanto, aun demostrándose que la empresas han conseguido reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales mediante medidas de protección, ello no es suficiente, al empresario le corresponde aplicar las medidas necesarias para la mejora continua de las condiciones de trabajo con el fin de elevar constantemente el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

Es necesario seguir mejorando las condiciones de trabajo para eliminar o reducir al mínimo los riesgos laborales, lo cual tendrá como resultado una mayor reducción de las contingencias profesionales y, por otro lado, reducir la duración de los procesos mediante la medidas que minimicen las consecuencias de los accidentes, la mejora de la atención médica para la recuperación de la salud y el control del fraude en la IT, todo lo cual debe repercutir en la reducción del absentismo por dichas causas.

EL ABSENTISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA 2014-2015. MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona (España).

Resumen

Se trata de analizar con 200 Convenios Colectivos españoles de la máxima actualidad las soluciones ofrecen contra el absentismo laboral en la realidad española, pues el trabajador se compromete a través de su contrato de trabajo a una serie de días y horas de trabajo a cambio de una salario. A lo largo de la vida laboral surgen una serie de circunstancias que pueden hacer incumplir el pacto laboral de modo pleno o parcial a lo largo de los días del contrato. En unos casos por ausencias justificadas, en otros casos por ausencias totalmente injustificadas, en unos casos por enfermedades o accidentes de todo tipo, etc.

Palabras clave

Tiempo de trabajo; Causas de inasistencia; Controles de presencia y de ausencia; Procesos sancionadores; Incentivos; Despido disciplinario por faltas de asistencia injustificada al trabajo.

Abstract

In this work we intend to analyze in 200 Spanish collective agreements the main solutions offer against absenteeism in the Spanish reality, as worker is committed through their contract of employment to a number of days and hours of work in exchange for a wage. A number of circumstances may cause breaking the pact total or partially throughout the working life. In some cases for justified absences, like disease or accidents of all kinds in other cases by completely unjustified ones.

Key words

Working time; Causes of absenteeism; Controls of presence and absence; Sanction; Incentives processes; Disciplinary dismissal for absence of undue assistance to work.

1. Asunto y Motivación

Las partes firmantes de los distintos Convenio Colectivo son conscientes del grave problema que supone el absentismo laboral¹ y muy especialmente el determinado por múltiples ausencias injustificadas, coincidiendo en valorar su considerable impacto negativo en el incremento de los costes de personal y en la creación de situaciones de anormalidad en la actividad productiva de la Empresa, lo que provoca una disminución de los niveles de eficiencia, cantidad y calidad de la actividad de nuestras empresas, aparte de, en no pocas ocasiones, situaciones de enfrentamiento entre los mismos compañeros de trabajo y mal ambiente laboral.

Por ello, los sujetos negociadores de los grandes convenios colectivos consideran necesario adoptar cuantas medidas tiendan a reducir el absentismo laboral, tanto a nivel interno de cada empresa como a nivel externo a través de las políticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de las Entidades Gestoras y colaboradoras del Sistema Público de Seguridad Social, controlando más y mejor las bajas laborales debidas accidentes, sean o no de trabajo, así como las enfermedades, igualmente sean o no laborales.

Aparte de ello a nadie se le escapa que hay que hacer lo posible para suprimir el Absentismo Laboral, sobre todo el que es debido a causas relacionadas con el mal ambiente de trabajo, y a estos efectos se ha de tener en cuenta, a título orientativo, lo establecido en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia de Prevención de Riesgos Laborales y ambiente laboral. No podemos olvidar que el trabajador puede llegar a pasar más de un tercio de su vida activa en el seno de una (o varias) empresa/s. Quiere ello decir que el ambiente de trabajo, tanto en sentido vertical ascendente como descendente y en sentido horizontal, van a condicionar y condicionan muchos comportamientos de los trabajadores. No me corresponde entrar aquí, por ser tema que me supera, en la cuestión de los directivos y compañeros tóxicos que pueden hacer inaguantables los días de trabajo en la empresa, lo que hace que en no pocas ocasiones los afectados busquen múltiples salidas a su estado de deterioro personal en la empresa. No se está a gusto y se huye del centro de trabajo buscando todo tipo de excusas-

Conviene, pues, concienciar a las autoridades públicas, pero también a los trabajadores y a los representantes legales de los trabajadores y a los expertos o técnicos superiores en prevención de riesgos laborales, para reducir al máximo los actuales niveles de absentismo, pero para ello procede anteriormente conocer las estadísticas sobre su realidad, sus causas, que son de lo más variopinto y sus posibles remedios, no olvidando que lo mejor es que las soluciones sean lo más pactadas y aceptadas posibles, tanto por los sujetos negociadores como por aquellos a los que se les va a aplicar en lo sucesivo.

1 GARCIA VIÑA, Jordi. ¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas? *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 58, N.º. 1, 2010, págs. 311-327, p. 311.

2. Metodología

Previamente al análisis de más de 200 convenios colectivos de los últimos meses de 2014 y 2015 voy a proceder a hacer un sintético repaso a la normativa que encauza la relación laboral en tres vertientes: individual, colectiva y de Seguridad Social.

Como es de todos conocido, el trabajador se compromete o queda comprometido a través de su contrato de trabajo a una serie de días y horas de trabajo a cambio de un salario. O sea a un tiempo de trabajo efectivo a cambio de la seguridad de un salario por horas, días, semanas o meses. A lo largo de la vida laboral surgen o pueden surgir una serie de circunstancias que pueden hacer incumplir, justificada o injustificadamente, el pacto laboral de modo pleno o parcial a lo largo de los días del contrato. En unos casos por ausencias justificadas, en otros casos por ausencias totalmente injustificadas, en unos casos por enfermedades o accidentes de todo tipo. En unos casos por días completos, en otros casos por horas o minutos cuantificables que inicialmente no tienen importancia y se toleran, pero posteriormente van incrementando al cabo del mes la cantidad de tiempos perdidos al inicio o al final de la jornada que suponen o pueden llegar a suponer graves incumplimiento de los pactado.

El empresario, a priori, cuenta en España con una serie de armas legales para controlar la presencia o la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo, día a día, mes a mes, y el trabajador sabe que esto es legalmente posible, pues se ha comprometido a una prestación efectiva en el tiempo y en el espacio y que, si no la cumple, deberá estar en condiciones de poder justificar sus ausencias o sus retrasos, ex ante o ex post, bien ante el propio empresario, bien ante la autoridad judicial, llegado el caso.

Si no existen causas que justifiquen las ausencias o los retrasos el empresario podrá llevar a cabo una serie de medidas de control y sancionadoras que podrán llegar al límite de concluir con la extinción del contrato de trabajo.

Asimismo, y por el contrario, existen o pueden existir, medidas de diversa índole, incentivadoras para hacer cumplir totalmente las horas de presencia con puntualidad en el ámbito de la empresa. Tales medidas, especialmente las de carácter económico, pueden ser tanto individuales como colectivas para lograr el interesamiento de todo el colectivo de trabajadores de la empresa o de grupos de la misma.

Daré cuenta del análisis llevado a cabo con más de 200 Convenios Colectivos españoles de la máxima actualidad, y de la máxima representatividad económica y social, publicados en los Boletines Oficiales del Estado a lo largo de los años 2014 y 2015 (hasta 15 de julio), para saber como se plantean las causas del absentismo y sus posibles medidas de erradicación, o sea qué respuestas se ofrecen contra el absentismo en la realidad española, pues se trata de una tarea colectiva que ha de ser llevada a cabo por todos los agentes sociales y autoridades públicas.

En todo caso, y de entrada, quiero dejar aquí constancia de un resumen de las estadísticas acerca del número de horas no trabajadas en general y a causa de la Incapacidad temporal (en lo sucesivo IT)², y de otras causas distintas en estos últimos años en los grandes sectores de la economía española, para ver su evolución. Hay que advertir que si nos centramos en la IT es a causa de que en los últimos años³ ha habido un serio intento de criminalizar injusta e interesadamente todo cuanto viniera de las bajas por IT, sobre todo las derivadas de contingencias comunes, o sea de accidentes no laborales y de enfermedades comunes⁴.

-
- 2 Agradezco la colaboración con estos gráficos del Prof. D. Jesús Barceló Fernández, colega de la Universidad de Barcelona.
 - 3 Véase sobre las últimas reformas a PANIZO ROBLES, José Antonio. De nuevo el control de la IT: Apuntes sobre el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. *Revista de Información Laboral*, num.7/2014 parte Art. Doctrinal. Ed. LEX NOVA, Valladolid. 2014; y a TORTUERO PLAZA, José Luis y MORENO ROMERO, Francisca. Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 5 (septiembre 2010), 2010, pp. 211-222.
 - 4 Para profundizar en el tema de la Incapacidad Temporal véase GARCÍA NINET, José Ignacio: La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social. *Revista de Seguridad Social*, N.º 3, 1979, pp. 71-102; El derecho a la prestación económica por incapacidad laboral transitoria en el régimen especial de Seguridad Social de trabajadores autónomos pese a no estar al corriente en el pago de las cuotas (breve comentario a la STS 4ª de 16 de mayo de 1992). *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 22, 1992, pp. 45-50; “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes: Algunas reflexiones. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 40, 1994, pp. 57-62; Terminación de la situación de incapacidad laboral transitoria por alta médica recurrida y terminación de la suspensión del contrato de trabajo: Deberes de comunicación del trabajador (consideraciones al hilo de la STS -Social- de 15 de abril de 1994). *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 46, 1994, pp. 59-63; La ordenación del tiempo de trabajo. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 43, 1994, pp. 39-53; El alta y situaciones asimiladas al alta en la antigua ILT (hoy incapacidad temporal): Asimilación al alta a efectos de maternidad. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 53, 1995, pp. 73-76; Algunas compatibilidades de la incapacidad temporal. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 54, 1995, pp. 37-40; “La incapacidad temporal” pp. 13-137. En: Antonio Ojeda-Avilés (coord.). *La incapacidad temporal*, AESSS, 1996; Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por incapacidad temporal. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 61, 1996, pp. 82-90; Algunas cuestiones de interés recogidas por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre la Incapacidad Temporal. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º 144, 2002, pp. 5-8; Junto a VICENTE PALACIO, María Arántzazu. “La incapacidad temporal y la incapacidad permanente”, pp. 815-872. En: VV.AA. *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2003; y Las vacaciones no disfrutadas por extinción de contrato de interinidad, pero pagadas, como situación asimilada al alta a efectos de reconocimiento posterior de Incapacidad Temporal por Accidente Común: comentario a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 enero 2004 (AS 2004, 821). *Aranzadi social*, N.º 1, 2004, pp. 3059-3067.

Tabla 1. Horas no trabajadas totales y por causa de IT. Trabajador y mes.

| h/ mes | Horas no trabajadas. Trabajador/mes | | | | Horas no trabajadas por I.T. Trabajador/mes | | | |
|-----------|-------------------------------------|-----------|-------------------|-----------|--|-----------|-------------------|-----------|
| | Total | Industria | Cons- trucción | Servicios | Total | Industria | Cons- trucción | Servicios |
| 2011 | 6,24 | 7,13 | 5,41 | 6,12 | 4,4 | 4,7 | 4,2 | 4,4 |
| 2012 | 6,05 | 7,67 | 5,79 | 5,78 | 3,8 | 4,1 | 3,7 | 3,7 |
| 2013 | 5,71 | 6,95 | 5,45 | 5,55 | 3,7 | 4,0 | 3,4 | 3,6 |
| 2014 | 5,74 | 6,43 | 4,79 | 5,69 | 4,0 | 4,3 | 3,6 | 3,9 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta trimestral de coste laboral. Instituto Nacional de estadística (INE).

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596

htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596

La tasa de absentismo en este período también ha descendido de un 4,5% en 2011 a un 4,3% de la jornada pactada, representando el absentismo por causa de IT en 2014 un 2,9% de ese 4,3% Total, lo que nuevamente refleja que el posible absentismo injustificado es inferior al 1,4% de la jornada pactada.

Tabla. Tasa absentismo total y por causa de IT, porcentaje

| % | Tasa absentismo | | | | Tasa absentismo por IT | | | |
|------|-----------------|-----------|-------------------|-----------|------------------------|-----------|-------------------|-----------|
| | Total | Industria | Cons- trucción | Servicios | Total | Industria | Cons- trucción | Servicios |
| 2011 | 4,5 | 4,9 | 3,6 | 4,6 | 3,2 | 3,3 | 2,8 | 3,3 |
| 2012 | 4,4 | 5,3 | 3,9 | 4,3 | 2,8 | 2,8 | 2,5 | 2,8 |
| 2013 | 4,2 | 4,8 | 3,7 | 4,2 | 2,7 | 2,8 | 2,3 | 2,7 |
| 2014 | 4,3 | 4,4 | 3,2 | 4,3 | 2,9 | 3,0 | 2,4 | 3,0 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta trimestral de coste laboral. Instituto Nacional de estadística (INE). http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736045053&menu=ultiDatos&cidp=1254735976596

3. ¿Qué se Entiende por Absentismo? ¿Cuándo es Grave el Absentismo? El Absentismo desde la Perspectiva de los Trabajadores

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra absentismo, en su primera acepción, significa la “*Abstención deliberada de acudir al trabajo*”, lo cual en nuestra disciplina comporta inexorablemente la no realización de todas las horas de trabajo pactadas y a las que se está obligado por el contrato. El trabajador no trabaja y en su consecuencia deja de tener derecho al salario por esas horas no trabajadas, salvo que otra cosa prevea el contrato o el Sistema de la Seguridad Social. En todo caso, no

debemos olvidar el concepto donde se alude a una actuación de abstención deliberada, o sea voluntaria, consciente, intencionada, hecha a propósito. En otras palabras, cuando no sea deliberada habrá que ver/indagar en las causas para saber que régimen jurídico hay que aplicarles.

Sin duda alguna el supuesto más importante y grave de absentismo es la IT, a la que después me referiré, pero en absoluto es la única de las causas del absentismo en España, aparte de que existe absentismo con justificación legal y absentismo sin justificación de ningún tipo. Aquí estamos tratando de saber acerca del absentismo que es injustificado, así como de los perfiles fronterizos que se desprenden del art. 52 ET, que después trataremos.

3.1. ¿Qué se nos dice en el ámbito del derecho individual del trabajo acerca de los derechos y deberes individuales en la relación de trabajo?

3.1.1. En materia de jornada

En el ámbito de las relaciones laborales y de conformidad con el Artículo 5 del ET,⁵ el trabajador tiene, entre otros, los siguientes deberes laborales básicos, que se encuentran claramente conectados con los posibles incumplimientos que pueden derivarse de un absentismo deliberado e injustificado. Se van a enumerar simplemente, sin que corresponda llevar a cabo un estudio in extenso que ya se ha llevado a cabo por la mayoría de la doctrina clásica y actual:

- a) El de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.
- b) El de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.
- c) El de contribuir a la mejora de la productividad y
- d) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

En consonancia con lo anterior, el trabajador, según la modalidad de su contrato de trabajo, por tiempo indefinido o temporal, a tiempo completo o parcial y, según dispone el art. artículo 34 del ET, que regula con alcance general la Jornada de trabajo, pacta un tipo de jornada u otro, unas horas u otras de trabajo, partiendo para ello del siguiente esquema legal:

1º) La duración de su jornada de trabajo será la que se haya pactado bien en los convenios colectivos aplicables o bien en el contrato individual de trabajo, dependiendo

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 29-3-1995, en lo sucesivo ET

de la modalidad contractual arriba indicada, pero respetando en todo caso lo que se dice a continuación, pues estas dos posibilidades son de mejora del techo máximo legal.

2º) En todo caso, o sea si o sí, por si nada dijera ni el convenio colectivo (basta consultar los convenios colectivos españoles para darnos cuenta acerca de que esta es una de sus materias principales junto con el salario) ni el contrato individual de trabajo, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, o lo que es lo mismo, que este es el techo del tiempo de trabajo rebajable vía convenio colectivo o contrato individual, pero no ampliable, salvo las situaciones del art. 35.3 ET en materia de horas extraordinarias por razones de fuerza mayor y con los controles de todo tipo que haya que llevar a cabo para no tratar de hacer pasar como fuerza mayor lo que no es sino un deseo empresarial de incrementar sin controles su productividad sometiendo a los trabajadores a unas excesivas jornadas.

3º) Asimismo, y a efectos de perfilar y flexibilizar aún más la ordenación del tiempo de trabajo, se nos dice que mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (aquí ya no entra en juego el contrato individual de trabajo, pues es cuestión altamente organizativa que afecta al grupo, se puede establecer (por lo tanto potestativo) la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Esta distribución debe respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario (doce horas de modo general, aunque caben excepciones) y semanal (36 horas, aunque también caben excepciones) previstas en esta Ley.

4º) Como acabo de indicar, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas (aunque no siempre se emplean en descanso efectivo, pues cabe el pluriempleo), de muy difícil control.

5º) El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (tampoco cabe aquí el trabajador singularmente considerado), se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

6º) Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (lo mismo que antes he dicho esto es siempre difícil de controlar, salvo que se acuda a la Tesorería General de la Seguridad Social, que es donde se produce la afiliación y altas de los trabajadores, y allí cabría controlar la serie de contratos que tiene un menor de 18 años).

7º). Y llegamos al punto neurálgico: el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. ¿Cómo se controla esto? Tampoco hay que olvidar que ha de ser no

mero tiempo de presencia, sino tiempo de trabajo efectivo o al menos puesta efectiva de la disposición del trabajador para que el empleador ordene y dirija su trabajo, dado que si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato de trabajo porque el empresario se retrase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.⁶

3.1.2. En materia de descanso semanal y permisos varios

De conformidad con el Artículo 37 del ET el trabajador tiene derecho no solo al Descanso semanal, sino también a una serie de fiestas anuales, y a una serie de permisos, cuyas ausencias del lugar de trabajo están plenamente justificadas por el ET e incluso por lo prevenido como mejora en el convenio colectivo y/o en el contrato individual que en cada caso rijan la relación en cuestión.

Brevemente expuesto este listado tenemos los siguientes derechos:

1º). Derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

2º). Derecho a las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, que no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales.

3º). Derecho, previo aviso y justificación, a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

b) Dos días en los casos de nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando, con tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

c) Un día por traslado del domicilio habitual.

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo.

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

f) Asimismo, las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones.

⁶ Artículo 30 del ET.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

3.1.3. Días de Vacaciones y posibles discrepancias a considerar

De conformidad con el Artículo 38 del ET, los trabajadores tienen derecho a un periodo de Vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, que será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, pero que en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales, precisando el ET que este período o períodos de disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones y en caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible en un procedimiento que será sumario y preferente.

Por lo tanto: duración mínima legal cada 11 meses de trabajo en la misma empresa, mejorable por las dos vías conocidas, o sea el convenio colectivo y/o el contrato individual de trabajo. Pero siempre con la advertencia de que el trabajador no debe tomarse la justicia por su mano y dejar de asistir al trabajo, sino que caso de desacuerdo con su empresario acerca de la fecha en que puede disfrutar de sus vacaciones, deberá poner el asunto en manos de la justicia laboral en la modalidad procesal especial de vacaciones⁷, pues si no lo hiciera puede verse despedido procedentemente⁸, bien por desobediencia, bien por ausencias injustificadas o faltas de asistencia al trabajo, y en todo caso con ausencias injustificadas al trabajo, o sea absentismo que claramente quiere evitar el ET y la citada LJS, pues para ello le da al trabajador el acceso a una modalidad procesal especial de vacaciones.

Hay que recordar que el calendario de vacaciones se fijará en cada empresa y que el trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

3.1.4. Acerca del poder de dirección y control continuo del trabajador. Las armas de control del empleador

El Artículo 20 del ET nos da una serie de pautas acerca del poder de Dirección y control de la actividad laboral por parte del empleador, que tienen mucho que ver con el

7 Vid. arts.125 y 126 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE 11-10-2011). En lo sucesivo LJS.

8 Vid. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1987 [Repertorio de Jurisprudencia de Editorial Aranzadi, 1987, num. 6795].

derecho del empleador a que el trabajador ejecute plenamente su contrato de trabajo, del siguiente tenor⁹, al margen de cómo se utilice este poder y de los niveles de tolerancia y otras mejoras adquiridas con el paso del tiempo, que a veces se confunden con condiciones más beneficiosas disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos:

1º). El trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido (según la modalidad de su contrato y el tipo de jornada concertado, así como según su categoría profesional y demás extremos contratados) bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. No es preciso, como sabemos, que el empleador o sus representantes estén permanentemente encima de cada trabajador para decirles lo que han de hacer en cada momento de su jornada de trabajo.

2º). En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3º). El empresario podrá adoptar (potestad obviamente con límites, sobre todo los constitucionales que a continuación se mencionan) las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

4º). Y aquí llegamos al punto central del ejercicio de este poder en aras a combatir el absentismo: El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

Después veremos brevemente que se trata de las mejoras que vía convenio colectivo o pacto de empresa o contrato individual se pactan para mejorar los subsidios por Incapacidad Temporal (en lo sucesivo IT) dentro del Sistema Público de Seguridad Social.

9 In extenso vid. J. I. GARCIA NINET et altri, *El control empresarial en el ámbito laboral*, Barcelona (Ed. CISS), 2005 y Pepa BURRIEL RODRIGUEZ-DIOSDADO, “La organización del trabajo en la empresa” y “El poder de dirección”, en la obra colectiva dirigida por J.I. García Ninet, *Derecho del trabajo*, Cizur Menos/Navarra (Editorial Thomson Reuters&Aranzadi), 8ª edición., 2014, pp. 599 y ss.

3.1.5. Los supuestos suspensivos del contrato de trabajo¹⁰

Previene el Artículo 45 del ET, que regula las Causas y los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, que este podrá suspenderse, entre otras, por las siguientes causas:

- c) Incapacidad temporal de los trabajadores (IT).
- d) Maternidad de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento de menores de cinco años.
- e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria (causa ya obsoleta en España).
- f) Ejercicio de cargo público representativo.
- h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
- i) Fuerza mayor temporal.
- j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- l) Por el ejercicio del derecho de huelga.
- m) Cierre legal de la empresa.

Precisando que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. De todos modos después volvemos sobre las causas relacionadas con el Sistema Público de Seguridad Social, así como con la Huelga y cierre patronal.

3.1.6. Los supuestos extintivos de la relación laboral¹¹

Seguidamente el artículo 49 del ET, que regula con carácter genérico la extinción del contrato, señala que el contrato de trabajo se extinguirá, por lo que aquí más nos interesa ahora, entre otras causas, por:

- k) Por despido del trabajador.
- l) Por causas objetivas legalmente procedentes¹².

10 Vid. RIVAS VALLEJO, Pilar. “Vicisitudes del contrato de trabajo”, en la obra colectiva dirigida por J.I. García Ninet, *Derecho del trabajo*, Cizur Menos/Navarra (Editorial Thomson Reuters&Aranzadi), 8ª edición., 2014, pp. 923 y ss.

11 Vid. BARBANCHO TOVILLAS, Fernando. “La extinción del contrato de trabajo”, en la obra colectiva dirigida por J.I. García Ninet, *Derecho del trabajo*, Cizur Menos/Navarra (Editorial Thomson Reuters&Aranzadi), 8ª edición., 2014, pp. 965 y ss.

12 Vid. LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. “La extinción del contrato de trabajo”, en la obra colectiva dirigida por J.I. García Ninet, *Derecho del trabajo*, Cizur Menos/Navarra (Editorial Thomson Reuters&Aranzadi), 8ª edición, 2014, pp. 1035 y ss.

3.1.6.1. Por lo que se refiere a la Extinción del contrato por causas objetivas

Hay que advertir que es aquí donde se esconden no pocas causas de absentismo, aunque puedan estar justificadas¹³, por lo que el art. 52 del ET recoge que el contrato podrá extinguirse, entre otras razones, por: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo.

Pero a los anteriores efectos no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior:

- 1º) las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma,
- 2º) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores,
- 3º) accidente de trabajo,
- 4º) maternidad,
- 5º) licencias,
- 6º) vacaciones y

7º) ni enfermedad o accidente no laboral, pero solo cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

3.1.6.2. Por lo que se refiere a las causas del Despido disciplinario

El art. 54 ET precisa que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, entre otras razones por algunos de los siguientes incumplimientos contractuales relacionados con esta materia del absentismo:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- d) La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

¹³ GARCÍA NINET, José Ignacio. La negociación colectiva española como instrumento para cumplir con lo previsto en el artículo 7 del convenio 158 de la OIT. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36. Ed. IUSTEL (2014). pp. 392-443, p. 405.

Evidentemente, de modo activo o pasivo el absentismo está presente en estas cuatro causas de despido, aunque ciertamente la primera de ellas es la quintaesencia del poder empresarial para poder atajar el absentismo cuando nos hallamos ante conductas voluntarias, graves y culpables del trabajador. En los convenios colectivos, de conformidad con el art. 58 del ET, se especifican estas causas, especialmente la primera, y el despido disciplinario suele ser el final de un largo recorrido de advertencia y sanciones por faltas leves y graves antes de llegar a la consideración de muy graves, lo que da justificación al despido disciplinario procedente.

3.2. Referencias breves a la cuestión en el marco del derecho Colectivo o Sindical del Trabajo¹⁴

De conformidad con el Artículo 4. 1 del ET, los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, entre otros, los de Huelga.

Según el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹⁵, que sigue regulando matizadamente el derecho de huelga recogido por el art. 28.2 CE., en virtud del fallo de la trascendental STC 11/1981, de 8 de abril, y hasta tanto se logre aprobar una Ley Orgánica de Huelga,¹⁶ hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 1º) Que el derecho de huelga, en el ámbito de las relaciones laborales, podrá ejercerse en los términos previstos en este Real Decreto-ley (art. 1º).
- 2º) Que son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga (art. 2º).
- 3º) Que según el art. 6º del este RDLRT:

Uno. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.

¹⁴ Vid. J.I. García Ninet y J. García Viña et altri, *Manual de Derecho Sindical*, Barcelona (Ed. Atelier), 3ª ed, 2011, especialmente los capítulos 11, “La Huelga” (a cargo de J.I. García Ninet) y 12, El cierre patronal (a cargo de J. García Viña), en páginas 441 y ss y 533 y ss, respectivamente.

¹⁵ BOE de 9 de marzo de 1977. Anterior a nuestra Constitución de 1978 y regulador aún del Derecho Constitucional de Huelga.

¹⁶ Publicada en el Suplemento del BOE del día 25 de abril de 1981, y de la cual es Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Catedrático emérito de derecho Civil. En el Fundamento Jurídico Quinto in fine leemos: “Con las anteriores salvedades, puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contraria a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica”

Dos. Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario.

Tres. El trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad laboral transitoria.

Cuatro. Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.

Cinco. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.

- 4º) Que el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (art. 7º).

Como antes vimos, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, no las huelgas ilegales, no entran en el cómputo del absentismo a los efectos del art. 52 ET. La participación en huelgas ilegales puede llegar a comportar in extremis causa de despido disciplinario, pero para ello exigen los tribunales que la participación haya sido activa, no pasiva, no tanto en la preparación de la huelga cuanto en su efectivo desarrollo. La participación ha de ser significativa u ostensible en el conflicto, singularizada respecto de los compañeros, por ej. formando parte de piquetes violentos.¹⁷

3.3. Referencias breves a la cuestión en el marco de los derechos y deberes en materia de seguridad social, con especial referencia a la Incapacidad Temporal

3.3.1. Acción protectora del Sistema Público Español de Seguridad Social y posibles mejoras a través de la negociación colectiva

El art. 38 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ¹⁸ (en lo sucesivo TRLGSS),

¹⁷ Vid a título de ejemplo la STSJ de Asturias de 17 de marzo de 2000 (Aranzadi Social de 2000, num. 383) y STSJ de Galicia de 29 de junio de 2009 (Aranzadi Social de 2009, num.2302).

¹⁸ BOE 29-6-1994.

que trata de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, dispone que ésta comprenderá, entre otras materias, las siguientes:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.
- b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.
- c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

A su vez, se dispone (Artículo 39) que la modalidad contributiva de la acción protectora que el Sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 del TRLGSS, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales, por lo que, sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva.

3.3.2. Del concepto de Accidente de trabajo, de sus ampliaciones y excepciones

A los efectos anteriores y en aras a su delimitación para la protección contra sus temidos efectos o, incluso, para su prevención, el Artículo 115 del mismo TRLGSS nos define lo que se entiende, lo que se asimila y lo que no se entiende como accidente de trabajo en el sentido siguiente:

Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

Y tendrán la consideración de accidentes de trabajo, o sea se asimilan a accidente de trabajo, aunque les falte alguna de sus notas definitorias, los siguientes supuestos:

- a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

- e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

Asimismo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Por el contrario, no obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

- a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

- b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

En cambio, no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:

- a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.
- b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

3.3.3. De la Enfermedad Profesional

Acto seguido el Artículo 116 del TRLGSS nos abre las puertas a la definición genérica de lo que sea enfermedad profesional, precisando así que:

Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad y Consumo.

3.3.4. De la Enfermedad Común y del Accidente no laboral

En su consecuencia, y ya por exclusión, el artículo 117 del TRLGSS nos ofrece los Concepto de los accidentes no laborales y de las enfermedades comunes, señalando que:

1. Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 115, no tenga el carácter de accidente de trabajo, y
2. Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 115 y en el artículo 116.

3.3.5. Restantes contingencias

Y las restantes contingencias han de situarse (dice el art. 118 TRLGSS) en la concreta regulación que se da después a las mismas; en otras palabras, el concepto legal de las restantes contingencias será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas.

3.3.6. Acerca de la Incapacidad Temporal¹⁹

Principalmente, por lo que se refiere a la contingencia que por antonomasia es considerada la causa del absentismo, o sea la Incapacidad Temporal (IT), hemos de acercarnos

19 Vid. la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE 20-6-2015). Esta regulación-dice la Exp. De Motivos de esta Orden- responde, entre otras razones, a determinadas reformas legales introducidas en los últimos años en materia de incapacidad temporal, y al avance en los medios de coordinación de actuaciones entre las distintas entidades implicadas en su gestión. Para ello, se han establecido unos protocolos de temporalidad de los actos médicos de confirmación de la baja en función de la duración estimada del proceso, la cual será fijada por el facultativo correspondiente, a su criterio médico, contando a tal fin con unas tablas de duración óptima basadas en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador. Asimismo, se mejoran los mecanismos de comunicación, coordinación y colaboración entre las distintas entidades que intervienen en la gestión de la incapacidad temporal, así como las posibilidades de control de la prestación, al objeto de aligerar los trámites y cargas existentes en la actualidad. Esta completísima Orden ministerial entrará en vigor el día primero del sexto mes natural siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

someramente a su regulación general en el TRLGSS, donde se dispone (art. 128) en orden a su conceptos que:

Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.

En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora,

en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

En el desarrollo reglamentario de este artículo, se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación.

No nos corresponde aquí tratar ni de la cuantía de la prestación económica (art. 129 TRLGSS), ni de los posibles sujetos beneficiarios de las prestaciones (art. 130 TRLGSS), ni del régimen jurídico acerca del nacimiento y duración del derecho al subsidio (art. 131 TRLGSS)²⁰, ni de la extinción del derecho al subsidio ni de las recaídas (art. 131 bis TRLGSS)²¹, debiendo recordar que, extinguido el derecho a la prestación de IT por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad

20 Conviene tener en cuenta que, precisamente, el mayor o menor control de la IT puede venir dado por el hecho de la mayor o menor prestación que se reconoce. Así, de entrada, el subsidio se abonará, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive.

El subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la presente Ley.

Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

21 El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica. y por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, actuales Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.

permanente. Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de IT derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente. No obstante, cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Si que conviene tener muy en cuenta lo prevenido en el Artículo 132 (TRLGSS) en punto a la posible Pérdida o suspensión del derecho al subsidio, ya que esto nos puede dar una buena pista sobre situaciones de real absentismo, y así tenemos que:

1º). El derecho al subsidio por IT podrá ser denegado, anulado o suspendido:

a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.

b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.

2º). También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

3º). La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas Colaboradas de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.

El Artículo 133 bis y ss TRLGSS trata de la prestación por Maternidad, que no plantea problemas en orden al absentismo, sin perjuicio de recordar como el Artículo 133 quinquies, que trata de la posible Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, señala que el derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

4. La Problemática de la Erradicación del Absentismo Injustificado en la Negociación Colectiva Española

4.1. La Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017²²

Este III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, , fue suscrito con fecha 8 de junio de 2015, de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y de otra por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CC.OO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.2 en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, del ET, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Cabe resaltar del mismo, dentro del Capítulo I el tratamiento de la *Incapacidad temporal*, por lo que con el fin de favorecer la gestión y control de las situaciones de ITCC (Contingencias Comunes) los convenios colectivos deberían:

1º) Impulsar medidas para mejorar la gestión y control de la situación por ITCC, así como incluir criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo en la empresa, y.

2º) Racionalizar el establecimiento de complementos de la prestación pública por ITCC, vinculándolo al fin anteriormente citado.

Por lo que aquí más importa, el apartado 6 del Capítulo I trata expresamente del Absentismo significando que:

“El absentismo injustificado conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los trabajadores.

La reducción de las ausencias injustificadas en el ámbito sectorial o de empresa debe ser un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial, dado que se proyecta sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores.

Para poder abordarlo, la empresa debe tener un conocimiento riguroso de su absentismo: sus causas, las circunstancias que lo rodean, su coste, etc. Cualquier solución requiere de un acertado diagnóstico compartido, así como el desarrollo de metodologías sencillas y adecuadas a la realidad.

A tal fin, los convenios colectivos “deberían” analizar las causas del absentismo injustificado y establecer criterios para reducirlo, definir mecanismos de seguimiento y evaluación con la representación de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control”.

22 BOE 20-6-2015.

4.2. ¿Y qué dicen los Convenios Colectivos de 2014 y 2015 publicados en el Boletín Oficial del Estado, o sea los del máximo rango por campo de aplicación?

A lo largo de estos 18 meses y medio (desde enero de 2014 hasta 15 de julio de 2015) he revisado exactamente 200 convenios colectivos (142 de 2014 y 58 de 2015), siendo los del año 2014 los que nos ofrecen mejor y mayor material a estos efectos, debiendo destacar las siguientes fórmulas para tratar de atajar el absentismo, unas genéricas y otras más específicas.

4.2.1. Referencias genéricas a la cuestión del absentismo

Cabe destacar, por ej. los convenios colectivos que disponen:

“Las partes firmantes del presente Convenio colectivo son conscientes del grave problema que supone el absentismo laboral y muy especialmente el determinado por las ausencias injustificadas, coincidiendo en valorar su considerable impacto en el incremento de los costes de personal y en la creación de situaciones de anormalidad en la actividad productiva de la Empresa, lo que provoca una disminución de los niveles de eficiencia, cantidad y calidad de la actividad de nuestra empresa.

Por ello, consideran necesario adoptar cuantas medidas tiendan a reducir el absentismo laboral, y para ello acuerdan:

1. Requerir a las Administraciones públicas competentes, que se adopten cuantas medidas sean necesarias para eliminar circunstancias externas a la empresa favorecedoras de absentismo laboral.

2. Hacer lo posible para suprimir el Absentismo Laboral, debido a causas relacionadas con el ambiente de trabajo, y a estos efectos se tendrá en cuenta, a título orientativo, lo establecido en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia²³.

23 Ver art. 67 del Convenio Colectivo de 19 de diciembre de 2013, de la Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada para el período 2013-2014 (BOE 8-1-2014). También el II Convenio Colectivo de 17 de enero de 2014, de la Corporación RTVE (BOE 30-1-2014), Disposición transitoria undécima; el XXIV Convenio Colectivo de la Empresa Bridgestone Hispania, S.A. (Fábrica), de 13 de febrero de 2014 (BOE 3-3-2014), Art. 187, cuando señala que el absentismo laboral afecta directamente a la productividad repercutiendo de forma negativa en la empresa y en los propios trabajadores. por ello los firmantes del presente convenio se comprometen a tomar en consideración en el marco de sus respectivas competencias el objetivo de reducirlo a los mínimos niveles posibles.

4.2.2. Aquellos que dan un paso más en la delimitación de causas y herramientas para la erradicación del absentismo, conectando el tema con la Prevención de Riesgos Laborales en la empresa

1º) En este CC se entienden por absentismo médico todas las ausencias de trabajadores debidas a procesos de incapacidad transitoria (hoy IT) por enfermedad común o accidente no laboral, enfermedad profesional o accidente laboral y permisos médicos.

Las partes firmantes de este convenio entienden que un elevado absentismo médico supone un grave perjuicio a la competitividad y a las posibilidades de presente y futuro.

Por ello la empresa trabajará más específicamente, a través de todos los departamentos y áreas implicadas, con el fin de que el índice de absentismo médico se reduzca y se mantenga en los valores más bajos posibles, controlando tanto el absentismo que puede producirse por motivos estrictamente profesionales y que requiere los correspondientes estudios técnicos, ergonómicos, higiénicos y ambientales, como el posible fraude que se puede dar en este tema a través de la simulación de la enfermedad o la prolongación de los procesos más allá de lo que se estima oficialmente según el diagnóstico correspondiente, y sea cual sea el motivo oculto del fraude. Este trabajo se compartirá

También con los/as delegados/as de prevención en el seno del comité de seguridad y salud, y a fin de que el índice se mantenga en valores razonables, se expondrá en el tablón de anuncios correspondiente toda la información que al respecto se considere y, siempre y en cualquier caso, los índices de absentismo del centro de trabajo.

Por último, la empresa procurará implantar un sistema de gestión de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la salud donde se recojan, plasmen e implementen todas las iniciativas al respecto²⁴.

2º) En un segundo supuesto ambas representaciones del CC de FORD España reconocen el serio problema que supone el absentismo y entienden que su reducción y corrección sólo se puede conseguir mediante un funcionamiento y utilización adecuada de los servicios de medicina de empresa y de la Seguridad Social así como con unas adecuadas condiciones de Seguridad y Salud y ambiente de trabajo. Ambas representaciones reconocen el serio perjuicio que se origina, tanto para la empresa como los trabajadores, el que el absentismo supere determinados niveles y por lo tanto la necesidad de corregirlo y reducirlo.

A tal efecto, la representación de los trabajadores se compromete a, por su parte, hacer campaña con el objeto de concienciar al trabajador sobre este problema, así como

24 Vid. el Convenio Colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca de 31 de marzo de 2014(BOE 15-4-2014), arts. 35. Absentismo y salud. Vid en el mismo sentido el Convenio Colectivo de Servicio BSH al cliente Zona 2 Norte, de 10 de junio (BOE 25-6-2014), art. 35, absentismo médico y salud.

cooperar con las campañas educativas que sobre este aspecto haga la empresa y en las cuales haya participado la representación de los trabajadores, de acuerdo con los principios expresados en el apartado anterior.

La comisión paritaria, existente en el seno de la empresa, tiene por finalidad el estudio de las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, así como la coordinación y la exigencia en la aplicación de medidas y soluciones a los organismos de la Seguridad Social y en especial al Instituto Nacional de la Salud. Dicha comisión informará a los trabajadores sobre las conclusiones de sus estudios y gestiones. La representación social en dicha comisión estará compuesta por miembros del comité de empresa.

Asimismo, ambas partes reconocen que el propósito de estas campañas y la comisión, es la reducción del absentismo en general y la corrección de sus causas, analizando los caminos tendentes a corregir los problemas que pongan de manifiesto los estudios realizados²⁵.

4.2.3. Ajustes sobre supuestos de absentismo en el despido objetivo (art. 52 ET) por causas de atención a menores o a discapacitados

Por ejemplo, para señalar que no computarán como faltas de asistencia, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, las ausencias debidas al disfrute de los permisos de asistencia a pruebas diagnósticas o asistencia médica, por razón de atención a menores y atención a dependientes o persona con discapacidad antes previstas²⁶.

4.2.4. Aquellos que establecen incentivos económicos para reducir o eliminar el absentismo por causas comunes

Por ejemplo, estableciendo una prima anual individual ligada a la reducción del absentismo por Enfermedad y Accidente Común de cada Centro de Trabajo y bajo el cumplimiento de las siguientes condiciones²⁷:

25 Vid. el interesante Convenio Colectivo de FORD ESPAÑA, SL, de 21 de mayo (BOE 30-5-2014), art. 52. Vid. en esta línea, pero muy sintéticamente el Convenio Colectivo Estatal para las Industrias Extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016, de 21 de mayo de 2014 (BOE 5-6-2014), disp. Preliminar séptima.

26 Vid. II Convenio Colectivo del grupo HC energía de 7 de febrero de 2014 (BOE 24-2-2014), art. 106.

27 Vid. el Convenio Colectivo de Exide Technologies España, SLU, de 25 de febrero de 2014 (BOE 7-3-2014), Disp. Adicional cuarta, Prima de absentismo. Vid. asimismo el IV Convenio Colectivo General de la Industria Salinera, de 2 de diciembre de 2014 (BOE 16-12-2014), cuyo art. 50, trata de la Corrección del absentismo: Plus de asistencia y actividad.

- El objetivo es reducir el nivel de absentismo individual por Enfermedad y Accidente Común por debajo del tres y medio por ciento y en compensación abonar a todos los trabajadores de alta en la empresa durante todo el año fiscal anterior (12 meses) que sirve de cálculo, y permanezcan de alta en la empresa en la fecha de pago (Abril), una prima individual y anual, en función del porcentaje de absentismo colectivo.
- El control se realizará por días/horas de trabajo, con el absentismo individual acumulado durante cada año fiscal, es decir, el ratio de absentismo alcanzado en el año fiscal (año vencido) se considerará para la aplicación de la fórmula para el pago de la prima en el mes de Abril.
- No se considerarán para el control los cambios de estado en las variaciones de la Seguridad Social (altas/bajas) por resoluciones o sentencias judiciales con efectos retroactivos si éstas son notificadas más tarde del cierre de la confección de las nóminas a las que les afecte.
- Se llevará un control mensual (individual y colectivo) y acumulado al ejercicio final para conocer su evolución por las Comisiones de Seguridad y Salud.

4.2.5. Las meras llamadas al compromiso de los Representantes de los trabajadores y de la Dirección de la Empresa

Recogiendo como texto del Convenio, pero sin más medidas efectivas, que los Representantes de los Trabajadores y la Dirección de la Empresa, conscientes de la incidencia que la productividad y el absentismo del personal tienen en los resultados finales de la Entidad, se comprometen en la consecución de una mejora progresiva y permanente de estos índices²⁸.

4.2.6. Los que se limitan a crear Comisiones de Trabajo al efecto. Todo “ad futurum” sin mayor compromiso

Pactando simplemente que se creará una Comisión de trabajo, asumiendo el compromiso de estudiar los sistemas, que se consideren oportunos, a fin de reducir el absentismo, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la firma del Convenio, y elevándolos, si procede, a la Comisión Negociadora para la aprobación, en su caso, de los acuerdos que en esta materia se alcancen²⁹.

28 Vid. el Convenio Colectivo de Sociedad de Prevención de Fremap, SLU de 7 de marzo de 2014 (BOE 20-3-2014), art. 9. Productividad y absentismo.

29 Vid. el XX Convenio Colectivo del personal de tierra de Iberia, líneas aéreas de España, SA, operadora, s. unipersonal de 6 de mayo de 2014(BOE 22-5-2014), Disposición transitoria undécima. Comisión absentismo.

4.2.7. Los que recalcan lo que ya se prevé en el ET a efectos de controlar y en su caso sancionar económicamente el absentismo

A tal efecto, las partes negociadoras del convenio colectivo, parten del reconocimiento de que el absentismo laboral tiene una incidencia negativa en los costes laborales y en la productividad y competitividad de las empresas incluidas en el ámbito funcional del presente convenio.

Por lo tanto, las ausencias al trabajo no permitidas en el ET o en el presente convenio tendrán la consideración de absentismo y a las mismas se les aplicarán los descuentos correspondientes a las retribuciones pactadas en la proporción que corresponda tomando como valor de referencia la retribución anual acreditada dividida por la jornada anual pactada. Igual tratamiento recibirán las ausencias por enfermedad sin justificante médico de hasta 2 días de duración.

Y, a efectos del control del absentismo por IT de contingencias comunes, la empresa de conformidad con el art 20.4 ET se reserva la facultad de comprobar la veracidad de las bajas condicionando el mantenimiento de los complementos de la prestación económica por IT al consentimiento del trabajador para la realización de la revisión médica.

4.2.8. Los que precisan los datos de absentismo pasados y presentes y establecen claramente todas las pautas a seguir para rebajar ostensiblemente el absentismo, creando comisiones de seguimiento al efecto

1º). Como en los pocos Convenios Colectivos que se preocupan del tema, también en este caso la reducción del absentismo es un objetivo compartido por ambas partes, siendo necesaria la puesta en marcha de medidas que permitan mejorar ostensiblemente los índices de absentismo. A dichos efectos, las partes formalizan el documento que sobre esta materia se acompaña como anexo II y que trata in extenso de la Valoración y análisis del absentismo, que es un objetivo compartido por las representaciones sindical y empresarial, dado que sus efectos negativos se proyectan sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores.

Al objeto pues de combatir este fenómeno que conlleva una pérdida de productividad e incide negativamente en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de la Empresa, ambas partes coinciden en que es necesaria la puesta en marcha de medidas que lleven a la Empresa a mejorar ostensiblemente dicha situación³⁰.

30 Vid. IV Convenio Colectivo de Navantia, SA, de 29 de octubre de 2014 (BOE 10-11-2014), Art. 16 y ANEXO II. Antecedente/datos actuales, donde se dispone que para lograr dicho objetivo se constituirá una Comisión Mixta en cada centro de trabajo con las siguientes competencias:

1. Análisis de la evolución de los datos mensuales de absentismo y sus causas.

2º) El III Convenio colectivo para el grupo de empresas Maxam, de 23 de diciembre de 2014³¹ es uno de los más detallados de los 200 vistos, precisa, entre otros extremos, que:

- a) La Dirección y los Sindicatos firmantes de este Convenio, siendo conscientes de la negativa repercusión que los problemas derivados del Absentismo están generando sobre la organización del trabajo y la eficiencia productiva de los diferentes centros y fábricas del Grupo, manifiestan su voluntad de poner en marcha acciones que permitan afrontar el problema y disminuir las cifras de absentismo actuales.
- b) La Dirección de la Empresa podrá eliminar individualmente los complementos que en el caso de enfermedad o accidente no laboral esté abonando o pudieran ser abonados, una vez oída la Comisión de Control y Seguimiento del Absentismo, en los términos recogidos en el Artículo 26 del presente Convenio Colectivo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso y pudiendo disponer como referencia de los informes tanto del Servicio Médico, como de empresas especializadas en la materia. En estos casos, los períodos de baja de los trabajadores que por estas razones no cobren complemento de la Empresa, no se tendrán en cuenta para los índices que más adelante se señalan para poder cobrar los complementos por IT, a cargo de la Empresa, desde el momento en que no sean abonados los citados complementos a estos casos individuales.
- c) Asimismo, y teniendo como referencia los índices de absentismo que a continuación se establecen, las Empresas dejarán de abonar de forma automática el 100% garantizado en los párrafos anteriores, cuando el índice de absentismo por IT de enfermedad común y accidente no laboral, incluyendo las consultas

2. Desarrollar campañas compartidas de sensibilización entre el personal.

3. Evaluación del preceptivo reconocimiento médico anual del personal.

4. Búsqueda de vías que permitan agilizar los tiempos de espera en las pruebas médicas que alargan los períodos de incapacidad temporal.

5. Identificación de supuestos de abusos e identificación de medidas correctoras.

6. Aquellas otras que las parte acuerden.

Serán objeto de estudio y evolución por dichas Comisiones todos los conceptos ligados a la tasa de absentismo con excepción del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, que serán objeto de análisis por los Servicios de Prevención de la Empresa. Los conceptos son los siguientes: Enfermedad o Accidente no de trabajo; Faltas de puntualidad; Faltas al trabajo justificadas o injustificadas; Licencias retribuidas o no retribuidas; Permisos por cualquier concepto; Ausencias durante la jornada (pases): Ausencias por cargo público; Ausencias por conflictividad. Las propuestas correctoras a considerar serán las que definan las partes, entre otras, la no realización de prolongación de jornada y/o flexibilidad (horas extras y de T x T) y la no realización de jornada en régimen de turno, sin perjuicio de aquellas que la Empresa pudiera adoptar en el ejercicio del poder de organización y dirección que le corresponde.

31 BOE del 14 de enero de 2015, especialmente son significativos sus arts. 25 y 26.

médicas cualquiera que fuera su motivo, sobrepase los límites que se señalan para cada Centro de Trabajo, respecto a la media acumulada de los últimos doce meses anteriores al mes de que se trate.

- d) En consecuencia, si el índice de absentismo por enfermedad y consultas médicas computado de manera individual en cada uno de los centros de trabajo señalados, estuviera por encima de los índices antes referenciados, las Empresas complementarían hasta el 80% de la Base Reguladora hasta un máximo de cinco (5) días de la primera baja de cada año; en estos mismos casos, en la segunda baja de cada año, las Empresas complementarían hasta el 60% de la Base Reguladora hasta un máximo de tres (3) días. Si individualmente un trabajador se ha situado durante todo el año anterior (doce meses del año natural anterior), por debajo de los índices de absentismo por enfermedad y consultas médicas antes referenciados, el complemento de las Empresas para ese trabajador llegará hasta el 90% de su Base Reguladora hasta un máximo de siete (7) días de la primera baja de cada año y hasta un máximo de otros siete (7) días en la segunda baja de cada año.
- e) A los efectos del cálculo de los índices de absentismo por enfermedad común, accidente no laboral y consultas médicas, para dar lugar al pago de los complementos por IT con cargo a la Empresa que correspondan a cada caso, se excluirán las bajas por maternidad, el período de duración de las hospitalizaciones y las bajas del personal que se halle tramitando su incapacidad, siempre que lo hagan de acuerdo y en coordinación con la Dirección de cada Empresa.
- f) Se decide la creación en cada Centro de Trabajo de una Comisión de Control y Seguimiento del Absentismo, de carácter paritario.
- g) Estas Comisiones de Control y Seguimiento deberán realizar, en el ámbito de su Centro de Trabajo, el seguimiento, aplicación e interpretación de todas aquellas cuestiones relativas al contenido del presente Capítulo.

5. Conclusiones

Llama la atención que solamente catorce (14) Convenios Colectivos de los doscientos (200) analizados lleven a cabo alguna incursión en esta trascendental materia del Absentismo, o lo que es lo mismo simplemente un 7 %. Escandaloso con tanto como se llega a decir del Absentismo. Cifra escalofriante para tanta escandalera como existe sobre esta cuestión.

Posiblemente la razón se deba a que el Empresario ya cuenta con una arsenal de armas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social para combatir eficazmente el Absentismo in justificado, como vimos antes, si es que las quiere poner en marcha.

No me ha correspondido analizar – pero obviamente tenemos larga e histórica constancia de ello – aquí el elevadísimo número de Convenios Colectivos que suelen mejorar las prestaciones por IT, tanto por causas profesionales como por causas comunes, e incluso pactan los llamados complementos o pluses de asistencia, que no se cobran cuando se dan ciertos niveles de inasistencia, lo que son medidas positivas para evitar el absentismo, que parece tienen mejores efectos que las medidas negativas y/o sancionadoras.

Llama también la atención la llamada al cumplimiento de lo que es debido por contrato y la creación en el aire de tantas Comisiones de cuya operatividad dudo muy sinceramente, ya que en no pocas ocasiones la experiencia nos dice que son una suerte de canto al sol.

EL IMPACTO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

JORDI GARCÍA VIÑA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España).

Resumen

La incapacidad temporal es la principal causa del absentismo y supone, por parte de las empresas, un incremento en los costes laborales suponiendo un grave perjuicio para la productividad y competitividad de las empresas, así como una carga económica extraordinaria y en constante crecimiento para los presupuestos públicos de la Seguridad Social.

La evolución del gasto de incapacidad temporal en los últimos años ha sido superior al efecto conjunto del crecimiento de las bases de cotización y del número de afiliados, especialmente durante los años de la crisis económica.

Palabras clave

Absentismo; Incapacidad temporal; Coste laboral unitario; Empleo.

Abstract

Temporary disability is the main source of the absenteeism. Companies increase their unit labour costs meaning a relevant damage in their productivity and competitiveness.

The development of the cost of temporary disability has increased more than the growth of the social contributions and the number of the members of Social Security, especially in these years with this current economic crisis.

Key words

Absenteeism; Temporary disability; Unit labour costs; Employment.

1. El absentismo como problema

El absentismo laboral es uno de los principales problemas en la gestión de las relaciones laborales, ya que supone por parte de las empresas una pérdida sustancial en

los niveles de productividad y competitividad empresarial y por parte de la sociedad, la asunción de elevados costes, en algunos casos, injustificados.

Es por tanto, uno de los principales factores que comportan un incremento en los costes laborales suponiendo un grave perjuicio para la productividad y competitividad de las empresas, así como un importante factor de desequilibrio del gasto público.

En el ámbito laboral, hay que destacar la relevante importancia que comportan los costes laborales en las actuales circunstancias económicas, máxime si se consideran los costes laborales unitarios en los países de la Unión Europea, que han de competir con el resto de economías. La evolución de estos costes en Europa ha venido muy marcada por la crisis económica y ha tenido sus principales efectos a partir del año 2010, con reducción de los mismos, que han supuesto consecuencias múltiples, desde reducción de salarios para los trabajadores a incremento de productividad para las empresas.

La situación de los costes laborales unitarios se puede observar en el siguiente cuadro.

Costes laborales unitarios

Table 28: Unit labour costs, whole economy ¹ (percentage change on preceding year, 1996-2014) 21.4.2015

| | 8-year averages | | | | | | Spring 2015 forecast | | | Winter 2015 forecast | | |
|----------------|-----------------|---------|---------|------|------|------|----------------------|------|------|----------------------|------|------|
| | 1996-00 | 2001-05 | 2006-10 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2014 | 2015 | 2016 |
| Belgium | 0.7 | 1.6 | 2.4 | 2.8 | 3.6 | 2.0 | 0.1 | -0.2 | -0.3 | -0.1 | -0.3 | -0.7 |
| Germany | 0.1 | 0.1 | 1.0 | 0.6 | 3.3 | 2.4 | 1.8 | 1.8 | 1.4 | 1.9 | 1.8 | 1.5 |
| Estonia | 7.4 | 4.5 | 7.6 | -0.8 | 3.4 | 6.8 | 6.4 | 3.4 | 2.4 | 3.6 | 2.4 | 1.9 |
| Ireland | 1.5 | 4.2 | 1.1 | -3.2 | 0.5 | 4.2 | 0.8 | 1.2 | 0.9 | -3.9 | 0.4 | 0.3 |
| Greece | 5.1 | 4.7 | 2.8 | -0.2 | -3.3 | -7.0 | -1.6 | 0.1 | 1.7 | -1.9 | 0.2 | 2.1 |
| Spain | 2.2 | 3.2 | 2.7 | -1.1 | -3.0 | -0.4 | -0.4 | 0.3 | 0.3 | -0.2 | 0.2 | 0.3 |
| France | 0.5 | 2.0 | 2.2 | 0.9 | 1.8 | 1.1 | 1.0 | -0.1 | 0.3 | 1.3 | -0.3 | -0.4 |
| Italy | 1.6 | 3.2 | 2.7 | 0.7 | 1.9 | 0.7 | 1.2 | 0.5 | 0.0 | 1.4 | 0.3 | -0.1 |
| Cyprus | 2.0 | 3.6 | 1.8 | 2.7 | -2.6 | -5.9 | -4.3 | -0.2 | 0.9 | -3.7 | 0.0 | 0.9 |
| Latvia | 6.0 | 4.4 | 7.0 | 0.2 | 2.7 | 7.3 | 4.7 | 3.1 | 2.1 | 3.6 | 2.2 | 2.2 |
| Lithuania | 7.7 | 1.7 | 3.3 | 0.7 | 2.2 | 3.0 | 3.4 | 3.0 | 2.6 | 3.1 | 3.1 | 3.2 |
| Luxembourg | 1.0 | 3.2 | 3.9 | 2.4 | 4.2 | 3.6 | 1.6 | 0.8 | 1.2 | 1.6 | 1.2 | 1.6 |
| Malta | -0.2 | 2.4 | 3.0 | 4.2 | 4.2 | 1.0 | 1.5 | 0.8 | 1.2 | 1.8 | 0.5 | 1.2 |
| Netherlands | 1.9 | 2.1 | 1.9 | 1.3 | 3.6 | 1.6 | 0.1 | 0.0 | 0.9 | 0.4 | 0.0 | 1.1 |
| Austria | 0.1 | 0.7 | 2.0 | 0.8 | 3.1 | 2.6 | 2.3 | 1.3 | 0.7 | 2.7 | 1.9 | 1.5 |
| Portugal | 3.8 | 2.9 | 1.2 | -2.0 | -3.2 | 2.5 | 0.9 | -0.5 | 0.0 | 0.2 | -0.2 | -0.2 |
| Slovenia | 5.9 | 4.9 | 3.8 | -0.7 | 0.6 | 1.4 | -2.1 | -0.2 | 0.2 | -1.3 | 0.3 | 0.7 |
| Slovakia | 7.2 | 3.4 | 2.3 | 1.1 | 1.0 | 0.3 | 2.3 | 0.6 | 1.2 | 1.8 | 0.4 | 0.4 |
| Finland | 0.5 | 1.3 | 2.8 | 2.3 | 5.2 | 1.9 | 1.1 | 0.8 | 0.3 | 1.2 | 1.0 | 0.8 |
| Euro area | 1.0 | 1.9 | 2.0 | 0.5 | 1.8 | 1.3 | 1.0 | 0.7 | 0.6 | 1.1 | 0.6 | 0.6 |
| Bulgaria | 93.4 | 4.0 | 6.3 | 2.4 | 4.5 | 7.2 | 0.2 | 1.0 | 1.5 | 1.0 | 1.2 | 1.7 |
| Czech Republic | 6.9 | 3.3 | 1.8 | 0.6 | 2.6 | 0.5 | 1.4 | 0.9 | 0.8 | 1.1 | 0.7 | 0.7 |
| Denmark | 1.7 | 2.4 | 3.4 | 0.2 | 1.9 | 1.9 | 1.3 | 0.9 | 0.9 | 1.9 | 1.0 | 1.1 |
| Croatia | . | 2.3 | 3.7 | 0.6 | -1.3 | -0.6 | -2.4 | -1.7 | 0.8 | 2.3 | 0.9 | 1.0 |
| Hungary | 13.6 | 6.4 | 2.9 | 1.6 | 3.4 | 0.9 | 2.7 | 3.9 | 2.0 | 4.2 | 2.5 | 2.3 |
| Poland | 10.8 | -0.3 | 2.6 | 1.1 | 1.8 | 0.8 | -2.0 | -0.5 | 0.5 | 0.7 | 0.9 | 1.0 |
| Romania | 64.4 | 17.1 | 8.0 | -5.8 | 3.5 | -1.3 | 0.3 | 0.9 | 1.0 | 1.8 | 0.9 | 1.5 |
| Sweden | 1.5 | 1.2 | 2.5 | 2.6 | 4.1 | 1.4 | 1.5 | 1.0 | 0.9 | 2.2 | 1.7 | 1.5 |
| United Kingdom | 3.1 | 2.3 | 3.2 | -0.1 | 2.4 | 1.4 | 0.9 | 1.0 | 1.2 | 1.2 | 0.8 | 0.8 |
| EU | . | 2.0 | 2.3 | 0.5 | 2.0 | 1.3 | 0.9 | 0.8 | 0.8 | 1.2 | 0.7 | 0.7 |
| USA | 2.2 | 1.3 | 1.8 | 1.9 | 1.6 | 0.3 | 1.5 | 2.0 | 2.6 | 1.4 | 1.3 | 2.1 |
| Japan | 1.3 | -2.6 | -1.7 | 0.8 | -1.9 | -0.9 | 0.8 | -0.2 | -0.3 | 0.7 | -0.3 | -0.1 |

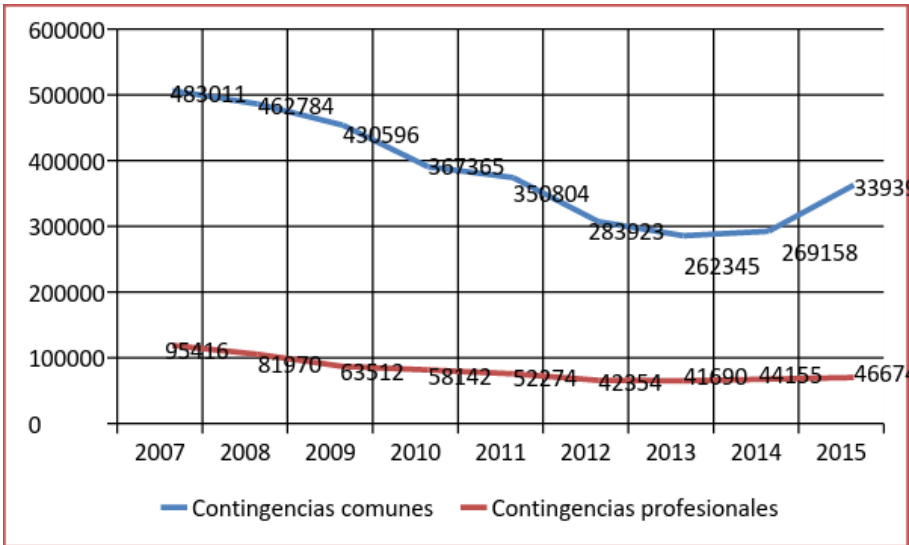
¹ Compensation of employees per head divided by labour productivity per head, defined as GDP in volume divided by total employment.
Note: See note 6 on concepts and sources where countries using full time equivalents are listed.

Los principales costes directos del absentismo son los salarios de los trabajadores ausentes, algunos costes de sustitución (retribuciones de los sustitutos) y los costes de las horas extras. El actual entorno empresarial, cada vez más competitivo debido a la globalización, obliga a las empresas a encontrar el equilibrio entre los planes de absentismo y unas condiciones laborales lo suficientemente atractivas para los empleados.

En general, estos costes pueden calcularse con una cierta precisión. En España, al ser la situación de incapacidad temporal la principal situación de absentismo, hay que tener en cuenta que los costes por incapacidad temporal están asegurados a través del sistema de la Seguridad Social, por lo que la empresa no debe asumir parte de ellos, aunque puede establecerse, a través de una mejora voluntaria de la acción protectora, en convenio colectivo, un complemento voluntario de la incapacidad temporal.

La incapacidad temporal, teniendo este papel tan relevante, presenta unos datos muy determinados si se analizan de manera paralela a la situación económica derivada de la crisis económica. Hay dos elementos suficientemente importantes derivados que se pueden observar en el siguiente gráfico: la congelación del número de procesos derivados de contingencias profesionales y la progresión de las situaciones cuyo origen son las contingencias comunes, habiendo disminuido durante la crisis, teniendo el punto más bajo en 2013, y experimentando un importe repunte hasta la actualidad.

Número medio mensual de procesos iniciados en el período



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

En cuanto a los costes indirectos, son los derivados de la disminución de la productividad, costes de sustitución (reclutamiento, selección, formación), de fallos en la calidad del producto o servicio, de disminución de beneficios, las cuotas a la Seguridad Social y en general costes de administración (personas y actividades de gestión de las ausencias).

En las ausencias por contingencia profesional, los costes pueden tener un alcance superior (sanciones o recargos de prestaciones de la Seguridad Social, por paralización de

la actividad, pérdidas de imagen, daños materiales, pérdida de posibles reducciones de las primas o cotizaciones por contingencias profesionales por baja siniestralidad, etc.).

Los costes derivados del absentismo laboral en las empresas suponen un promedio del 14,3 % de la nómina, y los costes indirectos derivados de sustituir a los trabajadores ausentes son la mitad de los costes directos. Por tanto, el total de los costes derivados de las ausencias laborales pueden superar el 20 % de la nómina.

En la actualidad, la gran mayoría de las empresas considera una prioridad la reducción de los costes actuales derivados de la gestión de incapacidades. En general, existe una relevante preocupación por la detección del absentismo y se considera especialmente necesaria la existencia de sistemas de detección de las ausencias, el denominado presentismo, conforme a los datos del informe de la empresa Adecco, así como la coordinación de la asistencia médica con la gestión de la incapacidad de las incapacidades temporales.

Durante los últimos años, las empresas han empezado a cambiar el diseño y gestión de sus planes de absentismo para conseguir una contención de costes en este capítulo. Para lograr este objetivo, las empresas intentan transmitir a sus trabajadores, si puede ser con el apoyo de sus representantes, la importancia de los costes derivados del absentismo y comunicar, por tanto, el valor de los planes de ausencia. Si se consigue el cambio de mentalidad, es más fácil recabar el apoyo de la plantilla para la consecución de estos planes que redundarán en último término en beneficio de los trabajadores.

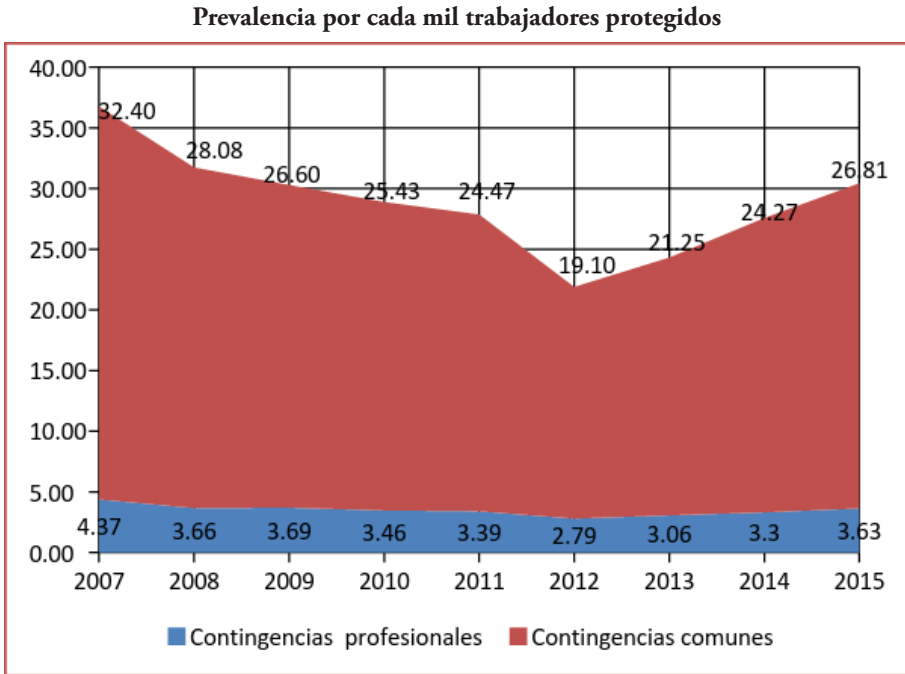
Esta materia se ha convertido en los últimos años en un tema de moda, ya que la proporción del volumen de gastos, el presunto nivel de fraude y la aceptada facilidad para obtener la baja médica o mantenerla, son cuestiones no sólo no resueltas, sino cada día más presentes.

2. La incapacidad temporal como causa principal del absentismo

Se consideran situaciones determinantes de incapacidad temporal tanto las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, como los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, teniendo en cuenta que se considera como período de observación el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo.

Estas dos situaciones, en la realidad, no se encuentran en la misma situación, ya que el peso en el total de la incapacidad temporal de los procesos por contingencias comunes ha sido históricamente y lo continúa siendo, mucho mayor que los casos que tienen como origen las contingencias profesionales.

Además, como se puede observar en el siguiente gráfico, la situación de crisis económica también ha afectado de manera muy relevante a estos procesos, especialmente a los relativos a las contingencias comunes, aunque, en momentos actuales de la salida de la situación económica difícil, los índices de prevalencia (número de procesos registrados como en vigor, con relación a la población protegida, al final del período) están aumentando.

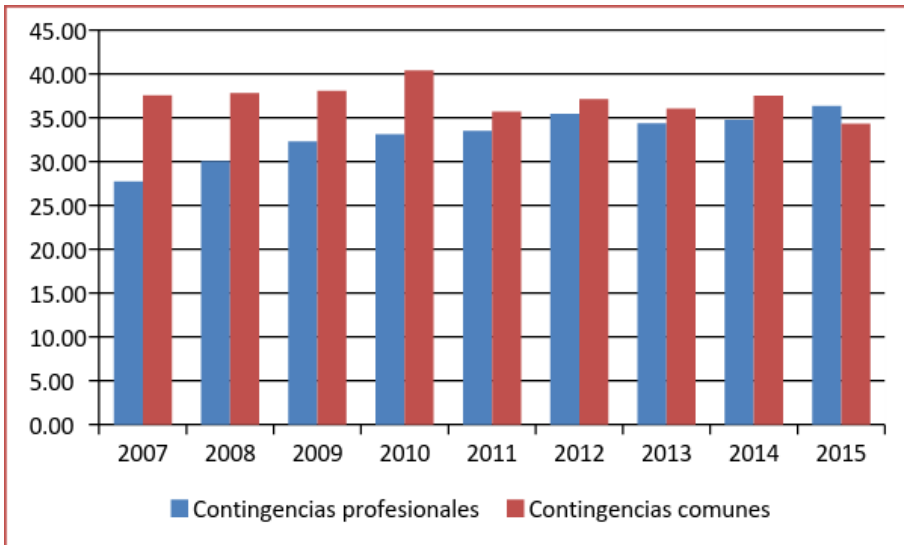


Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Estas situaciones tienen una duración máxima determinada, concretamente, en caso de enfermedad o accidente, 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación, teniendo en cuenta que a los efectos del período máximo y de su posible prórroga, se deben computar los de recaída y de observación y cuando se refiere a los períodos de observación por enfermedad profesional, de 6 meses, prorrogables por otros 6 cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Si se analiza la duración media (número total de días de baja de los procesos entre el número total de estos procesos) en días de los procesos se comprueba un repunte para las situaciones derivadas de contingencias comunes en el año 2010, que se ido disminuyendo progresivamente hasta la actualidad y que se ha equiparado a los procesos cuyo origen son las contingencias profesionales.

Duración media de los procesos con alta en el período



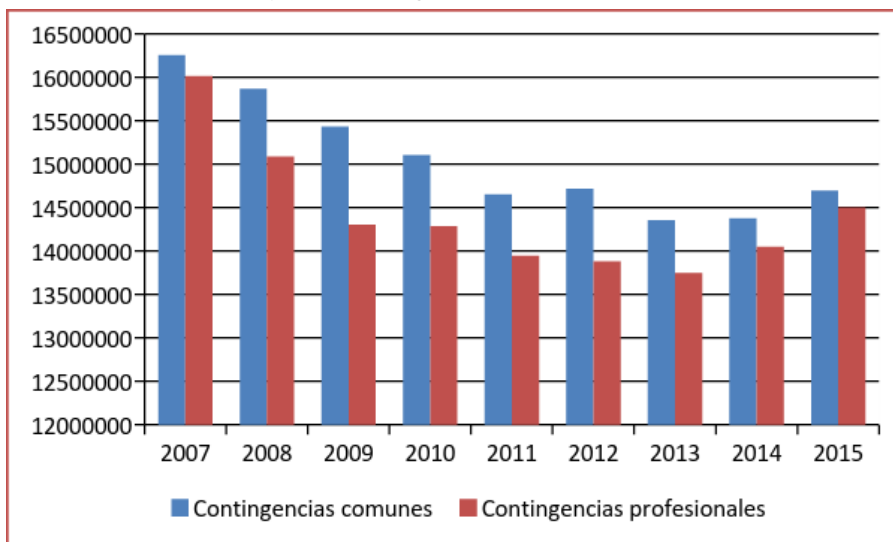
Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Pueden ser beneficiarios de esta prestación, las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, que cumplan los siguientes requisitos:

- Encontrarse en una situación determinante de la prestación de incapacidad temporal.
- Estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.
- Acreditar los siguientes períodos mínimos de cotización:
 - En caso de enfermedad común, 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.
 - En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización.

Estos requisitos son cumplidos por un importante número de trabajadores, como se puede observar en el siguiente gráfico, teniendo su punto más bajo en el año 2013 y habiéndose observado un incremento muy relevante posteriormente, que en la actualidad sigue en crecimiento.

Número de trabajadores protegidos al final del período considerado



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, diferente según el origen de la contingencia, de un determinado porcentaje, que varía según los supuestos:

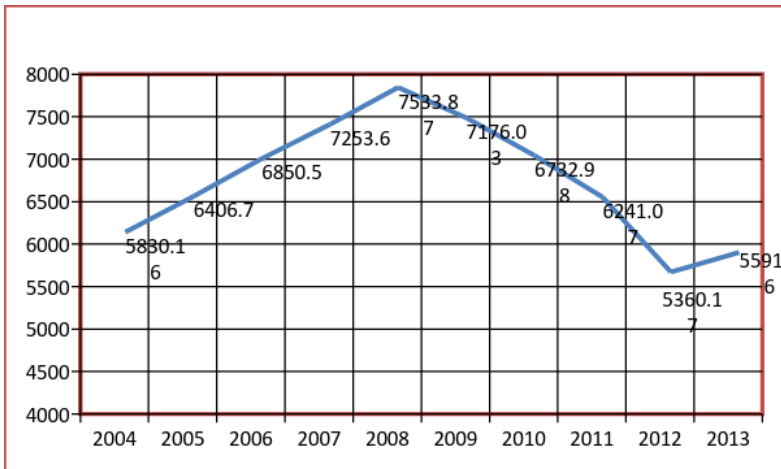
- Derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional: La prestación se abona desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. A partir de ese día, el 75 %, correspondiendo toda la prestación a la Mutua colaboradora de la Seguridad Social o al Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Derivada de accidente no laboral o enfermedad común: los cuatro primeros días no se devenga prestación, a partir del cuarto y hasta el décimo quinto, el 60 % a cargo del empresario, a partir del décimo sexto y hasta el vigésimo, el 60 % a cargo de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o Instituto Nacional de la Seguridad Social y a partir del vigésimo primero en adelante, el 75 % a cargo de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El subsidio se abona mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, teniendo en cuenta que durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

Si se analiza el total de coste de las prestaciones de incapacidad temporal, conforme a las liquidaciones realizadas por la Seguridad Social, se observa, conforme al siguiente

gráfico, que existe un crecimiento en los gastos hasta el año 2008, momento de inflexión por descenso hasta el año 2012, en el que vuelven a incrementarse hasta la actualidad.

Coste de las prestaciones de incapacidad temporal

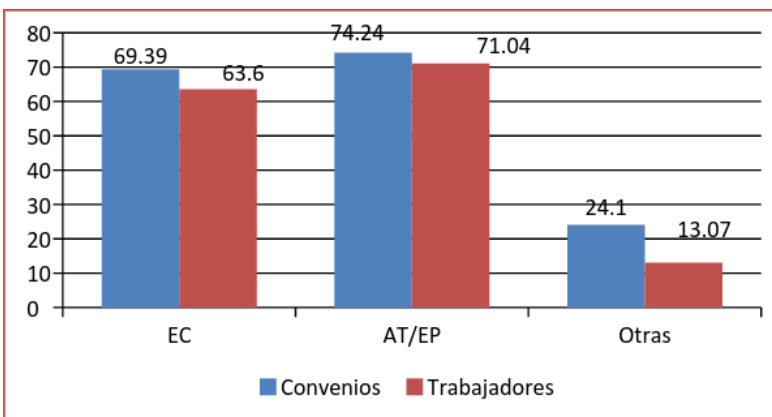


Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Presupuestos de gastos. Liquidación de los ejercicios.

Además, cabe la posibilidad que esta prestación económica pública sea mejorada por medio de convenio colectivo.

En este caso, los datos de convenios colectivos firmados en 2014 se refieren a 1382 convenios que afectan a 1.915.307 trabajadores, de los cuales el 78 % de los convenios, que representan al 72,18 % de los trabajadores, regulan este tipo de cláusulas.

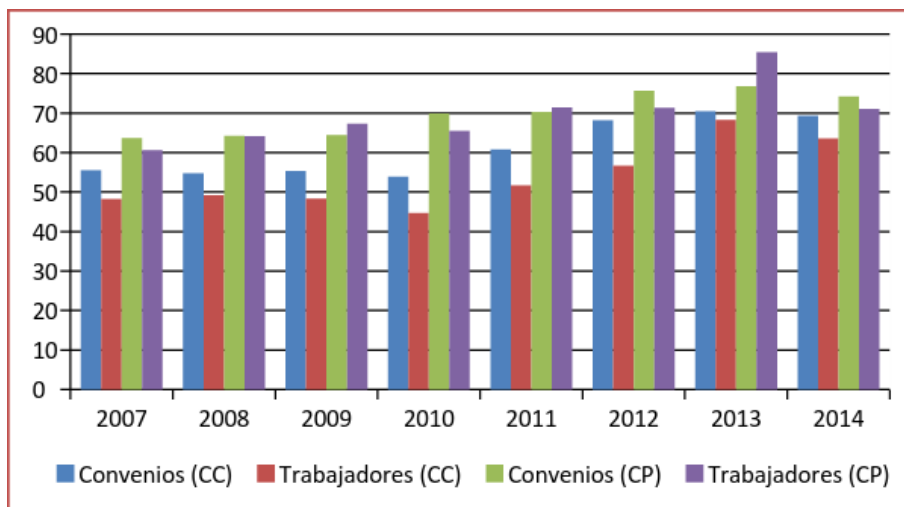
Cláusulas en convenios colectivos con complemento



Fuente: Estadísticas de convenios colectivos de trabajo.

En cuanto a las series de datos de los años 2007 a 2014 respecto a las cláusulas reguladas en los convenios colectivos en relación a supuestos relacionados con contingencias comunes (CC) o profesionales (CP), los porcentajes se mantienen de manera similar durante todo el período, siendo mayor la cobertura, tanto en número de convenios como de trabajadores afectados en los casos de accidentes de trabajo y/o enfermedad profesional.

Distribución de las cláusulas según contingencias



Fuente: Estadísticas de convenios colectivos de trabajo.

El derecho al subsidio se extingue por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social; o por fallecimiento.

Cuando, iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido los 545 días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal, se denegara el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social es el único competente para emitir, dentro de los 180 días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanuda el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los 545 días, como máximo.

Cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de 545 días naturales, se debe examinar necesariamente, en el plazo máximo de 3 meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta puede retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos.

Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de 545 días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, solo puede generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a 180 días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente.

Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se deben computar exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, aun cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido 180 días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, puede iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. En ese caso, emitida la baja médica, el Instituto Nacional de la Seguridad Social debe reconocer el derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, cuando el trabajador reúna los requisitos exigidos para ello.

El alta médica con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los 365 días de duración, extingue la situación de incapacidad temporal.

Si, al agotamiento del plazo de 365 días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento de este plazo. Cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiese acordado la prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, y durante la misma iniciase un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal debe extinguirse en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación.

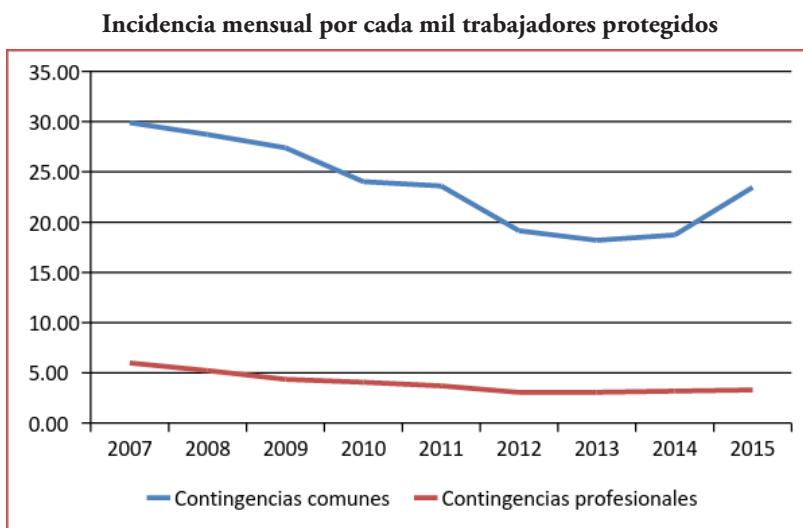
Cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente, o por el transcurso de los 545 días naturales, el trabajador debe estar en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente.

En todos estos casos, los efectos de la prestación económica de incapacidad permanente deben coincidir con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.

En el supuesto de extinción de la incapacidad temporal, anterior al agotamiento de los 545 días naturales de duración de la misma, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsiste la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de 545 días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

3. La gestión y el control como mecanismo de vigilancia

Hasta el cumplimiento del plazo de duración de 365 días de los procesos de incapacidad temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ejerce, a través de los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir un alta médica a todos los efectos.



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Este procedimiento ha sido regulado por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración.

La declaración de la baja médica, cualquiera que sea la contingencia determinante, precisa del correspondiente parte médico de baja expedido por el médico del servicio público de salud, que debe ir precedido de un reconocimiento médico. Sin embargo, en el caso de que la causa de la baja sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y el trabajador preste servicios en una empresa asociada a una mutua, los partes de baja y de confirmación de la baja son expedidos por la mutua.

Como novedad se incluye como dato obligatorio en el parte de baja la duración estimada del proceso de incapacidad temporal y la fecha de revisión. Además, los médicos deben disponer de tablas de duración óptimas tipificadas por los distintos procesos, así como tablas sobre el grado de incidencia en las distintas actividades laborales.

La emisión de los partes de baja y de confirmación se realiza de acuerdo a la duración estimada por el médico, de acuerdo con los siguientes grupos:

- Hasta 5 días de baja, se puede expedir el parte de baja y de alta en la misma visita médica.
- Entre 5 y 30 días de baja, el primer parte de baja se extiende para 7 días como máximo y los siguientes cada 14 días.
- Entre 31 y 60 días de baja, el primer parte de baja se extiende para 7 días como máximo y los siguientes cada 28 días.
- En procesos de larga duración, más de 61 días, el primer parte de baja se extiende para 14 días como máximo y los siguientes la confirmación se expedirá cada 35 días.

En todo caso, si se produce una modificación o actualización del diagnóstico, se debe emitir un parte de confirmación con la nueva duración estimada.

El Servicio Público de Salud o las Mutuas, que hayan emitido el parte de baja, pueden instar, motivadamente, ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social la revisión de la consideración inicial de la contingencia.

Si la duración prevista es superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de la baja debe ir acompañado de un informe médico complementario expedido por el facultativo que haya extendido el parte anterior. En los procesos con una duración inferior y que sobrepasen este periodo, dicho informe médico complementario debe acompañar al parte de confirmación de la baja que pueda emitirse, en su caso, una vez superados los 30 días naturales.

El Instituto Nacional de Seguridad Social puede disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de las Entidades Gestoras. También corresponde esta facultad a las Mutuas, respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluido en su ámbito de gestión, para que sean reconocidos por los médicos dependientes de las mismas.

Estos reconocimientos deben llevarse a cabo respetando el derecho de los trabajadores a la intimidad y a la dignidad, a la protección de datos de carácter personal y la confidencialidad de la información objeto de tratamiento.

La citación a reconocimiento médico ha de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles, informando de que en caso de no acudir, se debe proceder a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se debe proceder a la extinción del subsidio.

En cuanto a la emisión de los partes de alta, en caso de contingencias comunes, se expiden por el correspondiente facultativo del servicio público de salud. En todo caso, deben contener la causa de la alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. Asimismo, también ser extendidos por los inspectores médicos del Servicio Público de Salud, del Instituto Nacional de la Seguridad Social tras el reconocimiento médico del trabajador. El alta médica extingue el proceso de incapacidad temporal con efectos del día siguiente al de su emisión, determinando la obligación de reincorporación al puesto de trabajo el mismo día en que produzca sus efectos.

En los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, si la Mutua considera que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, puede formular propuestas motivadas de alta médica. Las propuestas de alta de las Mutuas deben dirigirse a la inspección médica del Servicio Público de Salud, debiendo pronunciarse bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica.

En el caso de contingencias profesionales, el parte médico de alta se expide por el facultativo o inspector médico del Servicio Público de Salud de la Entidad Gestora, o por el médico de la Mutua a la que corresponda la gestión del proceso, siendo, asimismo, de aplicación las condiciones establecidas para contingencias comunes.

Agotado el plazo de duración de 365 días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, es el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación

o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social es el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los 180 días naturales posteriores a la citada alta médica.

Frente a la resolución por la cual el Instituto Nacional de la Seguridad Social acuerde el alta médica, el beneficiario puede manifestar, en el plazo máximo de 4 días naturales, su disconformidad ante la inspección médica del Servicio Público de Salud. Si esta discrepara del criterio de la Entidad Gestora tiene la facultad de proponerle, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de su decisión, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la Entidad Gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en los 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la alta médica adquiere firmeza.

Si, en el plazo máximo de 7 días naturales, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la Entidad Gestora, esta debe pronunciarse expresamente en los 7 días naturales siguientes, notificando al interesado la correspondiente resolución, que será también comunicada a la inspección médica. Si la Entidad Gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, debe reconocerse al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la Entidad Gestora se reafirmara en su decisión, solo se prorroga la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

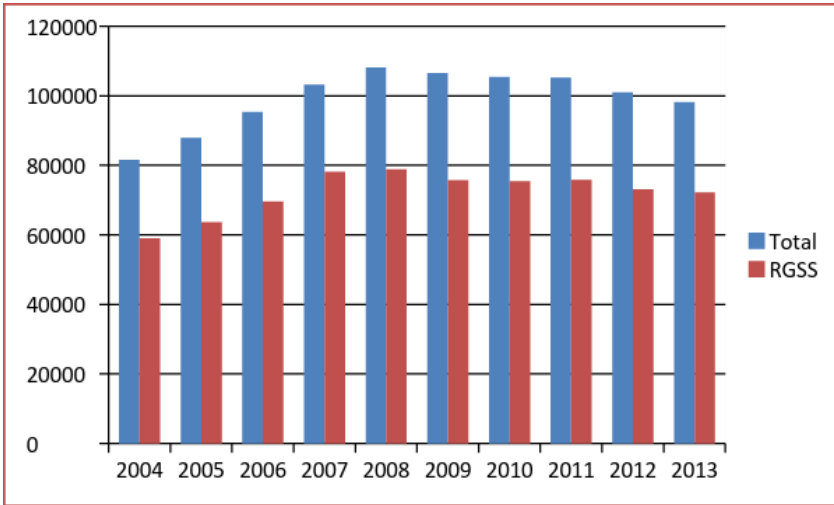
En todo caso, los procesos de impugnación de las altas médicas emitidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se rigen por la normativa regulada en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

4. El coste de la incapacidad temporal

Es claro que una de las principales causas generadoras de absentismo es la incapacidad temporal, que supone una carga económica extraordinaria y en constante crecimiento para los presupuestos públicos de la Seguridad Social, de tal manera que la evolución del gasto de incapacidad temporal en los últimos años ha sido superior al efecto conjunto del crecimiento de las bases de cotización y del número de afiliados.

En primer lugar, si se analizan los aspectos relativos a la cotización a la Seguridad Social, la evolución, tanto del total de las cotizaciones, como de las correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social es similar, ascenso hasta el año 2008 y a partir de este momento, descenso, debido a la crisis económica.

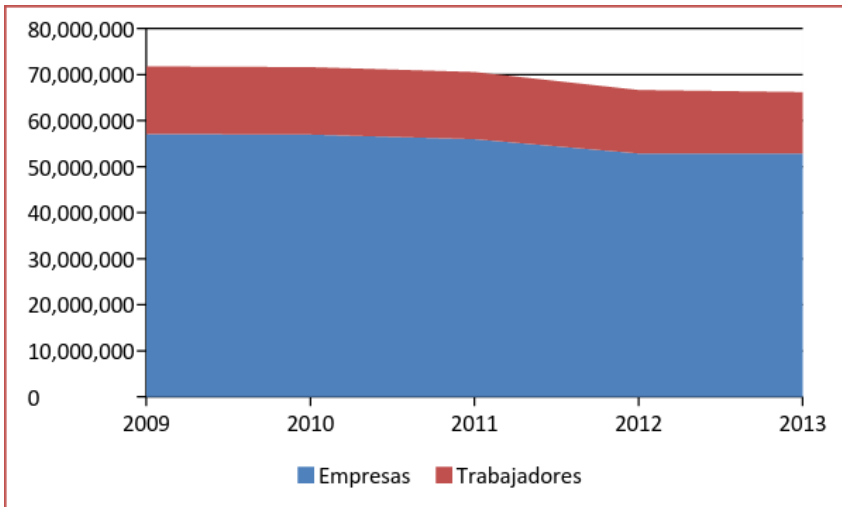
Cotizaciones total y en el Régimen General de la Seguridad Social



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Presupuestos de ingresos. Liquidación de los ejercicios.

Este proceso también se observa si se analizan los ingresos derivados de las cotizaciones, separando la parte correspondiente a la empresa y el porcentaje que pagan los trabajadores, descontándose de su nómina mensual, ya que la relación no se ha alterado desde hace mucho tiempo.

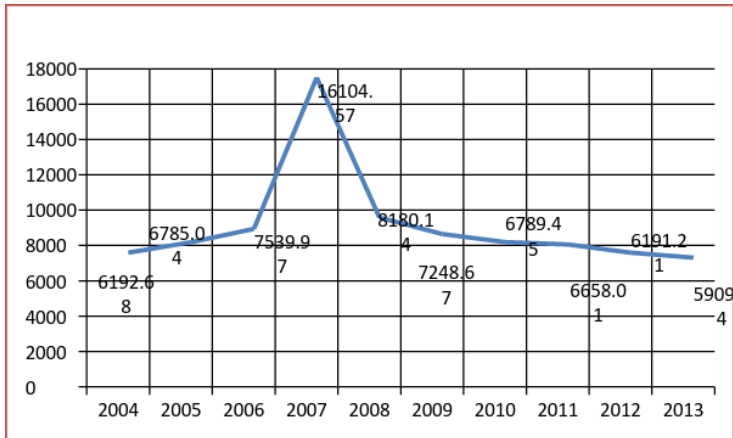
Cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social



Cuentas integradas de protección social en términos SEEPROS.

En cambio, si se tienen en cuenta los datos de las cotizaciones a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la tendencia es algo diferente, y, probablemente, motivada por el cambio normativo de 2006.

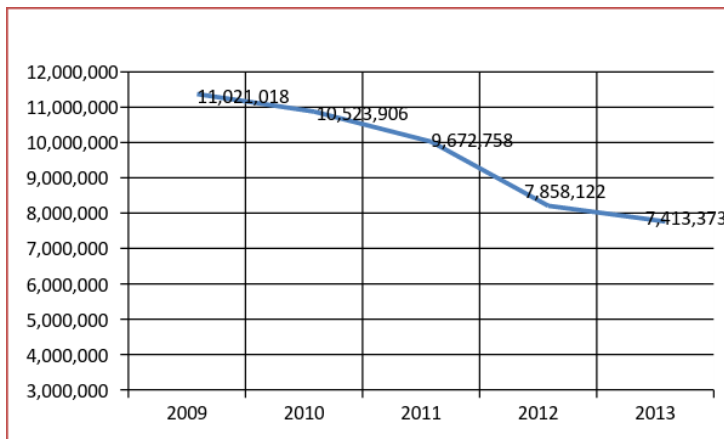
Cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias profesionales



Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Presupuestos de ingresos. Liquidación de los ejercicios.

En cuanto al gasto total derivado de incapacidad temporal en términos de Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEEPROS), se puede observar que existe un descenso del total de gasto desde el año 2009, al menos hasta el año 2013, último dato registrado.

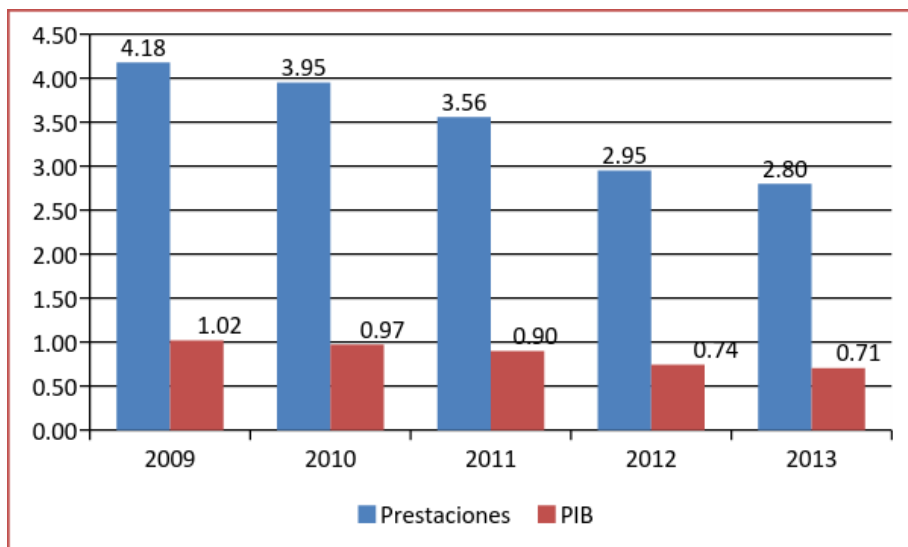
Gastos totales de incapacidad temporal (SEEPROS)



Cuentas integradas de protección social en términos SEEPROS.

Si se analizan las cuentas de gastos derivados de la incapacidad temporal, en porcentaje teniendo en cuenta el Producto Interior Bruto (PIB) a precios de mercado, mantiene esta correlación de descenso de ambos factores, aunque es probable que estas magnitudes no mantengan esta tendencia para los años 2014 y 2015.

Gastos de incapacidad temporal en proporción al PIB (SEEPROS)



Cuentas integradas de protección social en términos SEEPROS.

Como se puede comprobar, los efectos de la crisis económica supuso llegar a los niveles más bajos en el año 2012, tasa del 2,95 %, cuando en esos momentos en las empresas los trabajadores podían tener una cierta idea que coger bajas por incapacidad temporal podía suponer una posibilidad a perder el empleo. Así, en 2013 se registraron un promedio de 262.345 bajas por incapacidad temporal de media mensual, teniendo en cuenta que a finales del año 2007 se había producido 483.011 procesos de incapacidad.

En 2013 el coste directo total derivado de los procesos de baja por contingencias comunes fue de 9.383 millones de euros, un 0,92 % del Producto Interior Bruto (PIB), de los cuales se puede dividir en 4.371 millones de euros destinados al pago de las prestaciones económicas con cargo a las cotizaciones a la Seguridad Social y 5.012 millones de euros a cargo directo de las empresas por el abono de la prestación económica entre los días 4º a 15º, el abono de los complementos de las prestaciones y el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social durante las situaciones de baja.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que reflexionar sobre el coste de oportunidad imputable al valor de los bienes y servicios que se han dejado de producir y prestar, atendiendo

al número de procesos de contingencias comunes y a su duración media durante 2013, por un equivalente a 715.000 trabajadores que no acudieron ningún día del año a su puesto de trabajo (el 4,80 % del total de trabajadores), que podría suponer aproximadamente 51.500 millones de euros.

Considerando lo anterior, resulta necesario impulsar todas aquellas medidas orientadas a incrementar la competitividad de las empresas, que permitan la creación de empleo, y a suprimir los gastos innecesarios que se están asumiendo por el Sistema de Seguridad Social, todo ello financiado, en última instancia, y en su gran mayoría, con cargo a las empresas.

Así, el absentismo laboral es probablemente uno de los indicadores de recuperación económica más fiables. Así, según un estudio realizado por la empresa Tebex, la curva ascendente de los indicadores macroeconómicos se comporta de manera casi paralela a la de las bajas laborales. Paradójicamente, la recuperación es más lenta que el regreso a unos hábitos que colocan a España como uno de los líderes mundiales del absentismo.

Este estudio que confirma esta tendencia señala que en el primer semestre de 2014 las bajas seguían repuntando. De esta manera, los datos de estos seis primeros meses muestran que el absentismo había crecido un 8,99 % con respecto a 2013, situando la tasa en los 3,56 puntos. La tendencia consolida el punto de inflexión que se registró en los últimos meses de 2013, cuando tras varios años de caída el absentismo comenzó a remontar.

Por esta razón, y en virtud de los porcentajes que se empiezan a vislumbrar en estos momentos de recuperación económica, hay que establecer mecanismos que permitan controlar el coste injustificado de la incapacidad temporal, que tan negativos efectos tienen sobre el absentismo en las empresas.

En esta relación, las medidas a aplicar han de afectar al propio gasto en incapacidad temporal, a la gestión de la prestación, así como a la participación de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

EL TRATAMIENTO DE LA MATERNIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA. ¿VÍA PARA ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN?

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona. Abogada.

Resumen

La maternidad según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) es el estado o cualidad de madre, sin que sea necesario la definición de esta última. El presente estudio quiere fijar su atención en el tratamiento que de la maternidad, en un sentido amplio, hace la negociación colectiva en España. Para ello partiremos del tratamiento legal en España, con breve referencia a la Unión Europea, pasando por numerosos convenios colectivos de empresa y revisando las últimas estadísticas disponibles en torno al mercado de trabajo y la efectividad que pudieran tener las medidas analizadas.

Palabras clave

Maternidad; Permisos retribuidos y no retribuidos; Conciliación; Convenios colectivos.

Abstract

Motherhood according to the dictionary of The Royal Academic of the Spanish Language is the state of quality of mother. This paper wants to fix your attention on the treatment of motherhood, in a wide sense, it makes collective bargaining. It will leave the legal treatment in Spain, through numerous agreements and reviewing the latest statistics available around of labor market and this effectiveness that could.

Palavras-chave

Maternidades; Licença remunerada e não remunerada; Conciliação; Acordos coletivos.

1. Planteamiento de la cuestión

La negociación colectiva en España supone un marco adecuado para el desarrollo de medidas tendentes a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres. Ello es así, no solo

por la importancia de la negociación colectiva en España¹, sino además por la obligación establecida en nuestro Estatuto de los Trabajadores (ET) desde el año 2007 (art. 85.1)² para los negociadores de convenios colectivos; dicha obligación consiste en incorporar, en el contenido del convenio colectivo para su validez, medidas específicas para hacer efectiva la igualdad y eliminar la discriminación entre mujeres y hombres, en el seno de las empresas.

La consecución de la igualdad y la plena efectividad del principio de no discriminación es una constante en la legislación española, en cumplimiento de las normas internacionales suscritas, tanto de la OIT como de las diversas Directivas de la Unión Europea³, ya adaptadas.

La maternidad es un fenómeno regulado en el propio Estatuto de los Trabajadores y por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto refundido de la Seguridad social (en adelante, LGSS); pero además de la protección otorgada a la maternidad como contingencia, la maternidad en el panorama actual puede ser un obstáculo para el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres y justificar así sus peores condiciones laborales, con respecto al hombre. En este último sentido, se habla por ejemplo con intensidad en los últimos tiempos, de la disparidad salarial basada en la maternidad. Según algunos autores⁴ esta disparidad aumenta en función de la cantidad de hijos de una mujer; y se justifica de manera diversa en cada uno de los países, pero en España podría ser debida, a modo de ejemplo, a la pérdida de capacitación debida a la ausencia de la maternidad para ocupar cargos mejor remunerados y en la decisión del empresario de relegar a la mujer madre, con responsabilidades familiares, a un segundo plano, pese a que esté perfectamente capacitada.

Pero, junto a la propia prestación de maternidad, es imprescindible revisar las diferentes medidas legales, de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, que aparecen en forma de permisos o excedencias para el trabajador, tanto mujer como hombre, pero que son en su mayoría disfrutados por la primera.

1 Reconocimiento constitucional en el art. 37 y fuente de derecho según el art. 3 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET).

2 Introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

3 Entrados en el siglo XXI, sucede una simplificación y reordenación de la normativa comunitaria sobre la igualdad de género en el ámbito de trabajo. Podemos señalar la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde varias Directivas anteriores (76/207/CEE del Consejo, 86/378/CEE, 75/117/CEE, 97/80/CE, 2002/73/CE). Se trata de un texto único que reúne todas las directivas y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, consolidadas en base a la igualdad de trato en relación a la retribución, acceso al trabajo, formación profesional, condiciones de trabajo, entre otros.

4 GRIMSHAW, D. y RUPERY, J. **The motherhood pay gap. A review of the issues, theory and international evidence**, Conditions of work and employment series n. 57, ILO, Ginebra, 2015. PP. 12-17.

2. Tratamiento legal de la maternidad en España

En primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores establece en el art. 48.4 la protección jurídica de la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo, y con derecho a reserva de puesto de trabajo. La maternidad supone una suspensión, como norma general, de un período de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas en el caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido y en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiple a partir del segundo. Este periodo puede distribuirse por la trabajadora, compartirse con el otro progenitor si ambos trabajasen, pero siempre que seis semanas sean disfrutadas por la progenitora inmediatamente después del parto⁵.

Junto con la norma general, básica, se alzan una serie de particularidades, en atención tanto a la generación del propio derecho como a las diversas situaciones que pueden producirse derivado del fenómeno natural/biológico de la maternidad y al estado del hijo nato; las resumimos como sigue:

- 1º) Si la madre no tuviese derecho a la suspensión de la actividad (deberías poner o señalar algo), el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre.
- 2º) Si el parto es prematuro o el neonato debe permanecer hospitalizado tras el parto, el cómputo del periodo de suspensión voluntario (las 10 semanas) puede iniciarse si se solicita por la madre o el otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria del nacido.
- 3º) Y, si la hospitalización indicada en el párrafo anterior, se prolonga más de 7 días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.
- 4º) Si la suspensión del contrato de trabajo es derivada de adopción o acogimiento dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial, que constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión

La finalidad del descanso por maternidad es doble, esto es, primero facilitar la atención y el cuidado del menor, satisfecho indistintamente por el padre o por la madre; y, segundo, la recuperación física de la mujer tras el embarazo y el parto. Respondiendo a la primera finalidad destacamos cómo se recoge asimismo en el art. 48.4 ET la

⁵ Si la madre fallece será el padre el que disfrute del permiso.

posibilidad del disfrute del periodo de suspensión en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre empresario y trabajador/es afectados. Durante el periodo de suspensión, conforme a los arts.133.bis, ter., quater LGSS la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

En segundo lugar, el art. 37.4 ET establece la protección jurídica de la lactancia como permiso retribuido asociado a la maternidad, derecho individual de los trabajadores, que tiene como finalidad, proporcionar un tiempo de cuidado en favor del hijo y una medida conciliatoria, una vez el trabajador o la trabajadora ya se han reincorporado al trabajo⁶. El propio ET, ha desvinculado este permiso del hecho biológico de la lactancia natural, en la línea de equiparación entre la maternidad/paternidad biológica y la derivada de adopción o acogimiento extendiendo este permiso de lactancia también al segundo caso, habiéndose pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 109/1993 de 25 de marzo⁷, a favor de la constitucionalidad del precepto.

Consiste en el derecho a una hora de ausencia al trabajo hasta los nueve meses de edad, hora que se podrá dividir en dos fracciones de 30 minutos o reducir la jornada en media hora al inicio o al final con la misma finalidad. La duración de este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. Tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores, la concreción horaria y determinación del período de disfrute del permiso de lactancia, corresponde al trabajador o trabajadora.

Sin entrar a valorar la escasez de este permiso, es necesario destacar cómo el Estatuto renvía a la negociación colectiva –también al pacto privado- la posibilidad de sustitución de este permiso –digamos irrisorio en la jornada laboral de un trabajador- por la acumulación en jornadas completas⁸, algo más favorecedor, desde luego, descontando festivos, vacaciones y excedencias posibles y coincidentes.

Este derecho, según la legislación española, sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores si ambos trabajan; sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado, señalando que el padre podrá disfrutar de la lactancia si la madre no

6 Este permiso aparece, por primera vez en nuestra legislación, en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños, ley que marca el inicio de la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras en España. El art. 9 de dicha Ley establecía una hora de permiso retribuido para la mujer, con posibilidad de distribución en dos fracciones, mañana y tarde, sin merma de retribución, para “*dar el pecho a los hijos*”.

7 Cuestión de inconstitucionalidad nº 1348/1988.

8 Sobre este extremo se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo 3977/2005 de 20 de junio, nº rec. 83/2004, otorgando validez a la norma convencional que permitía la acumulación de la hora de lactancia y su disfrute en un mes de permiso retribuido.

trabaja⁹, afirmando que si el objetivo del permiso es el del cuidado del menor no tiene sentido limitar el derecho al padre si la madre no trabaja ya que el permiso se concede al progenitor no al trabajador.

En tercer lugar, como otra de las medidas derivadas de la maternidad se encuentra el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural recogido en el art. 48.5 ET. Esta causa de suspensión del contrato, con derecho a reserva de puesto de trabajo, se encuentra totalmente vinculada y predeterminada por el art. 26 LPRL; en este sentido, se establece una medida de protección para la salud de la madre y el feto, situando a la trabajadora en situación de excedencia cuando de los resultados de la evaluación de riesgos laborales en la empresa se detecten riesgos para ambos y devenga imposible adaptar las condiciones de trabajo o realizar un cambio de puesto de trabajo. La excedencia se prolongará durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse en su puesto anterior o en otro compatible con su estado.

Esta suspensión finalizará cuando: primero, desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado; segundo, se inicie la suspensión del contrato por maternidad; tercero, cuando el nacido cumpla nueve meses.

El art. 2.2 de la Ley 36/2014 de Presupuestos Generales del Estado, ha establecido bonificaciones para aquellos empresarios que ante un riesgo como el descrito no suspendan el contrato de trabajo, sino que por el contrario cambien el puesto de trabajo o las funciones de la trabajadora, para fomentar el cumplimiento del art. 26 LPRL y las medidas desfavorecedoras que se derivan para la mujer en caso de suspensión (pérdida de salario, básicamente). La bonificación consistirá en una reducción del 50 por ciento de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad social por contingencias comunes.

En cuarto lugar, el art. 37.4 bis) ET recoge el denominado permiso por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados seguidamente del parto. Esta medida permite, en los casos señalados, la ausencia del puesto de trabajo del padre o de la madre durante una hora diaria retribuida, mientras dure el hecho causante. Pero también, se incluye la posibilidad de la reducción de jornada, con el mismo fin, con un máximo de dos horas diarias, eso sí, con disminución proporcional del salario¹⁰. La concreción horaria y determinación del período de disfrute corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

9 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, sala segunda, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09.

10 Esta medida vino establecida en la Ley 12/2001 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo y modificó en estos términos el Estatuto de los Trabajadores.

En quinto lugar, el art. 37.5 ET establece el derecho a reducción de jornada por guarda legal como un mecanismo legal más de conciliación de la vida laboral y familiar, en concreto para la atención de responsabilidades familiares. De tal manera que quién por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años¹¹ o un familiar con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida¹², tendrá derecho a reducir su jornada diaria, con la disminución del salario proporcional, entre un mínimo de un octavo y un máximo del 50 por ciento de su jornada ordinaria. A través de la Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado, se amplió esta reducción a los progenitores, adoptantes o acogedores (preadoptivo o permanente) que tuvieran a su cargo a un menor afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implicara ingreso hospitalario de larga duración y que requiriera, a su vez, cuidado directo, continuo y permanente (certificado por el Servicio Público de Enfermedad). Esta reducción, de hasta un 50%, se podrá acumular a jornadas completas. La reducción de jornada por guarda legal constituye un derecho individual de los trabajadores, señala el Estatuto de los Trabajadores, por lo que podrán acogerse a esta medida tanto los hombres como las mujeres y su concreción horaria corresponde al trabajador¹³, siempre que esté dentro de su jornada ordinaria y teniendo en cuenta que los convenios colectivos pueden establecer criterios de distribución horaria.

Por último, como medida de protección a la maternidad, y a la conciliación de vida laboral y familiar debemos referirnos a la excedencia por cuidado de familiares, contemplada en el art. 46.3 ET, de nuevo un derecho individual que afecta tanto a mujeres como a hombres. Esta excedencia es una figura que pretende conciliar la vida familiar y laboral tanto en cuanto permite a los padres permanecer en dicha situación de suspensión por una duración no superior a tres años con el objetivo de atender el cuidado de los hijos menores de 3 años –edad de escolarización– o en caso de adopción o acogimiento a contar desde la fecha de la resolución judicial o administrativa¹⁴. Esta excedencia podrá disfrutarse de forma fraccionada o continuada y computará a efectos de antigüedad¹⁵. El

11 Mejora introducida por el Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

12 Con familiar la Ley específica que se trate de personas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismos y, como ya se ha señalado, que no tengan retribución alguna.

13 Sobre este extremo, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, quién recuerda que es la trabajadora en este caso, la que dentro de su jornada de trabajo, puede indicar cómo y cuándo quiere disfrutar de esta reducción de jornada, derecho que le otorga la Ley.

14 Por otro lado, pueden acceder a esta excedencia, por una duración no superior a dos años, quienes tengan que atender el cuidado de familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismos y que no desempeñen actividad retribuida.

15 Sobre el cómputo de la antigüedad se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, por todas destacamos la Sentencia 3841/2001, de 14 de noviembre de 2002, nº rec. 7543/2002 y Sentencia 8075/2003, de 15 de diciembre de 2003, nº recurso 1071/2003.

trabajador acogido a esta medida tendrá derecho a reserva de su puesto de trabajo durante el primer año¹⁶ y, posteriormente, a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

3. Las medidas “maternales” en los convenios colectivos: una forma de combatir la discriminación laboral de la mujer. Análisis de su efectividad

3.1. Los convenios colectivos y las diferentes protecciones

A continuación, exponemos cuáles son los convenios colectivos de empresa o grupo de empresas que se han examinado en el presente trabajo, ordenándolos según las actividades o sectores productivos a los que pertenecen, a saber:

En el sector de los seguros: Convenio colectivo de la empresa Liberty Seguros Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., suscrito el 9 de octubre de 2014 (en adelante, Convenio Liberty)¹⁷; el Convenio colectivo, de ámbito estatal, de Mapfre Grupo Asegurador, suscrito con fecha 5 de junio de 2014 (en adelante, Convenio Mapfre)¹⁸; el Convenio colectivo de Plus Ultra Seguros Generales y Vida, SA de Seguros y Reaseguros, suscrito el 30 de diciembre de 2013 (en adelante, Convenio Plus Ultra)¹⁹; y el Convenio Viriato Seguridad S.L (en adelante, Convenio Viriato), para los centros de trabajo de Murcia y Valencia, de 10 de enero de 2014²⁰.

En el sector de la alimentación y su distribución: XI Convenio colectivo de la empresa Schweppes, S.A., suscrito el 5 de mayo de 2014²¹ (en adelante Convenio Schweppes); Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa valenciana, suscrito 31 octubre 2014²² (en adelante, Convenio Consum); Convenio colectivo de Supermercados Sabeco S.A, suscrito el 14 de marzo de 2014²³ (en adelante Convenio Sabeco); Convenio colectivo de la empresa Bimbo, S.A.U, suscrito el 13 junio 2014²⁴; Convenio colectivo de Bell-solà S.A., de 12 de marzo de 2014²⁵, se alza con una vigencia hasta el 31 de enero de 2016.

En el sector del comercio, Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., firmado el 19 de mayo de 2014 (en adelante, Convenio Kiabi)²⁶; Convenio colectivo del grupo de

16 La duración de la reserva se vio modificada por el art. 46 de la Ley 40/2003 de protección a las familias numerosas, de 18 de noviembre, para las familias numerosas, estableciéndose 15 meses para familias numerosas de tipo general o 18 meses para familias numerosas de tipo especial.

17 BOE 28 noviembre 2014.

18 BOE 21 agosto 2014.

19 BOE 17 julio 2014.

20 BOE 24 junio 2014.

21 BOE 26 septiembre 2014.

22 BOE 15 diciembre 2014.

23 BOE 6 junio de 2014.

24 BOE 30 julio 2014.

25 BOE 13 junio 2014.

26 BOE 17 de julio de 2014.

empresas JD-Sprinter-Sprinter Megacentros del Deporte S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L., suscrito el 16 de julio de 2014 (en adelante, Convenio Sprinter)²⁷;

En el sector de la hostelería, Convenio colectivo de Pastificio Service S.L. suscrito el 13 de junio de 2014 (en adelante, Convenio Pastificio)²⁸; Convenio colectivo de la empresa KFC Restaurantes Spain S.L., suscrito el 10 de abril de 2014²⁹.

En el sector de la banca: 8º Convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona –La Caixa– suscrito con fecha 12 de febrero de 2014³⁰.

En la actividad, servicios o soluciones a empresas, incluimos: III Convenio colectivo de Protección Castellana S.L., suscrito el 4 de abril de 2014 (en adelante, Convenio Protección Castellana)³¹; Convenio colectivo para los trabajadores de los servicios auxiliares de ISS Facility Services S.A, aprobado el 17 de febrero de 2014 (en adelante, Convenio ISS)³²; el Convenio colectivo de Bull España, servicios y soluciones de tecnología empresarial (empresa de ingeniería, programación, consultoría e informática, suscrito el diez de abril de 2014,³³ para los centros de trabajo de La Coruña, Granada, Sevilla y Zaragoza; El Convenio colectivo Aqualogy Supply Chain, (antigua comercial Agua), de 18 de octubre de 2013³⁴.

En la actividad, según el CNAE, de sociedades de cartera o holdings, se encuentran: Convenio colectivo de Bio Ecoforest S.L., Ecoforest Geotermia, S.L., Biomasa Ecoforestal de Villacañas, S.A.U y Vapormatras, S.A., firmado el 21 de abril de 2014 (en adelante, Convenio Bio Ecoforest)³⁵.

En el sector de la educación y el ocio infantil: Convenio colectivo de Kidsco Balance, S.L firmado el 23 de julio de 2014 (en adelante, Convenio Kiosco)³⁶.

Otras industrias manufactureras, según el CNAE: Convenio colectivo de Agfa Graphics NV, sucursal en España, suscrito el 17 de junio 2014³⁷.

Investigación y desarrollo: Convenio colectivo de Capital Genetic EBT, S.L., de 1 de marzo de 2014 (en adelante, Convenio Capital Genetic)³⁸; Convenio colectivo de la

27 BOE 9 octubre 2014.

28 BOE 12 septiembre 2014.

29 BOE 6 junio 2014.

30 BOE 7 marzo 2014

31 BOE 30 de mayo 2014.

32 BOE 12 septiembre 2014

33 BOE 17 julio 2014.

34 BOE 2 de marzo 2014.

35 BOE 21 agosto 2014.

36 BOE 31 octubre 2014.

37 BOE 14 agosto 2014.

38 BOE 30 julio 2014.

empresa Sociedad General de Autores y Editores, suscrito 11 de abril 2014 (en adelante, Convenio SGAE)³⁹.

Actividad de instalaciones eléctricas y/o comunicaciones: II Convenio de la empresa Endesa Ingeniería, S.L., firmado el 15 de julio de 2014 (en adelante Convenio Endesa Ingeniería)⁴⁰; XXIII Convenio colectivo de Sociedad Española Instalaciones Redes Telefónicas, S.A. firmado el 19 de julio de 2013 (en adelante, Convenio SEIRT)⁴¹.

Sector de la construcción y/o construcciones especializadas: Convenio colectivo de la empresa Rehabilitación, Obras y Contratas S.A., firmado el 28 de julio de 2014 (en adelante, Convenio ROCSA)⁴².

Actividad de transporte de mercancías: Convenio colectivo de Babé y Cia, S.L. suscrito el 28 de abril (en adelante, Convenio Babé)⁴³; el Convenio de Ayora GEA Transportes Petrolíferos, S.A., suscrito el 11 de septiembre de 2014 (en adelante, Convenio Ayora)⁴⁴.

A) *Sobre la maternidad, como prestación*

En este sentido, son pocas las mejoras legales que podemos encontrar en los convenios colectivos examinados, encontrándonos en buena parte de ellos una reproducción literal del Estatuto de los Trabajadores sin aportación de novedad⁴⁵.

Sin embargo, destacamos que se incluya como mejora económica en la prestación la cuantía que reste hasta cubrir el 100% del salario percibido con anterioridad a la maternidad; lo encontramos en cuatro de los convenios analizados, correspondientes a sectores diversos, a saber: el Convenio de La Caixa (art. 22), quién también extiende este complemento en caso de prestación de paternidad; en el Convenio Mapfre (art. 32), complemento que también se otorga a cualquier otra incapacidad temporal hasta un máximo de 18 meses y que puede perderse en caso que el trabajador incurriera en falta que diera lugar a la privación de las prestaciones por parte de la Seguridad Social; el Convenio Schweppes (art. 38 en relación con el Anexo XVI) complementará las prestaciones de Seguridad social o de la Mutua Patronal derivada por esta contingencia (aunque también por incapacidad temporal), con las condiciones de estar disfrutando el periodo de descanso voluntario

39 BOE 21 julio 2014.

40 BOE 31 de octubre 2014.

41 BOE 9 octubre de 2014.

42 BOE 31 octubre de 2014

43 BOE 23.6.2014.

44 BOE 26 de diciembre 2014

45 A modo de ejemplo, el Convenio Kidsco copia el ET, en el art. 17, en cuanto concierne a la duración de la prestación de maternidad y a la forma de disfrute.

y obligatorio de la maternidad⁴⁶; el Convenio SGAE (art. 31) regula un complemento de la prestación, hasta el 100% de su salario real, incluso añade, si la Seguridad social no abonase durante estos años ninguna cantidad por este concepto.

Como curiosidad, y sin que tenga que ver con el complemento de la prestación, el Convenio Pastificio (art. 29. III) especifica que quienes ejerza su derecho a la maternidad podrán juntar tal periodo con el de vacaciones, medida que otorga una preferencia, sin duda, a la mujer, de cara a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, sin necesidad de renunciar a una de las esferas, solicitando algún tipo de excedencia o permiso no retribuido.

B) *La hora de lactancia*

Son muchos los convenios que desarrollan esta posibilidad legal. En el sector de los seguros (Convenio Liberty –art. 36-, Mapfre –art. 24.7⁴⁷- y Plus Ultra –art. 40) esta acumulación da lugar a 15 días de permiso retribuido –en caso de nacimiento o adopción de un solo hijo-, ininterrumpido y a disfrutar a continuación de la baja por maternidad. En el Convenio Plus Ultra se añade en el párrafo tercero del art. 40 que *“las trabajadoras que opten por la opción anteriormente descrita, en caso de que durante los siguientes nueve meses causen baja laboral en la Empresa o soliciten una excedencia, en su liquidación se descontará el importe correspondiente a la parte proporcional del permiso disfrutado y no devengado”*.

En el sector de la alimentación⁴⁸, el mayor desarrollo de este derecho lo encontramos en el Convenio Consum que en su art. 27, dedicado a las licencias retribuidas, contempla en su apartado 1.g), la lactancia; la acumulación al final del permiso de maternidad, hará

46 La empresa complementará hasta un máximo del 40 % las prestaciones de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100% de los conceptos salariales básicos de salario base de convenio, antigüedad, nocturnidad, plus de empresa, plus de convenio, plus de producción, incentivos a empleados, premio de puntualidad y asistencia.

47 Asimismo, en el Convenio Mapfre destacamos que en caso de no acumularse el disfrute se prolonga hasta los 10 meses, la reducción de la jornada en dos fracciones de 30 minutos (art. 24.7). Este permiso, que es de disfrute individual podrá ser ejercido como decíamos en el texto por cualquiera de los dos progenitores en caso de que ambos trabajen y en el Convenio Mapfre se especifica que se deberá acreditar mediante certificación de la empresa en que trabaje el otro progenitor que éste no ha ejercitado en la misma el derecho que aquí se regula.

48 En el Convenio Schwepes se incluye en el art. 15, dedicado a los permisos y licencias retribuidos el apartado i) que se encarga del parto de la mujer trabajadora, en la que en el primer párrafo se limita a reproducir la Ley y los plazos máximos de 16 semanas y su distribución; y, en el segundo párrafo de reiterar la normativa del ET en materia de lactancia, sin aportar absolutamente nada, ni insistir en el tema de la acumulación, pues solo se refiere a la reducción de 30 minutos, en dos ocasiones, consideradas como “pausas” y la posibilidad de reducir la jornada normal en media hora, con la misma finalidad. Una normativa insuficiente desde mi punto de vista para una empresa de tal magnitud.

un total de 23 días⁴⁹, ampliables proporcionalmente en caso de parto múltiple, siendo preceptivo que el trabajador ponga en conocimiento de la Cooperativa su opción con “*la máxima antelación posible*” para facilitar el desarrollo de la actividad. En ningún momento se habla de autorización, sino sólo de poner en conocimiento, con un perfecto tratamiento pues de la normativa legal. Asimismo, el apartado 2, del art. 27, tras recordar que la concreción horaria y la determinación del disfrute del permiso de lactancia y la reducción de la jornada, corresponden al trabajador dentro de su jornada ordinaria, destaca que salvo fuerza mayor, se deberá preavisar con 15 días a su responsable de Centro, precisando fechas y detalles.

En el sector del comercio, no hay grandes novedades. Por su parte, a modo de ejemplo, en el Convenio de Kiabi (art. 28. 1) la acumulación del periodo de lactancia ofrece 15 días naturales de permiso, unidos al permiso de maternidad; y en el art. 25.1 se recoge la posibilidad de acumulación de la hora de lactancia en periodos de un tiempo máximo de 15 días.

En el sector de la hostelería, el Convenio de Pastificio, incluye en el art. 29, titulado “protección de la vida familiar”, innovación con respecto a la Ley; su apartado II, con respecto a la lactancia y su posibilidad de acumulación, especifica que serán 21 días naturales ininterrumpidos, siempre y cuando se realice al finalizar el periodo de baja por maternidad, y se preavise su ejercicio con 15 días de antelación a la reincorporación de la baja por maternidad.

Interesante el Convenio La Caixa, que recoge en su art. 22 j) la posibilidad de extender el permiso de lactancia, para los trabajadores que desempeñen su actividad en la Fundación, hasta los 20 meses de la criatura, o se sustituya por una reducción de la jornada equivalente.

En otros sectores no existen novedades, regulándose eso sí en el Convenio Protección Castellana⁵⁰ y en el Convenio Kidsco⁵¹, con la única novedad en este último que si se opta por la reducción de 30 minutos al comienzo o al final de la jornada, el permiso se ampliará hasta que el menor cumpla un año de edad, ventaja del todo significativa.

49 En el Convenio Sabeco, la única medida de protección a la maternidad la encontramos en el art. 21.6, relativa a la lactancia y a su acumulación en 15 días naturales unidos al periodo de baja por maternidad, debiendo comunicarlo con 30 días de antelación al disfrute, y estando condicionado el derecho de acumulación a la prestación efectiva de trabajo hasta que el menor cumpla los nueve meses. En el Convenio Bimbo la acumulación ofrece 21 días naturales en caso de trabajar a jornada completa (Anexo XI).

50 El art. 41 del Convenio Protección Castellana, dispone para la lactancia, acumulación en un periodo 20 días tras el descanso maternal, previo aviso de 15 días. Un tiempo máximo de 15 días es establecido también por el Convenio Sprinter (art. 25). Un total de 14 días en el Convenio de Capital Genetic (art. 14), con el mismo preaviso de 15 días a su disfrute.

51 En el art. 19 del Convenio Kidsco nos encontramos con la lactancia, donde la acumulación de la famosa hora dará lugar en este caso a un único periodo de 20 días a opción de la trabajadora.

C) *Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural*

En esta ocasión, tampoco podemos afirmar que los convenios colectivos examinados regulen, detallen o aclaren esta cuestión de salud laboral, más allá de lo establecido de manera legal. Aún así, encontramos alguna dedicación a este tema en los siguientes convenios, a saber:

Primero, el Convenio Consum (art. 17.1) que dedica unas líneas a explicar la legalidad vigente y en el art. 51, bajo el título de “Protección a la maternidad” y, específica, por aplicación del art. 16 LPRL, insiste en la necesidad de poner especial atención en las trabajadoras que presten servicios en los puntos de venta del manejo de cargas.

Segundo, el Convenio Kiabi (art. 22) que utiliza la rara expresión de “trabajo habitual penoso para la mujer embarazada”, para denominar el riesgo.

Tercero, el Convenio Bimbo (art 33.10) hablando de prevención de riesgos laborales, dispone que el personal sanitario del servicio de prevención estudiará/valorará especialmente los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, y propondrá las medidas preventivas adecuadas.

D) *Permisos con o sin retribución*

Incluimos en este apartado una serie de permisos, tanto los recogidos en el ET que hemos examinado previamente -por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados- como otros, que pueden facilitar la atención de los hijos o familiares y que, entran desde nuestro punto de vista en el tratamiento de la maternidad como fenómeno amplio.

Dentro de los permisos para atención de hijos, se recogen diversidades en los convenios examinados. Destacamos aquellas horas que se otorgan con la finalidad de acompañar a los hijos a consultas médicas.

En algunos casos, éstas son retribuidas, como por ejemplo: en el convenio Kiabi (art. 23.1 I), donde se otorga un un máximo de 10 horas anuales, si fuera urgente, y no previsible la visita en horas coincidentes con el horario de trabajo, con justificación de la urgencia y justificación del tiempo empleado, con el correspondiente visado facultativo, para acompañar a hijos mejores de 15 años⁵²; en Convenio Sprinter (art. 24 d) por el

52 En un sentido similar, se expresa el Convenio Sabeco (art. 33), otorgando hasta un máximo de 6 horas anuales, justificadas y acreditando el tiempo empleado para acudir con los hijos menores de 14 años a una visita médica de “inmediata atención no previsible” en horas coincidentes con el horario de trabajo. Se añade que si la asistencia a visita médica es programada o excediera del tiempo establecido, y no fuese posible concertarla fuera de las horas de trabajo se solicitará el cambio de turno o de momento de la prestación de trabajo.

tiempo indispensable y con justificante facultativo, cuando por razón e enfermedad, los hijos menores del trabajador precisen asistencia médica y siempre que en el centro de trabajo no sea posible proveer los cambios oportunos para atender la solicitud del trabajador;

Pero en otros casos, son sin derecho a remuneración, como en el Convenio Mapfre (art. 24), donde se dispone de 24 horas al año, previo aviso y justificación, para acudir a consulta médica o para acompañar al cónyuge o pareja de hecho o a familiares de primer grado a consulta médica y se aporte el correspondiente justificante médico; o en Convenio Kiabi (art. 27.7), para asistencia a consultas médicas por hijos menores de 15 años programada y no hubiese posibilidad de concertarla fuera del horario laboral o solicitando un cambio de turno.

Sin saber muy bien donde clasificarlo, incorporamos la prescripción del Convenio Endesa Ingeniería (art. 10), quién dispone bajo el título “Conciliación de la vida laboral y familiar” la curiosa prescripción en aras de conseguir este fin –conciliación– otorgar a los trabajadores de la Compañía una hora de descanso al mediodía. Medida que encontramos, desde luego, ridícula para el cumplimiento de tan elevada finalidad.

Otro tipo de permisos o no exigen motivo alguno para su disfrute o los motivos son genéricos, “personales”, como en el Convenio Bimbo (art. 37), con una duración 4 semanas al año, por periodos no inferiores a una semana, sin que afecte a las vacaciones; el Convenio ISS Facility Services (art. 22), otorga 1 día por razones personales no recuperable y no retribuido; Convenio Kiabi (art. 24) se otorga un permiso no retribuido, de 30 días continuados al año, por periodos no inferiores a dos días y sin que coincida con puentes, licencias varias, vacaciones, etc.⁵³; el Convenio de la empresa Endesa Ingeniería (art. 13) contempla la posibilidad de solicitar permisos no retribuidos, en caso extraordinario, por el tiempo necesario, siempre que se encuentre debidamente acreditado; Convenio Sabeco (art. 34), dispone de licencias no retribuidas de hasta 15 días al año, y por periodos no inferiores a dos días, sin que coincida con puentes otras licencias, vacaciones, etc.⁵⁴; en el Convenio Mapfre (art. 24.6), los empleados podrán solicitar los tres días hábiles anteriores, o posteriores a los días festivos de Semana Santa. Estos días serán deducibles del periodo ordinario de vacaciones o recuperables dentro de los 60 días naturales previos y/o 90 días naturales siguientes del modo que se acuerde con la Empresa.

En cuanto a los permisos que guardan relación con la maternidad, algunos son retribuidos y otros no.

De entre los primeros, encontramos solamente el Convenio La Caixa (art 22, f) y g), estableciendo una medida del todo interesante: en primer lugar, un permiso retribuido de

53 En este caso, la petición deberá realizarse por escrito con 15 días de antelación salvo causa de urgencia y el empresario deberá contestar también por escrito, justificando la negativa.

54 Es necesario que la empresa conozca la causa de la petición y lo concederá siempre que lo permita la organización del trabajo. La no concesión igual que la petición deben ser motivadas y por escrito.

una semana para la mujer trabajadora de la Fundación que ceda sus dos últimas semanas de permiso de maternidad, es decir la semana quince y la semana dieciséis a su pareja, requiriéndose a la trabajadora la documentación oficial donde conste la cesión; y, en segundo lugar, dos días inmediatamente posteriores a la finalización del permiso de maternidad disfrutado por la madre.

Por lo que respecta a los segundos, a los no retribuidos encontramos los siguientes: en el Convenio Mapfre (art. 24) donde se puede solicitar de manera permanente un permiso no retribuido de hasta 30 días naturales, no necesariamente continuados, cuando la adopción o acogida se realice en territorio nacional, de hasta 60 días naturales cuando se trate de acogida internacional y de hasta 90 días naturales que podrán disfrutarse en períodos mínimos de 15 días, con un máximo de tres períodos cuando se trate de adopción internacional; el Convenio colectivo de la Kiabi (art. 28. 1), establece que en caso de maternidad las trabajadoras podrán solicitar un permiso no retribuido, pero donde las empresas atenderán la cotización de la trabajadora, con anterioridad al inicio del periodo de maternidad no inferior a un mes ni superior a 3 meses, solicitándolo con 15 días de antelación a la fecha propuesta para su disfrute, y estableciendo su finalización con el inicio de la baja por maternidad.

Asimismo, en el Convenio Kiabi (art. 27. 7) se regula una licencia especial para atención a un menor no retribuida, para hijos menores de 12 años, consistente en 3 meses, y en caso de ser hijos menores de 8 años hospitalizados también se permite solicitar un permiso no retribuida por el tiempo necesario para su cuidado mientras se encuentren hospitalizados.

E) Derecho a reducción de jornada por guarda legal

Este aspecto es tratado también por 5 de los convenios colectivos examinados, pero sin aportar grandes novedades. De tal manera que, encontramos que tanto el Convenio Liberty (art. 36), como el Convenio Mapfre (art. 23)⁵⁵, reiteran literalmente lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

Tanto el Convenio Kiabi (art. 22.5) como el Convenio Pastificio (art. 29.V), incrementan a 3 horas la reducción de la jornada con proporcional reducción del salario, en caso de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados, suponiendo un incremento de 1 hora con respecto a la regulación legal.

Por su parte, es el Convenio La Caixa donde debemos detenernos, por sus mejoras en esta materia: Primero (art. 22 m) se permite una reducción de jornada en el mismo

⁵⁵ El convenio establece la necesidad del trabajador de preavisar al empresario con una antelación de 15 días a la fecha en que iniciará y finalizará la reducción.

sentido que la legal, pero también, para el cuidado de hijos de 12 a 18 años de edad, que durará como máximo 1 año por hijo⁵⁶; segundo (art. 22 k) por razón de guarda legal el trabajador con un hijo discapacitado, puede solicitar una reducción de un octavo de su jornada sin la merma de sus retribuciones, por un máximo 2 años y podrá solicitarse entre los 0 y 9 años del menor. Si ambos conyuges trabajasen en la misma empresa, esta facultad podrá ser ejercida sólo por uno de los cónyuges, siempre que se den razones justificadas de funcionamiento de la empresa que impidan la simultaneidad.

F) Excedencias

En primer lugar, encontramos mejoras o especificaciones de las excedencias por cuidado de hijos examinadas en las medidas legales. De tal manera que, algunos Convenios incrementan el periodo de disfrute de la excedencia en 1 año, de 3 a 4 años de edad del hijo⁵⁷; en otros casos, la mejora viene dada por la reserva del puesto de trabajo durante todo o parte del periodo de excedencia, más allá del año que concede la regulación del Estatuto⁵⁸.

En segundo lugar, encontramos la referencia al límite para el disfrute simultáneo en la empresa por dos o más trabajadores, límites genéricos “por razones justificadas de funcionamiento de la misma” se utilizan en el Convenio KFC (art. 26.2) y en el Convenio La Caixa (art. 20.2). Más concreto el Convenio Liberty (art. 35. 4) que sitúa el límite en el 10 % de la plantilla de un centro de trabajo o alternativamente más de 10 empleados de dicho centro, añadiéndose además que estas excedencias no podrán volver a ser solicitadas por el empleado hasta que transcurran tres años desde el final de la anterior.

En tercer lugar, destacamos la singularidad del Convenio Capital Genetic (art. 15), quién aunque no incrementa el periodo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, elimina el límite de edad del menor, pudiéndose por tanto entender que la excedencia se puede solicitar trascurrido el periodo obligatorio de 6 semanas de maternidad y hasta el cumplimiento de los 18 años de edad del hijo del trabajador.

En cuarto lugar, debemos referirnos también al Convenio SEIRT (art. 14), que recoge una denominada excedencia especial, siendo uno de los supuestos para su concesión el

56 E incluso, el Convenio La Caixa, en el apartado n) de este mismo art. 22 contempla la posibilidad de establecer a título individual, entre el trabajador y la Fundación una reducción de jornada para supuestos no establecidos en la Ley, con finalidad promover y facilitar la conciliación de la vida personal y familiar del trabajador, tendrá la duración de un año, si bien las partes podrán pactar una sola prórroga de un año adicional.

57 En este sentido, Convenio Mapfre (art. 25.2), Convenio Sabeco (art 21.1), Convenio Kiabi (art. 27).

58 Así se expresan, Consum Art. 29, pero solo si fuera para atender a un hijo con discapacidad, el derecho a la reserva del puesto de trabajo se mantiene durante todo el periodo de 3 años; en el Convenio Pastificio (art. 30 A) la reserva se extiende durante los dos primeros años, incluso en denominada por el Convenio “excedencia por maternidad”.

de “motivos fundados de orden familiar”, por un periodo de 12 meses como máximo, con reserva del puesto de trabajo, misma especialidad y categoría. La empresa podrá denegar dicha excedencia en dos casos: cuando el trabajador hubiera disfrutado de la excedencia en los 3 años anteriores a la solicitud y cuando las excedencias disfrutadas simultáneamente sean superiores al 3% de la plantilla fija de la empresa. Aun así consideramos se trata de una medida interesante.

G) *Mejoras en el tiempo de trabajo por maternidad*

En algunos convenios colectivos examinados hemos localizado medidas de protección de la maternidad/paternidad, si bien no son muchos, consideramos interesante ponerlas de manifiesto.

Así, por ejemplo, en el Convenio Liberty (art. 30 parr. 12), se establece que no se aplicará distribución irregular de la jornada a los trabajadores que hayan disfrutado de maternidad/paternidad durante el primer año del menor; similar prescripción encontramos en el Convenio Bio Ecoforest (art. 16)⁵⁹ y en el Convenio Kiabi (art. 17. párr. 3º)⁶⁰.

Por su parte, en el Convenio Mapfre (Anexo), las trabajadoras embarazadas tendrán prioridad para el cambio del turno cuando lo soliciten y éste sea posible, de acuerdo con las necesidades del servicio, reincorporándose al turno de origen una vez finalizada la situación; medida que está en la misma línea que la establecida en el Convenio Liberty por cuanto a partir de la semana 30 de gestación la trabajadora tendrá la posibilidad de realizar jornada continua, siempre dentro de su franja horaria habitual (art. 33.5).

El Convenio La Caixa (art. 22 j) segundo párr.), en esa misma línea protectora prevé que los trabajadores que adopten un hijo tendrán derecho a una jornada especial –solo uno de ellos, si ambos trabajan en la empresa– por cuidado de hijo hasta los veinte meses del menor y, en todo caso, este derecho se disfrutará como mínimo durante 5 meses desde la incorporación del trabajador a continuación del permiso por maternidad. Al mismo tiempo, el padre durante los dos primeros meses a contar desde el nacimiento de su hijo,

59 En el art. 16 relativo a la jornada se contempla la posibilidad legal de distribución irregular de la jornada, con una interesante prescripción, a saber, las prolongaciones de jornada que resulten de esta distribución irregular no serán de aplicación a los trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazos o periodos de lactancia, así como en cualquiera de los supuestos de guardia y custodia de menores que contemple la Ley.

60 El art. 17 establece la posibilidad de variación del horario de trabajo y la prolongación de la jornada en caso de ventas especiales o inventarios, pero en el párrafo tercero se prevé que las trabajadoras en situación de embarazo, los trabajadores/as víctimas de violencia de género estarán exentos de realizar una jornada superior a la normal contratada salvo petición expresa de los mismos; al igual que los trabajadores/as afectados por una reducción de jornada por guarda legal o cuidado de un familiar estarán exentos de modificar por esta causa el horario de la prestación de trabajo preestablecido, salvo pacto en contrario.

tendrá derecho a flexibilizar su jornada y horario diario de trabajo, siempre que cumpla el número de horas que le corresponden por semana.

En el Convenio Plus Ultra (art. 41.3), pese a que lleve el título de “permisos especiales”, se incluye una medida de flexibilidad horaria interesante, destinada a los trabajadores que tengan la guarda legal de algún menor de 12 años o mayor con discapacidad física, psíquica o sensorial, consistente en adelantar en quince minutos al día el horario de salida, de lunes a jueves, en jornada partida de invierno, reduciendo la pausa de comida a 45 minutos, con comunicación previa al departamento de administración de persona, que deberá proceder, en su caso, a autorizarlo en un plazo de 15 días. Medida favorable, aunque escasa, para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

H) *Ayudas Económicas*

En primer lugar, nos ocupamos de los denominados premios de natalidad y por hijo, que si bien no se encuentran recogidos en la Ley, aportan una ayuda a los trabajadores, que consideramos interesante incluir si de protección a la maternidad hablamos.

Nos encontramos en este punto con diferencias significativas entre los distintos sectores, de tal manera que el único criterio sistemático encontrado es la exigencia o no de algún requisito para devengarlos.

El Convenio Mapfre, en su art. 36 contempla un premio por nacimiento o adopción de un hijo para todos los trabajadores de la empresa con 1 año de antigüedad, consistente en un importe único de 434,12 €; el Convenio Schweppes también exige 360 días de antigüedad para devengar la cantidad de 326,31 € por natalidad y 168,85 € por prestación por hijo (art. 17), eso sí es incompatible este pago único con las situaciones de excedencia o baja en la empresa, sea cual sea la causa; o el Convenio KFC que exige más de 1 año de antigüedad en la compañía⁶¹.

Ninguna referencia a la antigüedad en la empresa para devengar estas percepciones hacen referencia el Convenio Agfa⁶²; ni Convenio Bimbo que sólo hace referencia

61 El art. 18 g) del Convenio KFC dentro de los complementos salariales contempla un premio de natalidad de 150 euros brutos por cada hijo nacido durante la prestación efectiva de servicios en la compañía. No aclara que sucede si ambos trabajadores progenitores se encuentran en la misma empresa, es por hijo o por trabajador.

62 El art. 40 del Convenio Agfa establece la cantidad de 200 € brutos en concepto de natalidad, por nacimiento de hijo, no por trabajador si ambos progenitores trabajasen en la misma empresa. Por su parte, el art. 41 contempla una ayuda familiar, entre otros motivos por hijos: sin discapacidades, menores de 17 años e incluidos en la cartilla de la Seguridad social dice el convenio (23 € brutos mensuales) o con hijos con discapacidad, también ampliable a cónyuge sin ingresos con discapacidades físicas o psíquicas, acreditadas y dependientes del trabajador (400 € brutos al mes).

a “alumbramiento”⁶³, de tal manera que no se especifica si también por adopción; ni el Convenio La Caixa, quién de una manera clara contempla una ayuda por nacimiento, acogimiento o adopción legal (art. 47) de 250,00 euros brutos, sólo para uno de los cónyuges en caso que ambos presten servicios en la Entidad.

En segundo lugar, son también frecuentes las ayudas escolares o para guardería. En este apartado podemos establecer distinción entre convenios colectivos que otorgan ayudas económicas, independientemente de la edad del hijo y convenios que solo establecen las ayudas para la escolarización de hijos en función de la edad.

Dentro del primer gran grupo nos encontramos con los Convenios de Plus Ultra⁶⁴, Schweppes⁶⁵, Agfa⁶⁶, Bimbo⁶⁷, La Caixa⁶⁸, y Kidsco; en este último la particularidad es que al tratarse de una empresa dedicada precisamente a la enseñanza la ayuda se materializa en plazas gratuitas para los hijos de los empleados que presten servicios en centros de educación infantil a ocupar en centros privados (art 26.2), con determinados límites (límite 10% de hijos de trabajadores por centro; adjudicándose por lugar donde se presten

63 Por cada “alumbramiento”, el art. 59 contempla 142.25 €.

64 En el art. 27 se establece que es necesario acreditar la matrícula de secretaría y el recibo con el abono correspondiente; desde el nacimiento hasta los 6 años, se otorga 223.64 euros, por cada hijo, y la ayuda de educación primaria de los 6 hasta los 12 años es de 267.86 €. Igual cantidad que se otorga para ESO, bachillerato o estudios superiores, salvo por Máster o tesis doctoral que se abonan 357.85 € (tesis igual).

65 En el art. 40 del Convenio Schweppes se regula la ayuda de guardería, de 231.91 € al año, previa justificación de asistencia de los hijos a una guardería; y en su art. 41 la ayuda escolar hasta los 18 años, ampliables a los 19 años si se trata de ciclos formativos o hasta los 25 años cuando realicen estudios universitarios o superiores, en una cuantía de 240.91 € brutos al comienzo del curso escolar y, por tanto, en la nómina correspondiente del mes de agosto.

66 La ayuda escolar del art 42 del Convenio Agfa se otorga a hijos desde los 0 años hasta los 21 años, ambos inclusive y en situación escolar, que estén a cargo del trabajador. No hay una cantidad fja, sino un fondo de 9.290 euros al año para 2014, que se repartirán proporcionalmente en función de las solicitudes de ayudas que se reciban. No se han encontrado datos del año 2015.

67 El art. 60 del Convenio Bimbo otorga una ayuda escolar, para trabajadores que acrediten tener desde el 1 de enero al 15 de octubre de cada año 180 días trabajados y en fecha 15 de octubre se encuentre prestando servicios profesionales con un contrato de trabajo de al menos una semana de duración. La cuantía es de 208.69 € por cada hijo en edad desde los 0 hasta los 18 años.

68 El Convenio La Caixa recoge una amplia regulación en sus arts. 43 y 44. Así, en el primero, se recoge la ayuda de guardería P0, P1 y P2, consistente en la entrega mensual de un ticket guardería. El importe del ticket guardería se cifra en 105 euros para los años 2014 y 2015, disponiendo que este ticket no se recibirá durante el mes de agosto. Pero, al mismo tiempo, se establece que los hijos que no asistan a la guardería recibirán una ayuda por hijo de 500 euros anuales. El año en que el hijo inicie P3 recibirá la parte proporcional de los 500 euros. La percepción del ticket guardería interrumpe el derecho a percibir la citada ayuda de 500 euros y, en este caso, los 500 euros serán proporcionales a los meses en que el niño no asista a la guardería. En caso de que tanto el padre como la madre trabajen en la Fundación «La Caixa», no se duplicará la cantidad a percibir por dicho concepto. Por su parte, el artículo 44 contempla la ayuda escolar desde P3 hasta los 23 años. Se tendrá el mismo derecho cuando se presente declaración judicial de tutela y/o declaración administrativa de acogida, siempre que convivan con el trabajador y estén a su cargo. En caso de que el padre y la madre trabajen ambos en la Empresa, se abonarán a ambos las cantidades a percibir por este concepto.

lo servicios y fecha de la solicitud, y en caso de no poderse realizar en el mismo centro, se elegirá otros centros donde no haya llegado al límite del 10%). Estas plazas abarcan la matrícula, la comida, el material infantil, la equipación, etc. de manera gratuita. En el apartado 4, se concede la gratuidad de campamentos de verano para hijos de trabajadores, de edades entre 3 y 10 años, sin incluir las actividades extraescolares que tengan coste de empresa.

En el otro bando, el único Convenio que sólo contempla la ayuda para hijos de determinada edad, es el Convenio SEIRT, cuyo art. 36 establece una ayuda escolar de 13.17 € mensuales por cada hijo en edad escolar entre 4 y 16 años.

3.2. *Análisis de la efectividad de las medidas: la Estadística*

Llegados a este punto, considero del todo interesante poner de manifiesto algunos datos estadísticos sobre la situación de la mujer en el mercado laboral y el disfrute de los permisos y excedencias, medidas que como hemos visto tienen la finalidad de proteger a la mujer en su condición de trabajadora y más allá, a las personas con responsabilidades familiares, que en este mundo cambiante, no tienen por qué identificarse exclusivamente con el sexo femenino.

La población activa de las mujeres ha aumentado paulatinamente desde el año 2002, como puede observarse en el siguiente gráfico.

Población Activa por sexos, España (2002-2014)



Fuente: INE

En él, podemos entender, asimismo, como la caída del empleo en los años de plena crisis económica en España y la caída del empleo masculino, ha aproximado a la población masculina y femenina, como puede comprobarse de manera muy clara en los años 2013-2014.

El 2013, el total de mujeres con edad de trabajar tenían una tasa de empleo del 39,6%, mientras que los hombres alcanzaban el 49,4%, casi 10 puntos de diferencia. Esto resultados nos indican una pervivencia de las diferencias de mujeres y hombres en la inserción laboral.

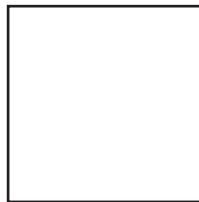
Tasa de empleo según grupos de edad (2013)



Fuente: Encuesta de Población Activa. INE.

Según los últimos datos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística Español, del 2008 al 2013, el número de nacimientos se redujo en un 18.1%; teniendo en cuenta que durante el 2013 nacieron 425.390 niños, esto es, un 6.4% menos que en el año anterior, y en total, el quinto año consecutivo de descensos. Evidentemente, no podemos automáticamente señalar que el descenso de la natalidad se corresponda exclusivamente con la dificultad de inserción en el mercado laboral para la mujer y mantenimiento de su puesto de trabajo –en resumen, con la discriminación en el mundo laboral cuando existen responsabilidades familiares-, pero sí es un indicador, que junto con otros factores, no debe pasarnos desapercibido.

Tasa bruta de natalidad en España (1993-2013)



Fuente: Indicadores Demográficos Básicos. INE.

Por otra parte, la titularidad de las mujeres sobre los derechos asociados a la maternidad, con opción a que puedan, si así lo desean, compartir con su pareja, no resulta del todo efectiva, como se refleja en la siguiente tabla, con un número de prestaciones percibidas por los padres durante el año 2013 de 4.919, y disfrutadas por las madres de 283.923, no habiéndose producido cambios sustanciales en el siguiente año. Es un porcentaje muy pequeño, tan sólo el 1,7% de los hombres han solicitado el disfrute del permiso de maternidad.

Permisos de Maternidad (2013 – 2014)

| | 2013 | | | 2014 | | |
|------------|---------|------------------|------------------|---------|------------------|------------------|
| | Total | Percibidos madre | Percibidos padre | Total | Percibidos madre | Percibidos padre |
| Total INSS | 288.842 | 283.923 | 4.919 | 281.151 | 276.239 | 4.912 |

Fuente: Elaboración propia a partir de Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2013-2014.

Permisos de Paternidad (2013 – 2014)

| | 2013 | 2014 |
|------------|---------|---------|
| | Total | Total |
| Total INSS | 237.988 | 235.678 |

Fuente: Elaboración propia a partir de Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2013-2014.

Está comprobado que en materia de corresponsabilidad, resulta más eficaz que el reconocimiento de derechos de titularidad sea individual e intransferible a favor de los hombres, si lo que se pretende es favorecer la inserción laboral de la mujer en términos de igualdad con el hombre. Los cambios se han notado especialmente a partir de la aprobación del permiso de paternidad en el año 2007. Según estadísticas del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el número de padres que en 2014 han disfrutado prestaciones de paternidad alcanza 235.678, en relación con las 276.239 madres que percibieron la prestación por maternidad en el mismo año.

No obstante, el hecho de que exista un porcentaje indeterminado de hombres que no ejercen el permiso de paternidad, podría indicarnos que este derecho no se está ejerciendo en su totalidad, que en muchas ocasiones viene determinado por los estereotipos y condicionantes sociales que todavía permanecen en nuestra sociedad.

Por otro lado, no resulta fácil compaginar los horarios laborales y la vida familiar en algunas circunstancias tales como el cuidado de hijos, personas discapacitadas o de edad avanzada que requieran mayor atención, para ello hemos visto las medidas legales unisex existentes que facilitan esta situación. Cuando finalizan los permisos de maternidad y paternidad, las personas trabajadoras pueden disfrutar de la excedencia por cuidado de hijos o de familiares dependientes, eso sí, sin retribución, hecho que explica de alguna manera el limitado uso de las mismas.

**Uso de las excedencias por cuidado de hijos y familiares,
según sexo (2007 – 2010)⁶⁹**

| | Excedencias | | | | | |
|------|-------------|---------|------------------|---------|-----------------------|---------|
| | Total | | Cuidado de Hijos | | Cuidado de Familiares | |
| | Mujeres | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres | Hombres |
| 2007 | 37.910 | 2.327 | 33.335 | 1.481 | 4.575 | 846 |
| 2008 | 41.084 | 2.351 | 36.300 | 1.471 | 4.784 | 880 |
| 2009 | 37.083 | 2.161 | 32.549 | 1.393 | 4.534 | 768 |
| 2010 | 38.466 | 2.488 | 33.251 | 1.567 | 5.215 | 921 |

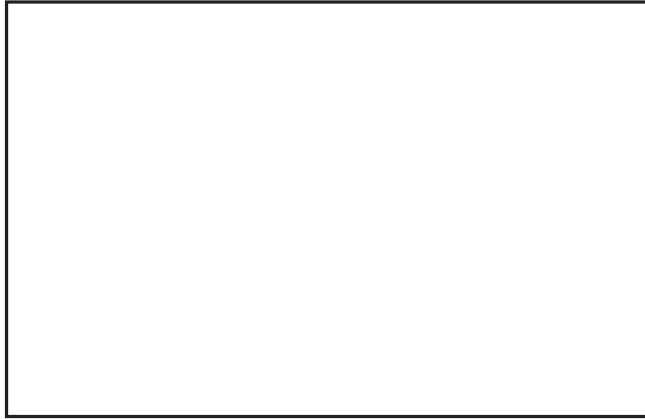
Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Del mismo modo, los datos nos muestran que, casi de forma exclusiva las mujeres son quienes ejercen en algún momento el derecho de la excedencia por cuidado de hijos o familiares. Por tanto, son las que sacrifican realmente su trabajo para hacerse cargo de la familia, a pesar de que este derecho como indicábamos tenga un carácter unisex.

Son las mujeres, según los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística español en 2010, las que con independencia de su estado laboral (inactiva, parada u ocupada), se encargan regularmente del cuidado de personas dependientes, en comparación a la situación del varón.

⁶⁹ Últimos datos proporcionados por el, anteriormente denominado, Ministerio de Trabajo e Inmigración, ahora Ministerio de Empleo.

Personas entre 16 y 64 años que se hacen cargo regularmente de la atención de personas dependientes (2010)

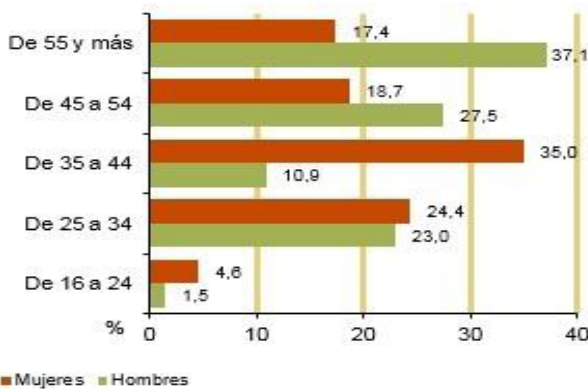


Fuente: Encuesta de Población Activa. Modulo sobre conciliación. INE.

De estas personas inactivas, nos encontramos con algunas que no buscan trabajo, aun pudiendo trabajar, o bien, personas asalariadas que reducen su jornada de trabajo, con el fin de cuidar a sus familiares.

Personas inactivas que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes según los grupos de edad (2013).

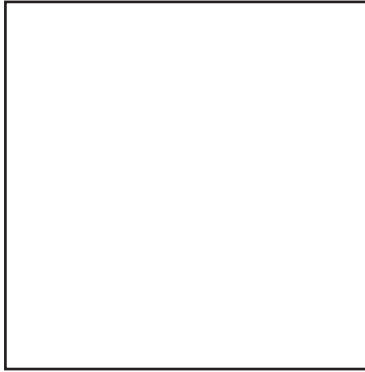
Personas inactivas que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes según grupos de edad. 2013



Fuente: Variables de submuestra de la EPA. INE

Fuente: Variables de submuestra de la EPA. INE.

Personas de 16 a 64 años que han reducido su jornada durante un mes o más para el cuidado de niños (2010)



Fuente: Encuesta de Población Activa. Modulo sobre conciliación. INE.

El análisis de este gráfico manifiesta que las diferencias son también importantes entre mujeres y hombres, pues un 23,9% de mujeres asalariadas son las que reducen su jornada de trabajo durante un periodo de al menos 1 mes para cuidar de su hijo/a, frente al 2,1%, una cifra bajísima, de los hombres ocupados ante tal situación.

Con respecto a las personas inactivas y paradas, no cabe duda que también se superan las cifras por las mujeres con respecto a los hombres.

Incluso algunas personas en 2010, último dato oficial proporcionado, han abandonado su trabajo para dedicarse especialmente a los cuidados de un niño, como se muestra en el siguiente gráfico:

Personas de 16 a 64 años que han dejado el trabajo por el nacimiento de su hijo, sin considerar la excedencia, según duración del periodo (2010)

Fuente: Encuesta de Población Activa. Modulo sobre conciliación. INE.

En este gráfico observamos la relación de personas que han tenido que dejar su trabajo debido al nacimiento de su hijo para poder cuidarlo. Según la Encuesta de Población Activa, en 2010 los hombres asalariados han dejado su trabajo por menos de 1 mes el 67,9%, y únicamente un 7,4% lo han dejado por más de 1 año.

De forma totalmente contraria, un 38,2% de mujeres han dejado su trabajo por más de un año y un 5,4% por menos de 1 mes. Lo último se explica, en cierta medida, por la obligatoriedad de que la madre disfrute de al menos 6 semanas de la licencia por maternidad tras el parto.

De las mujeres que estuvieron inactivas en el año 2013, el 17,8 se encuentran en esta situación por razones de responsabilidades personales o familiares, y el 7,9% corresponde al cuidado de niños o adultos incapacitados. Todo ello nos indica que un alto porcentaje de mujeres deciden no trabajar, bien por deseo propio o por fuerza mayor, para hacerse cargo del cuidado de personas dependientes y de las responsabilidades familiares (en suma 25,7%).

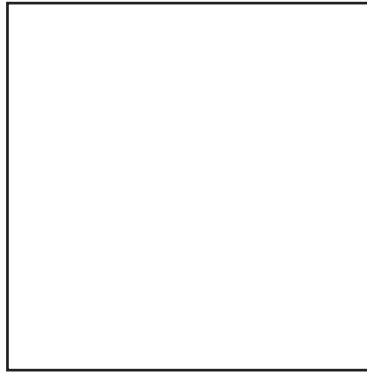
Mujeres inactivas. Razones de la inactividad (2013)



Fuente: Encuesta de Fuerza de Trabajo (LFS). Eurostat.

Si atendemos a la evolución de las tasas de empleo de las personas entre 25 y 49 años, se puede apreciar el impacto en ellas de los hijos, pues las mujeres con hijos tienen una tasa de empleo menor, con la diferencia aproximada de 10 puntos, que las que no tienen. En cambio, para los hombres el hecho de tener hijos incluso es positivo en términos de empleo.

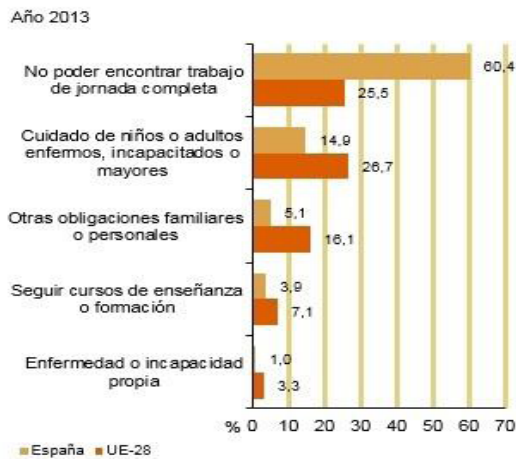
Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años sin y con hijos (menores de 12 años) (2009 – 2013)



Fuente: Encuesta de Población Activa. INE.

Otra cuestión relevante a analizar es el trabajo a tiempo parcial, que representa en las mujeres más de un 20%, prácticamente constante en su evolución desde el año 2009 hasta la actualidad (se ha pasado de un 22% aproximadamente a un 25%, frente a menos de un 10% del trabajo a tiempo parcial masculino. Pero más allá de las cifras, nos resulta del todo ilustrativo el porqué: como segunda razón de este tipo de contrato, por parte de las mujeres, se señala los cuidados de niños y personas dependientes (14,9%) y las obligaciones familiares o personales (5,1%), que en su conjunto alcanza el 20%.

Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres en España (2013)



Fuente: Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS). Eurostat

Fuente: Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS). Eurostat.

Por otro lado, el número de hijos de la unidad familiar también influye en la práctica del trabajo a tiempo parcial. Veamos el siguiente gráfico:

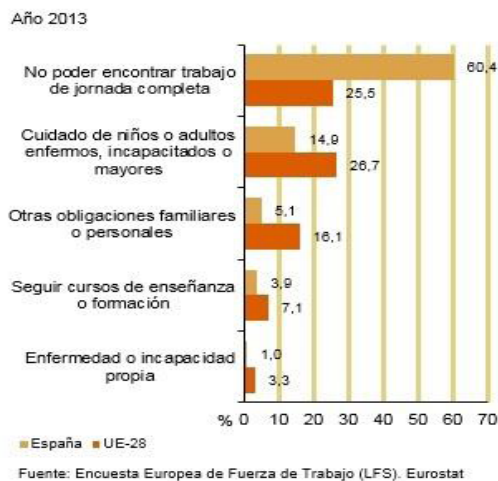
**Empleo a tiempo parcial (25 a 54 años)
por número de hijos, sexo y periodo en España (2013)**

| (%) | Sin hijos | 1 hijo | 3 o más hijos |
|---------|-----------|--------|---------------|
| Hombres | 9,7 | 6,7 | 5,7 |
| Mujeres | 21,4 | 29,5 | 28,7 |

Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS). Eurostat.

Como ya hemos podido demostrar con anterioridad, el empleo a tiempo parcial lo ocupan mayoritariamente las mujeres. Además, el tamaño familiar también influye en este hecho, pues las mujeres trabajan más a tiempo parcial cuando tienen 1, 3 o más hijos, que si no los tienen. Tampoco es una diferencia notable, pero si lo es comparándolo con los porcentajes del hombre, pues este trabaja más a tiempo parcial cuando no tiene hijos.

Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres en España (2013)



Fuente: Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS). Eurostat.

4. Conclusiones

La existencia de grandes diferencias en las maneras de administrar el tiempo propio entre ambos sexos es uno de los pilares más claros de su diferente posición en la

estructura social, así como de la desigualdad y discriminación en el ámbito profesional, que afecta a la calidad de vida de las mujeres por la mayor carga y acumulación de responsabilidades que suponen para ellas. De este modo, las mujeres acaban asumiendo la “doble jornada de trabajo”, como ha quedado constatado a través de las estadísticas, por su incorporación al mundo laboral y por otro lado, por el trabajo doméstico que la sociedad patriarcal les asigna.

A pesar de que la mayoría de las medidas establecidas actualmente para la conciliación se ajustan a un modelo “neutro” que posibilita el ejercicio individual, y a veces compartido, en la práctica siguen siendo las mujeres las usuarias habituales. Con el fin de llegar a un reparto equitativo entre ambos sexos, no parece conveniente reconocer más derechos de conciliación a favor exclusivamente de la mujer, ya que produciría un *efecto boomerang* en contra de las mujeres, esto es, reforzaría la presunción empresarial de que, en relación a costes sociales, la obra masculina es más barata que la femenina, hecho que repercutiría de forma negativa a las posibilidades de la mujer de integración al mundo laboral y en su retribución salarial.

Los convenios colectivos analizados respetan la normativa en materia de igualdad, sin lugar a dudas, pero no todos ellos mejoran el tratamiento legal de la maternidad, encontrándonos además que no hay una línea clara en los mismos; esto es, es indistinto el sector u actividad al que pertenezcan que no lo regulan de manera homogénea e, incluso, convenios de sectores fuertemente masculinizados, no lo regulan de manera alguna.

También es un error, muy común apreciado en los convenios analizados considerar que la única forma de tratar la maternidad y, por tanto, de tender a la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres en sus vidas profesionales, sea a través de la concesión de ventajas o beneficios económicas, como hemos podido comprobar.

En nuestra sociedad el trabajo asalariado está considerado como el núcleo de la vida de las personas, sometiendo a este los demás ámbitos; pues resulta más complicado tener posibilidades de desarrollo profesional cuando no se está plenamente disponible para la empresa.

El hecho de que las mujeres sigan siendo las que, mayoritariamente, se encarguen de las responsabilidades familiares, las ubica en una situación de desventaja en el mercado de trabajo, tanto para el acceso como para su promoción.

El impacto sobre la participación en el mercado laboral cuando existen hijos es diferente entre hombres y mujeres, lo que nos obliga a traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio, que afirmaba que “*existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en el, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de desventaja respecto a los hombres en la misma situación*”. ¿Cómo es posible que, más de 25 años después, esta premisa siga siendo de actualidad?

5. Referencias

- ADDATI, L.; CASSIRER, N.; GILCHRIST, K., **Maternity and paternity at work: Law and practice across the world**, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA, **Carta de la Mujer. Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres** [Comunicación de la Comisión al Parlamento, COM(2010)78 final]
- COMISIÓN EUROPEA, **Estrategia Europea para la igualdad de hombres y mujeres, 2010-2015** [Comunicación de la Comisión al Parlamento, COM(2010)491 final]
- GRIMSHOW, D. y RUPERY, J., **The motherhood pay gap. A review of the issues, theory and international evidence**, Conditions of work and employment series n. 57, ILO, Ginebra, 2015.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **'Brecha salarial de género y Brecha salarial por maternidad'**, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **Informe Mundial sobre Salarios 2014/ 2015. Salarios y desigualdad de ingresos**, Oficina Internacional del Trabajo, 1ª edición, Ginebra, 2015.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **La brecha salarial relacionada con la maternidad: Un análisis de los problemas, teorías y datos internacionales**, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA¹

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral y social es especialmente abundante y significativa. Prácticamente se ha ocupado de todos los aspectos de las relaciones de trabajo que cuentan con regulación dentro del denominado Derecho social comunitario. Las líneas de jurisprudencia más clásicas son las que se ocupan de la libre circulación de trabajadores, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y los efectos laborales de la transmisión de empresa, pero en los últimos lustros el Tribunal de Justicia se ha pronunciado asimismo sobre otros muchos tópicos: la protección de la mujer embarazada, la maternidad, el derecho a vacaciones, los permisos parentales, los contratos temporales, los contratos a tiempo parcial, el desplazamiento temporal de trabajadores, los despidos colectivos, la participación en la empresa o los derechos de negociación colectiva y conflicto colectivo. Han aparecido además aspectos nuevos de la libre circulación (como la protección social de las personas que trasladan su residencia a otro país) o del principio de no discriminación (especialmente, por razón de edad). Por todo ello, puede decirse que el Tribunal de Justicia viene cumpliendo una importante función interpretativa y depuradora en relación con el Derecho de la Unión Europea.

Abstract

ECJ case law on labour and social issues is especially rich and meaningful. ECJ has addressed virtually all aspects of labor relations in the framework of the so called Community social law. The more classic cases of the EJC jurisprudence are dealing with the free movement of workers, the principles of equality and non-discrimination on grounds of sex and the labor effects of the transfer of an undertaking, but in recent decades the Court has ruled also on many other topics: the protection of the pregnant woman, the maternity

1 Proyecto de investigación DER2013-45781-P. Han participado en la elaboración de esta Ponencia María Antonia Castro Argüelles, Yolanda Sánchez-Urán Azaña, Francisco Javier Torollo González, Óscar Fernández Márquez, Mónica Llano Sánchez, Paz Menéndez Sebastián, Nuria de Nieves Nieto, Iván Antonio Rodríguez Cardo, María José Serrano García y Diego Álvarez Alonso.

leave, the parental leave, the temporary contracts, the part-time contracts, the temporary movement of workers, the collective redundancies, the participation in the company or the rights of collective bargaining and collective action. They have also appeared new aspects of free movement (such as social protection of the people who move their residence to another country) and the principle of non-discrimination (particularly on grounds of age). Therefore, it can be said that the Court has made an important function of interpretation and refinement of European Union law.

1. Según la acepción más habitual, en el sistema jurídico español se entiende por jurisprudencia la doctrina reiterada de los tribunales máximos o supremos en la interpretación y aplicación de la ley. Hoy en día, como es suficientemente sabido, casi nunca puede hablarse de una sola cúspide jurisdiccional, lo cual quiere decir que es bastante frecuente que existan varios cauces de formación de jurisprudencia. En efecto, junto a la jurisprudencia ordinaria, que en España procede del Tribunal Supremo (que cuenta con una Sala de “lo social”), suelen existir otros acervos jurisprudenciales procedentes de órganos jurisdiccionales más especializados, nacionales o supranacionales. En España, como en otros muchos países europeos, contamos concretamente con otros tres cuerpos de jurisprudencia, añadidos a la ordinaria: a) la jurisprudencia constitucional, que procede de nuestro Tribunal Constitucional y que se elabora con ocasión de la interpretación y aplicación de los preceptos de la Constitución de 1978; b) la jurisprudencia “europea” sobre derechos humanos, que procede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que tiene por objeto la interpretación y aplicación del Convenio del mismo nombre, y c) la jurisprudencia conocida tradicionalmente como “comunitaria” (por pertenecer a lo que hasta hace algunos años se denominaba “Comunidad Europea”), que procede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que se refiere a las normas propias de esa “comunidad” de países.

2. Toda esa jurisprudencia cumple a la postre unas funciones comunes, aunque cada una de esas ramas también cumple, al mismo tiempo, funciones más específicas o especializadas, ligadas a la naturaleza o razón de ser de las normas que en cada caso son objeto de interpretación y aplicación. Con carácter general, la jurisprudencia cumple dos grandes funciones: la función complementaria y la función depuradora. La primera de esas funciones es la más básica seguramente, y la que se despliega con mayor habitualidad, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia ordinaria. Se trata, sencillamente, de proporcionar la interpretación más correcta de la norma en cuestión, completando de ese modo el dictado de la misma. Como dice nuestro Código Civil, la jurisprudencia cumple una función de “complemento” del ordenamiento jurídico, al marcar la pauta pertinente con vistas a la interpretación y aplicación de los distintos instrumentos que componen el sistema normativo de referencia. Por descontado, esa función también se realiza por los restantes flujos de jurisprudencia, aunque limitada ya a un ámbito normativo más

específico: la constitucional viene a complementar a la Constitución, la europea complementa la norma de derechos humanos de referencia, y la comunitaria complementa el ordenamiento de la Unión Europea.

3. La segunda de las funciones –la “depuradora”-- es, de su lado, un poco más sofisticada, y seguramente se realiza con una frecuencia menor. Se trata, en este otro caso, de eliminar o de dejar “fuera de juego”, cuando menos momentáneamente, un determinado texto normativo, por su contradicción con otra norma de mayor fuerza o jerarquía en el sistema correspondiente. También esta función es propia de cualquiera de esos acervos jurisprudenciales, aunque su importancia relativa varía significativamente de unos a otros: es una función muy clásica y normal en la jurisprudencia ordinaria (a la que compete, no en vano, el control de legalidad de los reglamentos y otras normas de rango inferior a la ley), y, por supuesto, es una función muy relevante en la jurisprudencia constitucional (a la que corresponde el control de la ley desde el canon de constitucionalidad). Pero no es tan tangible tan directa en los restantes cauces de jurisprudencia. No lo es en la jurisprudencia europea (en la que las decisiones sobre la “convencionalidad” o adaptación al Convenio Europeo de una norma nacional son bastante más complejas), ni lo es en la jurisprudencia comunitaria (que ciertamente se ocupa del eventual contraste entre la norma nacional y la norma comunitaria pero no exactamente para declarar la invalidez de la norma nacional sino para corregir la actividad normativa del Estado implicado).

4. Como acabamos de decir, la jurisprudencia “comunitaria” (calificativo que, por cierto, viene siendo discutido desde hace algún tiempo, al pasarse desde aquella histórica denominación de “Comunidad Europea” a la más moderna de “Unión Europea”) puede cumplir ambas funciones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea contribuye desde luego a complementar el ordenamiento jurídico de esa comunidad de Estados nacionales mediante su labor constante de interpretación y aplicación de las normas correspondientes, y también colabora en la depuración de los ordenamientos jurídicos dentro de la Unión Europea. Pero estas funciones adquieren un sello un tanto singular en la jurisprudencia comunitaria, fundamentalmente porque su principal cometido es el juicio de “conformidad” entre las normas de los Estados miembros y la norma europea. Generalmente, el Tribunal de Justicia no examina la norma europea por problemas de aplicación que se susciten en su interior o en su propia configuración, sino por problemas de ajuste entre sus directrices o mandatos y la norma nacional de transposición. Por ello, la función jurisprudencial del Tribunal de Justicia se desenvuelve de una forma que no equivale del todo a la labor que realizan a tal efecto los órganos jurisdiccionales de carácter nacional.

5. La mayor particularidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en comparación con la jurisprudencia ordinaria tal vez resida en el desarrollo de su función depuradora. Desde luego, el Tribunal de Justicia puede realizar esta función en el interior del sistema normativo estrictamente comunitario, por ejemplo para controlar

la conformidad de un determinado acto de la Unión Europea con los soportes o textos básicos del ordenamiento comunitario. En ese sentido, puede valorar los actos normativos de las instituciones comunitarias a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por citar una hipótesis más concreta y más explícita. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre todo está encargado de velar por la conformidad de los ordenamientos nacionales con el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por la conformidad de las normas nacionales de “transposición” con las correspondientes directivas de la Unión Europea. Es indudable, en consecuencia, que desarrolla una importante labor depuradora, pero también es evidente que esta labor tiene por objeto principal el ajuste del Derecho nacional al Derecho de la Unión Europea. Por ello, a diferencia de los tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia no declara la “ilegalidad” o “inconstitucionalidad” de una norma, sino su “conformidad” o no con la norma comunitaria de referencia, a la vista del sentido que el propio Tribunal otorga a dicha disposición. Si la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma parece entrañar por sí misma su desaparición del “derecho válido” o vigente, la eventual declaración de no conformidad no significa exactamente que la norma afectada pierda sus constantes vitales, sino más bien que el Estado nacional implicado habrá de proceder a la adaptación normativa pertinente (normalmente, mediante una reforma legal o reglamentaria), con el fin de adecuar mejor su normativa interna a los postulados comunitarios. Podría decirse, por consiguiente, que en la jurisprudencia comunitaria las funciones complementaria y depuradora van bastante unidas, en tanto que la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia se centra sobre todo en valorar la conformidad de la norma nacional a la directriz comunitaria.

6. Ese juicio de conformidad entre la norma nacional y la correspondiente norma de la Unión Europea puede llevarse a cabo a través de diversos cauces procedimentales. En su dimensión más plena, ese juicio tiene lugar a raíz de una impugnación directa a cargo de las instituciones comunitarias competentes (normalmente, la Comisión Europea), mediante el denominado recurso por incumplimiento. El objeto de dicho recurso puede ser la inactividad del Estado en relación con sus obligaciones de transposición de una norma comunitaria, pero también puede ser la actividad errónea o equivocada del Estado, esto es, la deficiente o incorrecta transposición de la norma comunitaria de referencia. Si bien se mira, en estos procesos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cumple unas funciones muy singulares, no sólo porque la eventual depuración de la norma nacional de transposición no equivale exactamente a la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma, sino también porque puede referirse a una situación de anomia o ausencia de norma nacional, por inactividad del Estado nacional. Luego no puede tildarse de una labor de depuración en su sentido más estricto, sino más bien de una vía de control jurisdiccional de la actividad normativa de los Estados miembros. Esta función, de cualquier modo, ha estado muy presente en la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia, y son ya muchos los casos en los que se ha condenado a un Estado miembro por falta de transposición o por deficiente transposición de la norma comunitaria. España no se ha salvado de esas declaraciones de condena, que en los últimos años han afectado, por ejemplo, a la regulación de derechos y libertades de los extranjeros en España o a la regulación de las actividades de estiba y desestiba en los puertos marítimos.

7. La función puramente interpretativa del Tribunal de Justicia es, con todo, bastante más abundante. Tal función se desempeña principalmente a través de la denominada cuestión prejudicial, que sirve a los órganos judiciales de los Estados miembros para pedir una interpretación “oficial” de la norma comunitaria implicada en el caso de referencia. Debe saberse que en el ámbito de la Unión Europea todos los órganos judiciales están vinculados por el Derecho comunitario, de modo que todos ellos están habilitados para proceder a su interpretación y aplicación. Pero la máxima responsabilidad en este sentido incumbe al Tribunal de Justicia, como órgano especializado en ese terreno. De ahí que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia goce de primacía sobre la jurisprudencia nacional en materia de Derecho comunitario, dado que procede del supremo órgano especializado en la materia. El juez nacional debe contar con el Derecho comunitario en sus operaciones de enjuiciamiento, y debe proceder en su caso a su interpretación y aplicación. Pero debe seguir a tal efecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (cuando exista), y debe dirigirse al Tribunal de Justicia cuando albergue dudas fundadas acerca de la correcta interpretación del Derecho comunitario. Presupuesto de todo ello es que el Tribunal de Justicia no conoce directamente de los asuntos litigiosos de base (salvo en los recursos por incumplimiento, muy particulares), sino a través de la cuestión prejudicial. Tampoco es el encargado de resolverlos, pues su función se limita a proporcionar al órgano judicial nacional la interpretación correcta de la norma comunitaria afectada.

8. El planteamiento de cuestiones prejudiciales ha sido, en verdad, el principal detonante del inmenso caudal de jurisprudencia comunitaria que nos acompaña en la actualidad. Son muchos los aspectos del Derecho comunitario tratados por el Tribunal de Justicia a resultas de estas preguntas, y son muy numerosos, concretamente, los asuntos de carácter laboral o social que han propiciado la formación de jurisprudencia comunitaria. Como es natural, la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia a raíz de estos procesos se dirige antes que nada a facilitar la labor jurisdiccional de los órganos judiciales nacionales, proporcionándoles pautas autorizadas acerca de la interpretación de la norma europea implicada en el caso de referencia, de modo que, a la vista de la interpretación defendida por el Tribunal de Justicia, el órgano judicial nacional habrá de dar solución al caso concreto detonante de la petición. Pero la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de estas peticiones de interpretación provenientes de los sistemas nacionales va mucho más allá del caso concreto. Examinada con perspectiva global, podría decirse que constituye verdaderamente un complemento

excepcional de la norma comunitaria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sirve por supuesto para aclarar el sentido de la norma y para perfilar su alcance y contenido, pero también ha servido para tomar conciencia de la verdadera dimensión del Derecho comunitario. Sería muy difícil, por ejemplo, alcanzar a ver el ámbito de aplicación del Derecho comunitario sin la intervención del Tribunal de Justicia. Tampoco sería fácil vislumbrar los objetivos y fines de la norma comunitaria sin la esclarecedora doctrina que de forma paulatina pero constante ha ido elaborando el Tribunal de Justicia. No podrían explicarse, en fin, muchos de los avances del Derecho comunitario sin un conocimiento previo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En definitiva, la labor del Tribunal de Justicia, además de contribuir a la resolución de casos concretos, ha tenido un impacto indudable en la labor del legislador comunitario y, en general, en la conformación del Derecho comunitario. Muchas veces el Tribunal de Justicia ha completado con sus interpretaciones la labor normativa ya realizada, y en otras muchas ocasiones ha servido de guía para las operaciones de reforma o actualización del derecho comunitario.

9. Como se acaba de decir, son muchas las materias de orden laboral o social afectadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero quizá entre todas ellas destaque la **libre circulación de trabajadores**, que poco a poco ha ido transformándose en libre circulación de personas. Que la libre circulación sea un derecho básico de la Unión Europea, y que ese derecho goce desde hace tiempo de un estatuto jurídico especialmente protector, son cuestiones que deben mucho desde luego a la labor del Tribunal de Justicia. También son deudores de la jurisprudencia comunitaria muchos aspectos, centrales o complementarios, de ese derecho básico, como su radio de acción desde el punto de vista subjetivo, sus condiciones de aplicación en el empleo público, su proyección en el terreno de la seguridad social y de las ayudas sociales, su virtualidad para el reagrupamiento familiar o incluso su impacto en lo relativo a la determinación de la ley aplicable y el foro competente. También ha sido decisiva la jurisprudencia comunitaria en la interpretación de las excepciones y límites del derecho. Podría decirse, a la vista de esa ingente labor jurisdiccional, que la libre circulación es un derecho que a su amplia configuración legal añade una veta jurisprudencial que resulta absolutamente imprescindible hoy en día no sólo para su conocimiento científico sino también para su ejercicio práctico o cotidiano.

10. Muy ligada a la libre circulación, ya en su dimensión más general de libre circulación de personas, y no sólo de trabajadores, se encuentra la problemática, bastante más reciente, relativa a la posible obtención de beneficios o ayudas de asistencia social por parte de los nacionales de un país que se establecen en otro, ya sea de modo temporal, ya sea más bien con ánimo de permanencia, en principio con la finalidad de búsqueda de empleo o de alguna oportunidad profesional. En efecto, uno de los temas que han emergido con fuerza en la jurisprudencia comunitaria de los últimos tiempos es el relativo a lo que podríamos llamar el **estatuto de Ciudadanía de la Unión** y, más

en concreto, al alcance y significado que puede atribuirse a esa condición con vistas a su proyección sobre los **derechos de protección social**. Puede decirse, en general, que una de las cuestiones que en la actualidad se plantean con más brío en el seno de los países de la Unión Europea y en las instituciones comunitarias es el relativo a la titularidad y extensión de los derechos de protección social, sea desde la vertiente estricta de la Seguridad Social o sea desde la vertiente más amplia de asistencia social y de ventajas sociales, cuando quien ejerce su derecho a la libertad de circulación no es o no puede entenderse que sea trabajador en sentido estricto, es decir, cuando la cuestión afecta al que se ha convenido en denominar “ciudadano comunitario económicamente no activo”. Advirtiendo que el término no es asumido por las normas comunitarias y cada uno de los Estados Miembros configura su sistema de protección social conforme a sus pautas y tradiciones, el TJUE ha interpretado a lo largo de estos años las normas internas nacionales relativas a la protección social, en concreto, sus limitaciones o restricciones para los ciudadanos económicamente no activos que ejercen su libertad de circulación. Desde esta perspectiva, y tomando como punto de partida la Sentencia *Dano* (asunto C-333/13, de 11 de noviembre de 2014), la jurisprudencia del TJUE permite un análisis de lo que podríamos calificar como *Modelo condicionado de integración social comunitario*. En efecto, el estatuto de Ciudadanía de la Unión es un concepto abierto, heterogéneo y limitado; los derechos de libertad de circulación y de residencia siguen aún hoy vinculados a la solvencia económica del ciudadano comunitario y se mantiene la diferencia entre los económicamente activos y los económicamente no activos. En especial, en cuanto al acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. La jurisprudencia del TJUE, años atrás restrictiva respecto de las medidas legales nacionales tendentes a limitar el derecho a esas prestaciones de los ciudadanos comunitarios entre otros, de los que cabe identificar como “demandantes de empleo”, ha comenzado ahora a replantear la que años antes podría definirse como expansiva en torno al principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad y, en particular, está restringiendo el derecho a la protección social de los ciudadanos comunitarios económicamente no activos.

11. La libre circulación de trabajadores cuenta con estatutos especiales en relación con determinados países que, sin pertenecer a la UE, han firmado **acuerdos** en tal sentido, como es el caso de Turquía, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TJUE. La sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-91/13, llega a la convicción de que es contrario al Derecho comunitario exigir un permiso nacional de trabajo —en este caso neerlandés— a los trabajadores en situación regular que son ocasionalmente desplazados desde otro Estado parte, de modo que es irrelevante a tal efecto el origen de dichos trabajadores —en este caso turcos—, siempre que hayan obtenido en el país que los desplaza —Alemania— un permiso de trabajo. En esta sentencia se aclaran diversas cuestiones de mucho interés. En primer lugar, la cláusula de «standstill» del Acuerdo de Asociación con

Turquía es directamente invocable por los interesados, pero la misma no contiene un reconocimiento de la libre circulación de personas --no puede, por sí sola, conferir a un nacional turco el derecho a la libre prestación de servicios o el derecho a entrar en el territorio de un Estado miembro--. En segundo lugar, no son de aplicación al caso las normas que rigen las relaciones con Turquía, pues la nacionalidad de los trabajadores desplazados no tiene importancia. En tercer lugar, el caso debe resolverse con la aplicación de los arts. 56 y 57 TFUE, y en particular evaluando su respeto por parte de la norma holandesa sobre trabajo de extranjeros. En cuarto lugar, se considera contrario al Derecho comunitario tanto la imposición directa y exclusiva de restricciones a las empresas de otro Estado de la Unión, cuanto la aplicación de imposiciones o exigencias generales, de cumplimiento obligado igualmente para los empresarios nacionales, que por su naturaleza y alcance tengan como consecuencia la prohibición, obstaculización o merma de atractivo al desarrollo de actividades empresariales por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro. En quinto lugar, una medida restrictiva puede estar justificada por la protección del mercado nacional de empleo, pero este objetivo es ajeno a lo debatido en este caso porque los trabajadores desplazados temporalmente para prestar servicios a las órdenes de su empresa en el territorio de otro Estado, retornan a su Estado de origen (donde está establecida la empresa que los tiene contratados), por lo que no perturban el mercado de empleo del país de prestación temporal del servicio. En sexto lugar, el Estado de acogida tiene cierto margen razonable de comprobación de que la empresa establecida en otro Estado miembro no está desplazando fraudulentamente a sus empleados. En séptimo lugar, los controles que se implementa a tal fin han de ser razonables y proporcionados, resultando con carácter general suficiente la obligación de que el prestador de servicios efectúe una simple declaración previa acreditando que los trabajadores de que se trata se encuentran en situación regular, especialmente en cuestiones de residencia, permiso de trabajo y cobertura social, en el Estado miembro en el que dicha empresa los tenga en plantilla.

12. Aspecto muy cercano a la libre circulación es el relativo al **desplazamiento temporal de trabajadores**, respecto del que la jurisprudencia del TJUE registra un incremento notable en los últimos años. Un buen ejemplo de ello es la Sentencia de 12 de febrero de 2015, dictada por la Sala Primera del TJUE en el asunto C-396/13, *SähköalojenAmmattiliitto*, que da respuesta a un litigio en el que una empresa polaca había trasladado a Finlandia trabajadores que previamente había contratado en Polonia y les había abonado la retribución derivada de la aplicación de la legislación polaca por el trabajo desarrollado en el país de destino. Ante estos hechos, con fundamento en el ordenamiento jurídico finlandés y a pesar de estar prohibido en el polaco, los empleados afectados cedieron individualmente sus créditos salariales a un sindicato finlandés, al objeto de que éste reclamara al empresario la retribución derivada de los convenios colectivos finlandeses declarados de aplicación general. En esta ocasión, como en otras muchas, el TJUE tuvo

que enfrenarse a la delimitación del concepto de salario mínimo al que alude el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y al papel que poseen los Estados miembros en dicha delimitación. Además, novedosamente se pronunció sobre la cesiones de créditos descritas en el párrafo anterior; e, interpretando la Directiva 96/71/CE a la luz del art. 47 de la CDFUE, afirmó que nada cabía objetar a las realizadas en el supuesto enjuiciado, porque los órganos judiciales competentes eran los finlandeses y la legitimación procesal se encuentra sujeta a la *lex fori*. A lo que podría haber añadido, aunque no lo hizo, que la ley que rige el crédito objeto de una cesión determina, entre otros extremos, su transmisibilidad (art. 14.2 del Reglamento Roma I). Por otro lado, señala que el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, al no lesionar tal interpretación la libertad de prestación de servicios, puede entenderse en el sentido de que el modo de cálculo de la cuantía del salario mínimo y los criterios seleccionados al efecto deben ser los recogidos en las normas, incluidos los convenios colectivos, del Estado de acogida, siempre que sean vinculantes, transparentes y más favorables para los trabajadores que las del Estado de origen. Lo que acerca la situación de los empleados desplazados a la de aquellos que trabajan habitualmente en el país de destino, a la par que evita las posibles incoherencias y desajustas que podrían presentarse, al intentar coordinar los componentes del salario mínimo derivados de un ordenamiento jurídico, con el modo y los criterios de cálculo previstos en otro ordenamiento jurídico. Igualmente, merece ser aplaudida la declaración que el TJUE vierte en el sentido de incluir en el salario mínimo una paga de vacaciones recogida en los convenios colectivos declarados de aplicación general del Estado de acogida, que incrementaba la cuantía de la ordenada por las normas generales de ese mismo Estado. A estos efectos, entre otras cuestiones, declara que el derecho a disfrutar las vacaciones y el derecho a que éstas se retribuyan constituyen dos vertientes de un único derecho. Por último, el TJUE recuerda que es conforme con el art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE y con la libertad de prestación de servicios que los complementos retributivos vinculados a los desplazamientos queden excluidos del concepto de salario mínimo, si tienen por objeto reintegrar a los empleados los gastos derivados de un desplazamiento, no cuando aspiran a compensar otros perjuicios, como el alejamiento de los trabajadores de su entorno habitual y el tiempo de trayecto diario a su lugar de prestación de servicios. Y, aplicando esta premisa a diversos componentes de la retribución prevista en los convenios colectivos del Estado de acogida, contribuye a delimitar los márgenes del salario mínimo.

13. En todo caso, no constituye la libre circulación, ni siquiera enriquecida con esos otros derechos de ciudadanía y de protección, la única materia de orden social con presencia destacada en la jurisprudencia comunitaria. Realmente, el ámbito de conocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el terreno laboral y social se ha ido ampliando de forma creciente a lo largo del tiempo, hasta abarcar prácticamente todos

los aspectos importantes del empleo y la protección social, dentro siempre, como es natural, de los contornos tan particulares que sigue presentando el Derecho comunitario. La igualdad por razón de sexo en materia salarial y de empleo ha sido desde el principio un tema recurrente en la jurisprudencia comunitaria, en la que ha encontrado además un incomparable factor de impulso. La transmisión de empresa y sus efectos laborales también ha ocupado desde hace tiempo una porción relevante dentro de este cauce de producción jurisprudencial. Más recientemente, la problemática especial de ciertas modalidades de contratación laboral (como los contratos temporales y los contratos a tiempo parcial), la protección de la maternidad en sus distintas facetas (laboral y de seguridad social), la conciliación de la vida laboral y familiar a través de permisos parentales, la garantía del crédito salarial o el despido colectivo han protagonizado asimismo decisiones importantes del Tribunal de Justicia. La jurisprudencia comunitaria ha llegado a adentrarse, incluso, en parcelas que en un primer momento parecían quedar más alejadas de ese instrumento jurisdiccional, como la huelga, el conflicto colectivo, la negociación colectiva o la participación de los trabajadores en la empresa.

14. Como se acaba de decir, tema también clásico en la jurisprudencia comunitaria, y en el propio sistema jurídico de la Unión Europea, es desde luego el relativo a la **igualdad y no discriminación**, primero con referencia al sexo o género, y posteriormente en razón de otras muchas causas. Un sector importante y muy abundante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de los últimos tiempos se ha dedicado a desgranar los problemas interpretativos y de aplicación de las reglas comunitarias sobre igualdad y no discriminación por razón de edad. A ello se refiere, entre los últimos casos reseñables, que son muchos y muy variados, la sentencia TJUE de 13 de noviembre de 2014 (*Vital Pérez*), que da respuesta a una petición de decisión prejudicial suscitada por un órgano judicial español en relación con una convocatoria de pruebas selectivas para la provisión de plazas de agentes de la Policía Local, en la que se exigía que los candidatos no sobrepasaran la edad de 30 años, lo que produjo la exclusión de quien inició el correspondiente proceso judicial. Se plantea, a fin de cuentas, si estamos ante una regla selectiva, por razón de edad, contraria al Derecho comunitario, y particularmente a la Directiva 2000/78/CE. A diferencia de lo resuelto en la TJUE de 12 de enero de 2010 (*Wolf*), que estimó adecuada una edad máxima de 30 años para acceder a un cuerpo de bomberos alemán en razón –entre otras– de las extraordinarias exigencias físicas que reclama el ejercicio de las tareas de esta profesión (particularmente la extinción de incendios), la sentencia «*Vital Pérez*» considera en cambio en 2014 discriminatorio y contrario a la Directiva 2000/78/CE el mismo tope de edad referido a la policía local, básicamente por encontrar que la aludida diferencia no puede justificarse por ninguna de las vías que dispone a estos efectos la propia Directiva 2000/78. Entiende el TJUE que, por lo pronto, no puede justificarse en el art. 4.1 de ese texto (que admite la diferencia en función de “la naturaleza de la actividad profesional

concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo”), y ello por cuanto no puede darse por cierto sin más que las capacidades físicas específicas requeridas para el ejercicio de la función de agente de la Policía Local (menores que las exigibles a los bomberos) estén necesariamente vinculadas a un grupo de edad determinado, de modo que tenga necesariamente que suponerse que carecen de ellas todas aquellas personas que hayan sobrepasado determinada edad, y más concretamente quienes tengan más de 30 años, máxime teniendo en cuenta que el objetivo legítimo de conseguir que los policías locales tengan las capacidades físicas requeridas queda adecuadamente satisfecho a través de las pruebas físicas a las que tienen que someterse todos los candidatos. Tampoco puede justificarse en el art. 6.1 de la Directiva, que alude a la posibilidad de establecer diferencias de trato por edad con fundamento en razones de política de empleo o similares (la directiva habla “política de empleo”, “mercado de trabajo” y “formación profesional”, aclarando expresamente que las diferencias podrán incluir «el establecimiento de una edad máxima para la contratación que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación»). Dice la sentencia que ni está garantizado que el tope máximo de edad exigido a los policías locales vaya a servir como medida de reparto del empleo (promoción de nuevos contratos) ni tampoco que vaya a ser útil para completar la formación necesaria para el desempeño de las funciones policiales.

15. Muy próximos a los problemas de discriminación por razón de sexo se han situado siempre en la jurisprudencia del TJUE los problemas relativos, en general, al trabajo de la mujer, sin perjuicio de que en estos otros casos también puedan advertirse otras preocupaciones sociales, otras dimensiones jurídicas y otras dificultades interpretativas. Como es fácil de comprender, muchas de las situaciones que pueden afectar a la mujer trabajadora desde ese punto de vista tienen que ver con la maternidad, sobre la que el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones. Muy interesantes y significativas son, a este respecto, dos sentencias de 18 marzo 2014 (asuntos C-167/12, *Caso CD*, y asunto C-363/12, *Caso Z*). Ambas abordan una determinada cuestión problemática en relación con la denominada **maternidad por subrogación o gestación por sustitución**, esto es, aquella situación en que una persona o pareja (comitente o subrogante) que no puede (o no desea?) procrear biológicamente por sí sola acuerda con una mujer apta para la gestación (madre gestante o madre subrogada) que sea ella quien se encargue de gestar y dar a luz a un hijo/hija para quien realiza el encargo, que es quien normalmente aporta total o parcialmente (en caso de donante anónimo) los gametos para la formación del cigoto y quien aspira a asumir plenamente y en exclusiva la función parental. Concretamente, ambas decisiones se pronuncian sobre si, en tales supuestos, puede la madre comitente o subrogante –que no gesta ni da a luz, pero sí pretende llevar a cabo las funciones parentales posparto- exigir el disfrute de un permiso retribuido (o permiso acompañado de prestación) por maternidad al amparo del Derecho de la UE.

Conviene aclarar que no se discuten en estas sentencias la posición jurídica y los derechos de la madre gestante (que indudablemente sí puede disfrutar de los permisos/ prestaciones de maternidad biológica ligados al embarazo y al parto). Tampoco se dirimen en estas sentencias ni la legalidad de estas prácticas de reproducción asistida ni las cuestiones jurídicas de mayor enjundia que plantean, que son las relativas a la determinación de la filiación de los hijos nacidos en virtud de estas técnicas y las consecuencias jurídicas que le son inherentes (determinación de nacionalidad y problemas de apatridia, atribución de patria potestad y custodia, derechos sucesorios...). Es más, las Sentencias TJUE se limitan estrictamente a resolver lo relativo al permiso de maternidad, extremando la precaución en no prejuzgar nada en estos otros terrenos, a sabiendas de que se trata de un asunto controvertido respecto del que existen legislaciones y prácticas nacionales muy distintas entre los estados miembros. En ambos casos se trata de madres subrogantes (no gestantes) a las que les resulta denegado un permiso de maternidad retribuido (o acompañado de prestación) equivalente a los existentes en sus respectivos ordenamientos nacionales para los casos de maternidad biológica o adopción. Existe no obstante alguna diferencia entre los dos supuestos. En el caso CD la madre gestante no aporta material genético (óvulo de donante y gametos del marido) pero sí se encarga del amamantamiento natural del bebé (cosas de la ciencia). En el caso Z, la madre gestante sufre una rara afección consistente en que, a pesar de tener ovarios sanos y ser fértil, carece de útero y no puede gestar, pero sí aporta sus propios gametos. Planteada la cuestión de si las madres subrogantes tienen derecho al permiso retribuido de maternidad a la luz de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la respuesta del TJUE en el caso CD es la siguiente: los Estados miembros no están obligados [...] a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Y ello es así incluso cuando la madre subrogante puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. El tribunal fundamenta esta conclusión señalando que el permiso de maternidad previsto en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada del hecho biológico del embarazo. Por tanto, se requiere como presupuesto que la trabajadora haya estado embarazada y haya dado a luz al niño, lo que no ocurre en el caso de las madres subrogantes. En ambas sentencias, la cuestión se plantea también desde la perspectiva de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Al respecto, las dos resoluciones coinciden en señalar que “no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por

sustitución”. La fundamentación, coincidente de los dos pronunciamientos en este punto es, en síntesis, la que se expone a continuación. En primer término, se considera que la denegación de un permiso de maternidad constituiría una discriminación directa si la razón esencial de esa denegación afecta exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo. Ahora bien, un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución y haya tenido un hijo gracias a ese convenio recibe el mismo trato que una madre subrogante en una situación comparable, a saber, tampoco él tendría derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad. En conclusión, la denegación del permiso a las madres subrogantes no se sustenta en una razón que afecte exclusivamente a los trabajadores de uno de los dos sexos. De otra parte, se rechaza también la existencia de discriminación directa, pues “ningún dato obrante en los autos permite acreditar que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores”. En todo caso, una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño. La segunda sentencia añade además que La Directiva 2006/54 no obliga a reconocer permisos por adopción (deja libertad a los estados miembros). Por consiguiente, entiende el Tribunal que las condiciones de ejercicio de tales derechos no entran en el ámbito de aplicación de la directiva, salvo en lo que se refiere a la protección frente al despido y la reincorporación al trabajo. Por otra parte, en el caso Z el tema se analiza también a la vista de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad establecida en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En este sentido, habida cuenta que la trabajadora había recurrido a la maternidad subrogada debido a que padecía una rara afección que la incapacitaba para la gestación, lo que se plantaba era si, en tales circunstancias, podría considerarse discriminación por discapacidad la denegación del permiso a la incapaz para gestar que ha tenido una hija gracias a un convenio de gestación por sustitución. El tribunal da una respuesta negativa porque considera que el concepto de «discapacidad» de la Directiva 2000/78 se refiere a limitaciones que aquejan a la persona y que afectan a su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Desde este punto de vista, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él, y por consiguiente la afección que aqueja a la madre subrogante Sra. Z. no afecta a su actividad profesional, y no constituye por tanto “discapacidad” en el sentido de la directiva. Finalmente, conviene aclarar que estas sentencias dejan claro que no cabe fundar en las anteriormente mencionadas normas de la UE el derecho de las madres (o padres) subrogantes a un permiso retribuido de maternidad, pero en modo alguno impide que los estados miembros puedan establecer tal derecho en su normativa nacional (tal y como expresamente se señala en la primera de las

sentencias) o que los tribunales puedan llegar a reconocerlo interpretando el ordenamiento interno. Sorprende por ello que algunos órganos judiciales hayan recibido esta jurisprudencia, con demasiado automatismo, como aval a una pura y simple negativa de carácter absoluto al reconocimiento del permiso de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. En todo caso, la doctrina de los TSJ sobre la materia está bastante dividida.

16. También la regulación comunitaria de los **permisos parentales** puede guardar alguna proximidad con ese tipo de cuestiones, aunque suscite al mismo tiempo una problemática propia, más ligada a las condiciones de ejercicio de los correspondientes derechos, e incluso a su titularidad, y más pendiente quizá de las consecuencias que para el contrato de trabajo o para las condiciones de empleo pudiera tener el uso efectivo de tales beneficios legales. Los permisos parentales han sido objeto de regulación en el ámbito de la Unión Europea a través de dos Directivas, la 34/96/CE y la 18/2010/UE, derogatoria la segunda de la primera. El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la regulación contenida en la primera de ellas en importantes sentencias que han ayudado a esclarecer, entre otros aspectos, el relacionado con la titularidad del permiso, que, por ejemplo, ha sido reconocida también a empleados públicos en asuntos como *Chatzi*, de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10), o, más recientemente, *Maistrellis*, de 16 de julio de 2015 (C-222/14). Sobre todo son significativos los pronunciamientos que han intentado proporcionar al permiso parental un grado de protección equiparable a otras instituciones más tradicionales como el permiso de maternidad. En el asunto *Zentralbetriebsrat*, de 22 de abril de 2010 (C-486/08) se insistió en que el derecho de disfrute de los permisos para el cuidado de los hijos no podía tener como consecuencia ninguna pérdida en el ámbito de los derechos laborales, en este caso concreto con relación a las vacaciones. En esta línea se sitúa el refuerzo concedido al trabajador que disfruta de un permiso parental en el terreno de las indemnizaciones por despido. En el asunto *Meerts*, de 22 de octubre 2009 (C-116/08), el TJUE señaló que una legislación nacional que llevara a una reducción de los derechos derivados de la relación laboral, en caso de permiso parental, podía disuadir al trabajador de acogerse a tal permiso e incitar al empresario a despedir, de entre los trabajadores, preferentemente a aquellos que se encontraran en situación de permiso parental. En el asunto *LyrecoBelgium*, de 27 de febrero 2014 (C-588/12) se ha insistido en que la garantía que pretende proporcionar el Derecho de la Unión Europea para el ejercicio de los permisos parentales comprende la totalidad de los derechos y ventajas derivados directa o indirectamente de la relación laboral a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario e incluye todos los relativos a las condiciones de empleo, como el derecho a una indemnización de protección en caso de resolución unilateral por el empresario sin que concurran razones imperiosas o justa causa.

17. Otro de los ámbitos materiales en los que la jurisprudencia comunitaria ha irrumpido con fuerza en los últimos años es el de la **contratación temporal**. El motivo es

fácil de entender. Junto a la problemática que en muchos aspectos suele plantear dicha modalidad de contratación, hay que tener en cuenta que estamos ante una materia específicamente tratada por el Derecho de la Unión Europea, que desde los años noventa del siglo pasado impone a los Estados miembros algunas exigencias básicas en la regulación de los contratos de duración determinada, dentro de sus objetivos generales de igualdad de trato y de mejora de las condiciones de trabajo. La norma comunitaria de referencia a estos efectos es la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, que acoge el Acuerdo marco celebrado a tales efectos entre la confederación sindical CES y las asociaciones empresariales UNICE y CEEP, de ámbito europeo, y que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de interés por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, normalmente a raíz de cuestiones prejudiciales promovidas por órganos judiciales de los Estados miembros. A resultas de esas solicitudes de interpretación, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar, por ejemplo, que el establecimiento de un plazo de preaviso diferenciado entre contratos temporales y contratos de duración indefinida con vistas a su extinción puede ser contrario al principio de igualdad de trato (sentencia TJUE de 13 de marzo de 2014, C-38/13, *MalgorzataNierodzik*); que la renovación sucesiva de contratos temporales por razones objetivas y por necesidades provisionales y no permanentes no se opone a las exigencias de la citada Directiva (sentencia TJUE de 13 de marzo de 2014, C-190/13, *Márquez Somohano*); que la exigencia de una duración mínima en la correspondiente prestación de servicios para la transformación del contrato temporal en indefinido se acomoda a lo dispuesto en la norma comunitaria (sentencia TJUE 3 de julio de 2014, C-362/13 y otros, *MaurizioFiamingo*); que se opone a la citada Directiva la renovación de contratos temporales a la espera de la conclusión de un proceso selectivo cuando no se indican plazos concretos de duración para dicho proceso y se excluye indemnización por eventuales perjuicios derivados de tal renovación (sentencia TJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13 y otros, *RaffaellaMascolo*); que es conforme con la Directiva comunitaria la norma nacional que no incluye medidas efectivas para sancionar abusos por la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público (auto TJUE de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, *León Medialdea*); que tampoco es conforme a esa regulación comunitaria la norma nacional que excluye al personal eventual de la Administración pública de la percepción de trienios sin justificación alguna en razones objetivas (sentencia TJUE de 9 de julio de 2015, C-177/14, *Regojo Dans*). Por cierto, la Directiva 1999/70/CE también ha motivado alguna sentencia de condena del TJUE, por incumplimiento por parte del Estado miembros implicado de sus obligaciones en relación con la finalidad de evitar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada en ciertos sectores de actividad (sentencia TJUE de 26 de febrero de 2015, C-238/14, *Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo*).

18. Próxima a la temática anterior es la relativa al **trabajo a tiempo parcial**, que también ha cobrado actualidad en la jurisprudencia reciente del TJUE, a partir de la

Directiva 1997/81/CE, que incorpora el Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial celebrado en su momento por los agentes sociales, en el que, entre otras reglas, se prohíbe el trato discriminatorio entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. El TJUE ha interpretado esta regla de manera muy generosa, y es conveniente recordar que la protección en estos casos no sólo alcanza al trabajo asalariado *stricto sensu*, sino también a quienes prestan servicios en el marco de una relación de carácter administrativo, como los funcionarios públicos, porque de lo contrario se privaría de efecto útil a la Directiva, y se desvirtuarían los principios de igualdad y no discriminación. En efecto, el Tribunal recurre a un concepto de trabajador propio del Derecho de la UE, y no coincidente con el que pueda operar en cada Estado miembro. Al margen de esa equiparación, conviene advertir que el Tribunal no siempre utiliza el trabajo a tiempo parcial como un término de comparación con entidad propia, sino que en ocasiones se apoya en otros criterios, bien conocidos por lo demás en la jurisprudencia española, pues la diferencia de trato no siempre se prohíbe por la mera condición de trabajador a tiempo parcial, sino a través de datos estadísticos para concluir que ese trato desigual supone una discriminación indirecta para la mujer. Así sucede en la STJUE *Vöβ*, que enjuicia un asunto originario de Alemania, donde el valor de las horas extraordinarias era inferior al valor de la hora ordinaria, y ello suponía que un trabajador a tiempo parcial podía llegar a realizar el mismo número de horas que un trabajador a tiempo completo percibiendo un salario inferior, por la diferencia de valor de las horas realizadas por encima de la jornada a tiempo parcial. La sentencia no contempla a los trabajadores a tiempo parcial como un colectivo merecedor de especial tutela en su mera condición de trabajadores con jornada reducida, pues la diferencia de trato únicamente resultará intolerable si indirectamente propicia una discriminación por razón de sexo. Por otro lado, el TJUE no se centra exclusivamente en garantizar los derechos del trabajador a tiempo parcial, sino que también atiende a los derechos del empresario y a la configuración misma del trabajo a tiempo parcial. Desde esa perspectiva, se llega a la conclusión de que no resulta conforme con el Derecho de la UE una normativa nacional que impone mayores cargas burocráticas al empresario que contrata a tiempo parcial frente al que contrata a tiempo completo. Las condiciones de trabajo tras la conversión de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, y en particular el impacto de la proporcionalidad, también ha ocupado al TJUE, especialmente en materia de vacaciones. En efecto, la doctrina del Tribunal deja claro que tras la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial el cálculo de las vacaciones –sea en relación con la retribución, sea eventualmente en relación con su duración– no puede tomar en consideración exclusivamente la jornada reducida, haciendo abstracción del momento de conversión del contrato, pues «la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo

completo». Ello no es óbice para que el Tribunal recuerde que, a salvo de estas situaciones, el cálculo proporcional es adecuado y compatible con el Acuerdo Marco, tanto en materia de vacaciones como de derechos salariales, inclusive en aquellos casos en los que el empresario no retribuye el trabajo efectivo, sino que entrega al trabajador cantidades que podrían calificarse de ventajas sociales, como por ejemplo complementos por hijo a cargo, cuyo importe puede depender, precisamente, del tiempo de trabajo pactado. En esa línea, el Tribunal no admite que pueda excluirse del disfrute de determinados derechos a los trabajadores a tiempo parcial con jornada muy reducida, prácticamente marginal, ya que esa exclusión es contraria a los principios de igualdad y no discriminación, y no puede justificarse ni por las dificultades de gestión administrativa, ni tampoco por razones presupuestarias. Sin embargo, esa doctrina se excepciona en situaciones de crisis empresarial, ya que los acuerdos de reducción de jornada durante un proceso de regulación de empleo pueden derivar en una minoración de los derechos de descanso con el objetivo de favorecer la eficacia del plan social; dicho de otra forma, los trabajadores que en virtud de proceso de reajuste vean reducida su jornada y se conviertan temporalmente en trabajadores a tiempo parcial podrían sufrir una disminución de la duración de sus vacaciones (y no simplemente un ajuste proporcional de salario). En el ámbito de la Seguridad Social el TJUE pretende garantizar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las mismas prestaciones que los trabajadores a tiempo completo, así como una aplicación razonable de las reglas para determinar el cumplimiento de los períodos de carencia o para calcular las prestaciones exigen matices para los trabajadores a tiempo parcial. En verdad, el criterio finalmente adoptado puede desplegar efectos distintos en atención a la configuración concreta del tiempo de trabajo, ya que el tiempo de trabajo puede concentrarse en determinados períodos, lo que derivaría en prestación de servicios prácticamente equiparable al trabajo a tiempo completo en unos momentos y a la completa inactividad en otros (trabajo a tiempo parcial vertical), o distribuirse de forma más o menos homogénea (trabajo a tiempo parcial horizontal). En relación con la pensión de jubilación, el TJUE ha considerado contrario al Derecho de la Unión la exclusión de los períodos de inactividad en los trabajos a tiempo parcial vertical. En efecto, debe computarse como período en alta, y por tanto cotizado, todo el tiempo de duración del contrato con jornada reducida, con independencia de la distribución de la jornada con carácter horizontal o vertical. En este ámbito destaca, aunque no es el único ejemplo, la STJUE *Elbal Moreno*, que enjuiciaba las reglas de cálculo del período de carencia de la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial establecidas en la LGSS. Esa sentencia concluye que el método de cómputo de los períodos cotizados, que pasaba por convertir las horas trabajadas en días teóricos de cotización, provocaba discriminación indirecta por razón de sexo en relación con el trabajo a tiempo parcial, porque podía suponer la denegación de la pensión a personas con más de quince años de actividad real. Como es conocido, esa sentencia motivó una reforma de urgencia de la legislación española, con el fin de establecer un método

distinto. En fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado compatible con el Derecho de la Unión una ley italiana que permite al empleador público convertir un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo en contra de la voluntad del trabajador (sentencia TJUE de 15-10-2014, asunto C-221/13, *Mascellani*).

19. Entre las condiciones de trabajo que cuentan con alguna regulación expresa dentro de la normativa de la Unión Europea figuran las **vacaciones**. Este tiempo de descanso anual tradicionalmente se ha vinculado a un previo período de trabajo, como una medida de seguridad y salud laboral; se trata, según esta concepción clásica, de un descanso “para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo” (STJUE de 09.09.03 Asunto *Jaeger*). No obstante, la doctrina sentada por el TJUE en aplicación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, cuyo ámbito de aplicación se extiende “a todos los sectores de actividades, públicas o privadas”, ha conformado un derecho a las vacaciones con un contorno mucho más amplio, acogiendo en su seno otras finalidades mucho más cercanas al esparcimiento, la diversión, el desahogo, el recreo y el ocio, y, por supuesto, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Las vacaciones han pasado a constituir un derecho que ha de disfrutarse en todo caso. Así ocurre cuando coinciden con los permisos de maternidad o paternidad o con los períodos de incapacidad temporal, tanto si éstos acaecen previamente a su período de disfrute o durante éste. En todos estos supuestos el derecho a las vacaciones no se extingue, sólo se desplaza su disfrute a un momento posterior. Las legislaciones internas podrán limitar su acumulación y establecer los criterios para determinar el momento de disfrute en caso de conflicto de intereses. Es tal la fortaleza del derecho a las vacaciones que su compensación económica sólo es posible si el contrato de trabajo se extingue. Así se ha reconocido en dos STJUE; una dictada con motivo una incapacidad permanente sobrevenida de un empleado público, y otra, ante el fallecimiento de un trabajador, supuesto éste en el que se reconoció el derecho de la viuda a percibir el salario correspondiente a ese derecho por los años en los que la incapacidad impidió el disfrute del derecho.

La retribución ha sido otro de los aspectos sobre los que ha sentado doctrina el TJUE, que se ha pronunciado a favor de mantener durante el período de vacaciones la retribución ordinaria. Dentro de ésta ha incluido todos los complementos personales y profesionales o de puesto de trabajo e, incluso el promedio de las comisiones percibidas, dejando a los Estados miembros la fijación de los criterios con los que valorar las comisiones dejadas de devengar precisamente por disfrutar de este período de inactividad laboral. Toda esta doctrina ha sido posteriormente aplicada por los Tribunales internos de los Estados miembros de la UE y, en el caso de España también ha sido objeto de una transposición normativa, que ha pasado por distintos avatares.

20. La regulación sobre el **despido colectivo** es de las que cuentan con mayor interés y mayor tradición en el derecho social comunitario, y pese a ello, curiosamente, no figura

entre las que hayan suscitado mayor número de intervenciones por parte del TJUE. En los últimos tiempos la situación, sin embargo, parece haber cambiado, pues hemos asistido a varias sentencias del TJUE acerca de esta relevante modalidad de despido, ligadas sobre todo a los problemas que a veces plantean las reglas relativas al cómputo numérico que inevitablemente entraña un despido colectivo y a su ámbito funcional de aplicación. Una de las sentencias más significativas en este sentido es la de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13), en la que se lleva a cabo precisamente una interpretación de las reglas del art. 1.1. a) de la Directiva 98/59 a propósito de la definición y el ámbito de medida de una decisión empresarial como la del despido colectivo, para resolver las dudas planteadas por el órgano jurisdiccional nacional de remisión respecto de la norma española de transposición (el art. 51.1 ET) que, a diferencia de la Directiva 98/59, optó desde el principio por utilizar la noción de empresa, y no la de centro de trabajo, como unidad de referencia para el cómputo de trabajadores afectados a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido. Para el Tribunal de Justicia, la empresa y el centro de trabajo son conceptos distintos, por ello, el art. 1.1 a) de la Directiva se opone a una normativa nacional que utiliza como unidad de referencia la empresa y no el centro, pero no en todo caso sino cuando con ello se obstaculiza el procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva. En definitiva, la sustitución del término “centro de trabajo” por el de “empresa” sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento no implica abandono o reducción de la protección de los trabajadores. Esta salvedad permite al Tribunal de Justicia defender la aplicación de este criterio jurisprudencial y concluir, al mismo tiempo, que la normativa española no se opone necesariamente al Derecho de la Unión por utilizar la empresa y no el centro de trabajo como unidad de cómputo, pues no siempre es un obstáculo a la puesta en marcha del procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva. No lo ha sido en el caso de autos, al no ser aplicación la Directiva, pues el centro de trabajo en el que se habían producido las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no tenía el número mínimo de trabajadores, de que habla la Directiva, para calificar el despido como colectivo (más de 20 trabajadores). De esta forma, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sin llegar a hacer ningún reproche al legislador nacional respecto de la fórmula elegida para transponer la Directiva 98/59. Pero, precisamente por ello, parece dejar en el aire una pregunta, de indudable repercusión práctica, relativa a cuál ha de ser, a partir de ahora, la unidad de cómputo que deben utilizar las empresas españolas al acordar extinciones de contratos, a los efectos de atribuir a esas extinciones alcance colectivo. En el asunto C-392/13 se plantean además otras cuestiones prejudiciales relacionadas con el tipo de extinciones que han de entenderse incluidas en el cómputo de trabajadores afectados, a los efectos de atribuir a la decisión empresarial un alcance colectivo. De nuevo, las diferencias en las redacciones del art. 1 de la Directiva y el art. 51 ET, han llevado, al órgano jurisdiccional remitente, a pedir también alguna orientación sobre la interpretación

que debe hacerse de la referencia de la Directiva “a los despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador”. En concreto, se duda sobre si cabe incluir en esta categoría las extinciones de contratos temporales por llegada del término o terminación de la obra o servicio, cuando son individuales. La razón que motiva la pregunta tiene que ver con el calificativo de colectivos que el art. 1.2 de la Directiva atribuye a los despidos efectuados en el marco de contratos de duración o para tareas determinadas, para excluirlos del ámbito de la Directiva. Sin embargo, para el TJUE, el art. 1.2.a) de la Directiva debe entenderse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un “despido colectivo” de acuerdo con dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o por una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato llega a su fin o se finaliza una tarea encomendada. Para el TJUE la exclusión de estas extinciones resulta claramente del tenor y del sistema de la Directiva.

21. También forma parte del núcleo clásico del derecho social comunitario la regulación de los efectos laborales de las operaciones comerciales o actos jurídicos de **transmisión de empresa**. Se trata además de un terreno en el que, a diferencia del anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los distintos núcleos temáticos que conforman el texto de la correspondiente Directiva (hoy en día, la 2001/23/ CE, 12 de marzo 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresa, centros de actividad o partes de la empresa o de centros de actividad). La labor del Tribunal europeo se ha centrado muy especialmente en la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva, y los problemas interpretativos que aborda giran en torno al objeto de la transmisión y al concepto mismo de empresa a los efectos de aplicación del art 1 de la norma comunitaria. Pero además, el tribunal europeo ha tenido oportunidad de adentrarse en el sistema de garantías, individuales y colectivas, instituidas por la Directiva; en relación con este bloque de regulación los pronunciamientos han sido menos numerosos, y la jurisprudencia se ha ocupado de manera señalada del núcleo fuerte de las garantías individuales, esto es, el principio de subrogación de los derechos y obligaciones entre cedente y cesionario. En relación con la obligación impuesta al empresario cesionario en el art. 3.3 Directiva 2001/23 de mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo, el Tribunal europeo se ha pronunciado en dos ocasiones recientes. En primer lugar, la STJUE de 18 julio 2013 (C-426/11) se manifiesta en el sentido de que las condiciones de trabajo que debe respetar el cesionario son las previstas en el convenio colectivo que estaba vigente en el momento de producirse la transmisión, no siendo admisible una normativa nacional que permita hacer valer frente al cesionario las cláusulas contractuales

de remisión dinámica a los convenios negociados y aprobados después de la fecha de la sucesión de empresa, cuando dicho empresario no tenga posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios. La posterior STJUE 11 septiembre 2014 (C- 328/13) se pronuncia por primera vez sobre el sentido y alcance del término temporal de la garantía del mantenimiento del convenio de origen, precisando qué se entiende por convenio colectivo vigente y cuándo cesa la obligación del cesionario de respetar el convenio de origen de la cesionaria. El art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CE garantiza a los trabajadores cedidos la continuidad en la aplicación del convenio de la cedente, pero lo hace con carácter temporal, hasta que el convenio pierda su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio en la cesionaria. La STJUE 11 septiembre 2014 aclara, como ya hizo antes nuestro Tribunal Supremo, que el convenio en fase de ultraactividad es un convenio vigente a los efectos de mantener la garantía de aplicación del convenio de origen. En todo caso, el art. 3.3 de la directiva no garantiza por sí mismo una ultraactividad indefinida hasta que se negocie un nuevo convenio en la cesionaria, sino que se remite a la normativa nacional sobre vigencia y, en su caso, ultraactividad de los convenios. Tanto el art. 3.3 de la norma comunitaria como el art. 44.4 ET dejan sin resolver qué ocurre cuando el convenio de la cedente pierde definitivamente su vigencia sin que todavía se haya negociado un nuevo convenio en la cesionaria. En nuestro país el problema se puede plantear cuando, de acuerdo con el art. 86 ET, se negocie que el convenio no tenga ultraactividad, o cuando existiendo ultraactividad limitada ésta finalice sin que exista otro convenio de ámbito superior que resulte aplicable. La solución contractualizadora que aporta la sentencia del Tribunal Supremo español de 22 diciembre 2014 puede aplicarse en consonancia con la jurisprudencia europea. El Tribunal europeo considera que el objeto del art. 3.3 de la Directiva no es mantener la aplicación del convenio como tal sino “las condiciones de trabajo” previstas en el mismo, de tal manera que lo importante es conservar los derechos de los trabajadores transferidos, “sin que el origen específico de su aplicación sea determinante” e “independientemente de la técnica utilizada para hacer estas condiciones de trabajo aplicables a los interesados”.

LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA: LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

ENRIQUE MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ

Profesor en el Título propio de Experto en Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

Los fenómenos de envejecimiento que sufren los países europeos llevan aparejados la creciente demanda de prestaciones sociales que hasta ahora no se encontraban suficientemente reconocidas en los tradicionales sistemas de protección social. Son los denominados “*longterm care*” y que, en España, han venido a concretarse como “atención a las situaciones de dependencia”.

La reciente Ley 39/2006 de atención a la dependencia, incorpora en el sistema de protección social español dos novedades principales. La primera supone la innovación de garantizar la protección social preferentemente en base a servicios sociales de carácter profesional. La segunda innovación radica en que la provisión de tales prestaciones se articula a como una competencia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que adquiere una especial relevancia en el caso de un Estado compuesto y altamente descentralizado como España.

1. Introducción

La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países que, como en el caso de España, sufren el fenómeno del creciente proceso de envejecimiento de sus poblaciones. El alargamiento de la esperanza de vida (en el caso español situado en 80 años en los varones y 85 en las mujeres¹) lleva aparejado la creciente demanda de determinadas prestaciones de cuidado en la última etapa de la vida de las personas que, hasta ahora, no habían previsto suficientemente los sistemas públicos de protección social. Son los que se denominan “*longterm care*”, y que en España han venido a concretarse como “atención a las situaciones de dependencia”.

¹ Dato de la esperanza de vida al nacer 2013, Instituto Nacional de Estadística (INE).

La atención a la dependencia se ha constituido así como el más joven de los ámbitos de protección que ofrece el sistema de protección social en España. Nacido del Acuerdo de diálogo social suscrito en diciembre de 2005 por las organizaciones sindicales CCOO y UGT, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y el Gobierno de la nación, su concreción jurídica se ha dado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAAD).

Su objetivo es el de garantizar una serie de prestaciones que atiendan las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. Se trata en gran medida de personas de edad avanzada, pero no sólo ellos. Así, en el caso español, se define la situación de dependencia como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

El objeto de la ley 39/2006 LAAD es el de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia mediante la provisión de unas prestaciones adecuadas a través del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

De este modo, la norma incorpora dos novedades principales respecto del diseño que hasta ahora presentaba el sistema de protección social tradicional en España.

De un lado, supone la innovación de garantizar la protección social en base preferentemente a servicios sociales de carácter profesional. Que se reconocen en este caso como un derecho subjetivo de los ciudadanos; situación ciertamente novedosa ya que hasta ahora los servicios sociales solían tener carácter discrecional (generalmente ligado a la disponibilidad presupuestaria) y en muy pocas ocasiones tenían reconocido tal rango normativo de derecho subjetivo. Del mismo modo, el sistema de protección social parece aquí alejarse de la lógica de prestaciones monetarias que es mayoritaria en el caso español.

Se establece así una fórmula de protección en base a la provisión preferentemente de servicios profesionales y sólo de forma excepcional mediante prestaciones económicas cuando los dependientes sean atendidos por cuidadores familiares. Con ello se busca un triple objetivo: garantizar una atención de calidad para las personas en situación de dependencia; ayudar a la emancipación de la mujer en su rol tradicional de “cuidadora” informal en el hogar; y optimizar el efecto de la inversión pública sobre la promoción de la actividad económica y la creación de empleo.

El catálogo de prestaciones incluye los siguientes servicios:

- Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal.
- Servicio de teleasistencia.
- Servicio de ayuda a domicilio.
- Atención de las necesidades del hogar.
- Cuidados personales.
- Servicio de centro de día y de noche:
- Centro de día para mayores.
- Centro de día para menores de 65 años.
- Centro de día de atención especializada.
- Centro de noche.
- Servicio de atención residencial.
- Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
- Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.
- Prestación económica vinculada a un servicio.
- Prestación económica de asistente personal.
- Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

La segunda novedad que incorpora la Ley 39/2006 LAAD radica en que la provisión de tales prestaciones se articula a como una competencia concurrente entre el Estado² y las Comunidades Autónomas³. Ello supone una nueva forma de entender la forma en la que hasta ahora se venían gestionando las prestaciones sociales en España, generalmente entendidas como competencia exclusiva de una de las administraciones (Estado o Comunidad Autónoma).

De este modo, la ley tiene como objeto establecer un marco de colaboración de todas las Administraciones Públicas (central, autonómica y local) y la garantía de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos con independencia del territorio del Estado en el que resida.

2 Cabría identificarlo con el Gobierno Federal en el caso de Brasil.

3 Cabría identificarlo con los Estados brasileños (regiones).

El Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (SAAD) es el primer ámbito del sistema de protección social que ha nacido y se ha puesto en marcha desde sus inicios en el marco del que en España se conoce como Estado Autonómico, en un contexto caracterizado por una amplísima descentralización competencial Estado-Comunidades Autónomas. Este hecho supone, en sí mismo, una importante novedad ya que hasta ese momento todos los ámbitos de protección social habían nacido en el contexto de un Estado marcadamente centralista, en dónde las Administraciones autonómicas no participaron en su diseño y se habían limitado a recibir las transferencias (principalmente de gestión) de dichos ámbitos.

De esta forma, el SAAD supone la primera experiencia práctica de cómo es posible seguir desarrollando el sistema de protección social en un marco de amplia descentralización competencial, haciendo compatible el desarrollo de condiciones básicas comunes en todo el Estado y la participación cooperativa de las Administraciones central y autonómicas en su diseño y gestión. Así, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD compuesto por la Administración General del Estado y las comunidades autónomas se configura como el principal órgano de decisión sobre el sistema de dependencia, mientras que el Estado central sólo se reserva en exclusiva una serie de competencias generalmente referidas al régimen económico del nivel mínimo de financiación.

Sin duda es en esta segunda novedad, concibiendo este ámbito de protección como una competencia concurrente entre Estado y Comunidades Autónomas, donde reside la mayor complejidad jurídica que el Sistema de Dependencia ha aportado al modo que hasta ahora se tenía de entender el Sistema de protección social español. Por cierto, una aportación jurídica que consideramos imprescindible en un marco de Estado compuesto como el español, fuertemente descentralizado y, por tanto, que por ello tiene el reto de ser capaz de compaginar tal descentralización con el mantenimiento de una garantía de igualdad de todos los ciudadanos al acceso a las prestaciones que debe ofrecer el Sistema de protección social.

2. La dificultad de determinar quién tiene la competencia: el “cuarto pilar” del Estado de Bienestar

Como decíamos, hasta ahora, todos los ámbitos de protección social habían nacido en el contexto de un Estado marcadamente centralista en dónde las administraciones autonómicas no participaron en su diseño y se habían limitado a recibir las transferencias (principalmente de gestión) de dichos sistemas. No obstante, desde que dicho proceso de transferencias comenzó, a mediados de los años ochenta, lo cierto es que la capacidad competencial *de facto* de las CCAA ha ido aumentando y, superada ya la mera gestión, cada vez tienen mayor capacidad legislativa sobre los mismos, cuando no incluso exclusiva, tal y como ya hemos visto antes.

Surge ahora el problema de cómo construir un nuevo ámbito concreto de protección en un contexto en el que varias administraciones compiten por tener la competencia al respecto.

La solución encontrada ha sido la de evitar deliberadamente esta polémica. O más bien, encontrar puntos intermedios que aporten equilibrio a posiciones de pretendido monopolio.

Desde el preámbulo mismo de la Ley 39/2006 se hace una configuración del Estado de Bienestar constitucional en base a tres pilares: protección sanitaria, de la Seguridad Social y de los Servicios Sociales. Los dos primeros, entendidos como elementos fundamentales de protección ya existentes en 1978, mientras que el tercero se ha incorporado con posterioridad. De modo que la atención a las situaciones de dependencia se presenta como un nuevo “cuarto pilar” de este sistema de bienestar.

Existe, a nuestro juicio, en este planteamiento de la Ley un intento por encontrar a la atención a la dependencia un espacio nuevo, fuera de los ámbitos de protección pre-existentes, que en parte le permitiría justificar su construcción sin atender a parámetros competenciales ya definidos con anterioridad para otras materias.

Desarrollando este mismo planteamiento, el punto 2 del preámbulo de la Ley de Dependencia establece que *“(s)e trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de ese sistema”*. Sin embargo, no supone una diferenciación absoluta con los servicios sociales⁴. Se trata más bien de un espacio que a veces actúa como desarrollo, otras complemento y, en ocasiones, incluso como parte constitutiva del Sistema de Servicios Sociales.

Precisamente para terminar de ubicar la dependencia en un espacio nuevo y propio, es también muy significativo que la Ley no mencione la asistencia social en la composición del mapa de protección que configura⁵. Al contrario, en todo momento tiende a

4 De hecho, el articulado de la Ley con frecuencia señala la imbricación de los servicios de dependencia en el marco del Sistema de Servicios Sociales, como es el caso del artículo 14.2 donde establece que los servicios del SAAD “se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas”; y otro tanto hacen los arts. 16.1 y 29.1, entre otros.

5 A este respecto es significativo el hecho de que la Ley 39/2006 sólo mencione una vez la Asistencia Social. Lo hace en el preámbulo y precisamente para señalar que el nuevo ámbito de protección de la dependencia nace como un espacio propio que, no obstante, respeta otros espacios de protección ya existentes que hayan podido ir creando las Comunidades Autónomas en base al título competencial de la Asistencia Social. En concreto, la fórmula exacta que utiliza es la siguiente: *“En este sentido, la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE), justifica la regulación, por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución.”*

confundirla calculadamente con los servicios sociales. Con ello se intenta conseguir evitar cualquier pretensión autonómica de monopolizar este campo de protección⁶ en base al art. 148.1.20ª de la Constitución.

Pero, igualmente, la Ley también elude ubicar el nuevo ámbito de protección en el marco de la seguridad social. Lo que cabría haber hecho, por ejemplo, entendiendo las prestaciones de dependencia como prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social prestadas en base al art. 38 LGSS⁷. Ello a su vez también habría permitido al Estado Central disponer de un marco competencial casi exclusivo para su regulación en virtud del art. 149.1.17ª CE.

Por último, y aunque se reserva un papel específico a la asistencia sanitaria en la formulación de los pilares del Estado de Bienestar, lo cierto es que la Ley 39/2006 apenas si hace alguna vaga referencia a la misma. Generalmente, para señalar el carácter socio-sanitario de las prestaciones de atención a la dependencia. Pero en ningún caso invoca (ni tan siquiera menciona) los preceptos constitucionales que regulan la competencia en materia de salud (arts. 149.1.16 y 148.1.21 CE). Por lo que tampoco entiende el legislador que este ámbito competencial deba ser el de referencia para la materia.

3. El Principio de cooperación como clave de bóveda de la Ley de Dependencia

Como queda claro, la decisión final del legislador ha sido la de buscar un punto de equilibrio, equidistante de posiciones de monopolio competencial. Más allá, el punto 3 del preámbulo de la Ley invoca por primera vez, y lo hace hasta en 17 ocasiones a lo largo de la Ley, el “*principio de cooperación*” necesario para conformar este nuevo ámbito de protección: “*Se trata, pues, de desarrollar, a partir del marco competencial, un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias*”.

Concretamente, además del preámbulo de la Ley, invocan este principio el art. 3 que establece los principios de la norma, el art. 8 que regula el Consejo Territorial y sus funciones como principal instrumento de decisión del Sistema de Dependencia, el art. 10 que define una marco concreto y específico de cooperación entre Estado Central y CCAA, el art. 32 que regula la financiación y el art. 39 que define los mecanismos de control del

6 ALARCÓN CARACUEL, M. R. “Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia” en *Temas Laborales. Monográfico sobre Protección Social de la Dependencia. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* nº 89, Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, Granada, 2007, p. 134.

7 Esta fue la tesis defendida por las organizaciones sindicales en el proceso de Diálogo Social. Para una exposición más pormenorizada de la posición de los demás agentes sociales y el debate suscitado en torno a ello, vid: MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. “La atención a la dependencia en el diálogo social” en REGUERO CELADA, J. Y GARCÍA TARASCASAS, A. Cuestiones sobre dependencia. Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 88-90.

fraude. Podríamos decir que el principio de cooperación atraviesa la ley y se erige como la espina dorsal del nuevo Sistema planeando sobre sus elementos fundamentales.

Además, el principio de cooperación es la solución prevista para solucionar el (previsible) conflicto competencial⁸, y, quizá, sea precisamente esta solución una de las mayores aportaciones que puede hacer este Sistema a la modernización de la protección social española.

Son muchísimos los conflictos de competencias previos en materia de protección social que han terminado en el Tribunal Constitucional y para los que éste ha terminado por relativizar las competencias exclusivas⁹. De hecho, son varios los autores que proponen el principio de cooperación como un posible cauce de solución para un reparto de la distintas materias de modo que *“el criterio general (...) de distribución no es la separación ni la exclusividad desde la perspectiva de las distintas materias o sectores de actuación administrativa, sino que es necesaria la colaboración entre las diversas instancias para la normalización y ejecución de dichas materias”*¹⁰.

En este sentido, hemos de señalar dos sentencias del Tribunal Constitucional que son especialmente claras y respecto de las que algunos autores han situado la Ley 39/2006 en su línea doctrinal¹¹. Nos estamos refiriendo a las STC¹² 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14, donde afirma que *“[el principio de cooperación] se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución”*; y por su parte, la STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7, dónde se defiende que *“la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno [Estado] y otras [Comunidades Autónomas] a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”*.

8 De hecho, la Comunidad Foral de Navarra llegó a interponer recurso de inconstitucionalidad a la Ley el 27 de marzo 2007 (BOE nº 93 de 18 de abril de 2007, p: 16918) si bien desistió de éste en fecha 22 de enero de 2008 (BOE nº 36 de 2 de febrero de 2008, p: 7269). Se ha de señalar en este punto que tanto la presentación del recurso como su desistimiento fue realizado en la misma legislatura y por el mismo gobierno autonómico.

9 Principalmente el Tribunal Constitucional ha tendido a relativizar la competencia exclusiva de las CCAA en materia de asistencia social, ya que, como se ha comentado, el art. 148 CE no especifica que esté hablando de competencias “exclusivas”, como sí lo hace el art. 149 CE cuando habla de las competencias del Estado. Para un análisis pormenorizado de la doctrina y jurisprudencia del TC en materia de asistencia social, vid: MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea. Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pp. 159-178.

10 FERNÁNDEZ FARRERES, GERMAN J. “El principio de colaboración Estado-Comunidades Autónomas y su incidencia orgánica” en VVAA, Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas), Vol. II, Colección Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pp.1003-1004.

11 ALARCÓN CARACUEL, M.R. “Cuestiones competenciales...” op. cit., p. 135.

12 STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

4. Ley de condiciones básicas, con algunas peculiaridades

Así pues, la Ley 39/2006 se ha terminado por configurar como una Ley de condiciones básicas con ciertas peculiaridades que permiten en todo caso arbitrar un curioso, por novedoso, mecanismo de cooperación interadministrativa.

Sin entrar en el debate en torno a si es exactamente lo mismo o no una Ley de “condiciones básicas” o una Ley “básica” o de “normas básicas”¹³, hemos de indicar que en cualquier caso el objetivo político de elaborar cualquiera de estas normas es el de conseguir un marco normativo unitario que permita su aplicación en todo el Estado destinado a asegurar el interés general y en cuyo proceso el Estado central asume un papel impulsor de liderazgo.

En el caso de la Ley 39/2006 el legislador ha optado por justificar su acción invocando el artículo 149.1.1ª CE, que establece la competencia exclusiva del Estado Central para “*la regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. Sin embargo, la elección de este título competencial ha sido duramente criticada¹⁴ por cuanto aunque pueda tener una justificación política su elección, (básicamente por coincidir la consideración filosófica del precepto con el espíritu y contenidos de la norma), como ya se ha señalado, no es menos cierto que existe doctrina constitucional que señala que el art. 149.1.1ª CE “*no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento*”¹⁵; por lo que no cabe utilizarlo en materias que no tienen el reconocimiento de derechos fundamentales, como es el caso de la atención a la dependencia, en cuya construcción se mencionan únicamente los arts. 49 y 50 (atención a mayores y personas minusválidas) que son, en realidad, principios rectores de la política económica y social y no derechos con tutela efectiva propiamente dichos.

Ya hemos visto en un capítulo anterior que a nuestro juicio, cabe interpretar la capacidad del artículo 149.1.1ª CE en cualquier caso como una “regla hermenéutica” que permita interpretar el alcance de las competencias que realmente tiene por obra de otros preceptos. Algo así como actuar a modo de patrón general que ayude a dictaminar el

13 La STC 149/1991 de 4 julio intenta hacer una delimitación de los tipos de normas básicas que existen, pero SsTC 61/1997, de 20 de marzo, y 37/2002, de 14 de febrero, ya han negado que en sentido estrictamente jurídico las condiciones básicas puedan ser consideradas “... *sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”*”, vid: SUÁREZ CORUJO, B. La protección social... op. cit., p. 173.

14 Entre otros autores por FERNANDO PABLO, M. “Política estatal y dependencia. Cuestiones generales” en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TARASCASAS, A. Cuestiones sobre Dependencia... op. cit., pp. 126-130; ALARCÓN CARACUEL, M. R.. “Cuestiones competenciales...” op. cit. p: 14; y SUÁREZ CORUJO, B. La protección social en el Estado de las Autonomías. Un examen de los artículos 149.1.17ª y 148.1.20ª ante los procesos de reforma estatutaria. Iustel, Madrid, 2006, pp. 170-171.

15 STC 61/1997 de 20 de marzo, en su FJ 7 establece una delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1ª CE.

punto de equilibrio en el que puedan cooperar el Estado y las Comunidades Autónomas cuando en una materia concreta ambos cuenten con competencias propias. Pero, incluso a pesar de todo lo anteriormente expuesto, no es menos cierto que tampoco hay muchos mejores preceptos constitucionales sobre los que asentar la justificación de elaborar una norma estatal básica que, como ésta, pretende regular un ámbito de protección *ex novo*.

Se han señalado¹⁶ posibles alternativas entre las que directamente excluiríamos aquellas que hacen referencia al ámbito competencial de la seguridad social (art. 149.1.17^a CE) o de la asistencia social (148.1.20^a CE) por pretender el legislador no vincularla a ninguno de estos dos ámbitos de protección.

Así, el art. 149.3 CE cabría ser invocado a modo de cláusula residual a favor de la competencia estatal para todas aquellas materias no contempladas expresamente ni en el artículo 148 CE (competencias autonómicas) ni en el 149 CE (competencias estatales) y que, además, no hayan sido objeto de asunción competencial por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el hecho de que la atención a la dependencia venga estando (aunque sólo en parte) asumida por las Comunidades Autónomas en el marco de la asistencia social y los servicios sociales, limita a efectos prácticos la utilización de este precepto.

Si a ello, además, añadimos el hecho de que el art. 149.3 CE establece que “(e)l derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”, viene a limitar aún más las posibilidades que ofrece. Precisamente en tanto que ya se dispone de numerosa normativa autonómica caracterizada por su heterogeneidad, lo que persigue una Ley de condiciones básicas en esta materia es dar cierto carácter unitario no sólo en la excepción de lo no regulado sino en la generalidad de lo ya establecido.

Si también tenemos en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este precepto ha señalado en STC 15/1989, de 26 de febrero, que “*en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado*”, su virtualidad para el objeto que persigue el legislador es todavía menor¹⁷.

Otra posibilidad la aporta el art. 150.1 CE, que abre el cauce para establecer una “Ley marco” sobre materias de competencia estatal que atribuya a las Comunidades

16 En buena medida, el esfuerzo por sistematizar posibles alternativas corresponde a ALARCÓN CARACUEL, M.R. “Cuestiones competenciales...” op. cit., pp. 136-140.

17 A este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando de manera no siempre lineal. En un principio (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, y 49/1984, de 5 de abril) se defendía la capacidad casi ilimitada del Estado para legislar sobre cualquier materia aún sin poseer un título específico para ello. Y posteriormente, (SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 marzo) la doctrina comienza a situarse en los términos arriba comentados. Para un análisis más pormenorizado de la evolución de la doctrina sobre este precepto, vid: MARTÍN REBOLLO, L. Constitución Española. Thomson Aranzadi, Madrid, 2003, pp. 173-176.

Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Sin embargo, como hemos visto, el legislador tampoco cree contar con una materia que sea competencia exclusivamente central, por lo que invocar una Ley marco sería igualmente dificultoso.

Y en el mismo sentido, el art. 150.3 CE, posibilita el dictado de una “Ley de armonización” de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a las competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Si bien se establece el requisito de obtener para dicha norma el refrendo de la mayoría absoluta del Congreso y del Senado.

Aunque existe la posibilidad técnica de invocar este precepto, lo cierto es que sólo se ha utilizado una vez y con resultado fallido. En junio de 1982 el Parlamento aprobó la LOAPA (Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico), pero antes de su publicación fue recurrida al Tribunal Constitucional y declarada en sus partes nucleares inconstitucional por la STC 76/1983, de 5 de agosto. Entre otros motivos porque se apreció que este precepto puede ser invocado *“sólo en aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general”*; como podría ser, por ejemplo, una ley de condiciones básicas como el caso que nos ocupa.

Así las cosas, aún siendo conscientes de la posible “inexactitud técnica” que podría suponer en el más ortodoxo de los escenarios invocar el art. 149.1.1ª CE para establecer una Ley de condiciones básicas en esta materia, hemos de reconocer que, en todo caso, este es el principio constitucional que mejor se ajusta cuando menos a la filosofía de la norma. Y este “ajuste” (político, si se quiere) se refuerza mucho más cuando tomamos en consideración las particularidades que el legislador ha previsto para compatibilizar la norma básica con el principio de cooperación interadministrativa que ha de regir este nuevo ámbito de protección.

En todo caso sería necesario acometer la reforma de la Constitución para poder disponer de un marco competencial más perfeccionado que, en su caso, posibilitase la actuación estatal en los términos que se persiguen en la Ley 39/2006.

5. La clave del Consejo Territorial del Sistema de atención a la Dependencia

Para hacer compatibles la necesidad de establecer una normativa básica y común en todo el Estado que, no obstante, permita que las Comunidades Autónomas vean respetada su legítima capacidad de intervención, la lógica que sigue la Ley 39/2006 es bastante sencilla. El núcleo principal de la idea consiste en que el Estado mantiene formalmente su capacidad para establecer condiciones básicas comunes para todo el Estado, pero decide acordar éstas previamente con las Comunidades Autónomas. De modo y manera que, en

cooperación con el Estado son las Comunidades Autónomas quienes de facto establecen los contenidos de las condiciones básicas comunes.

Quizá la principal innovación de la Ley 39/2006 LAAD consiste en haberse dotado de un instrumento específico para hacer efectivo el principio de cooperación entre administraciones en la figura del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)¹⁸ atribuyéndole competencias de claro alcance. Obviamente se recoge aquí el precedente de las Conferencias Sectoriales, pero en este caso se perfecciona elevando su marco jurídico de referencia a una Ley específica y dotándolo de un amplio catálogo de atribuciones específicas que son precisas para la puesta en marcha, seguimiento y aún reforma del propio Sistema de atención a la Dependencia.

Como ya hemos analizado, los espacios habilitados hasta ahora en el Estado para que participen las Comunidades Autónomas en cada uno de los ámbitos de protección social que comparten (sanidad, empleo, servicios sociales, etc.), las Conferencias Sectoriales, tienen una naturaleza jurídica insuficiente y en la práctica han servido en no pocas ocasiones como un mero espacio de confrontación política entre diferentes opciones electorales antes que como un órgano propiamente de cooperación. Ya hemos dicho que a nuestro juicio no hay una única causa que explique el mal uso y los en ocasiones limitados resultados que suelen tener estas Conferencias Sectoriales. Se ha puesto de manifiesto los condicionantes de orden político tales como la falta de sentido de Estado en unos casos, ausencia de un ideal ético superior de servicio público que anteponga la leal colaboración entre administraciones a la mera disputa partidaria-electoral a corto plazo, etc. Sin embargo, también podemos señalar causas de orden técnico-jurídico derivadas de un diseño ineficaz que, combinadas con las anteriores, viene a reforzar un resultado ciertamente mejorable. En este segundo grupo de causas destaca el hecho de que los acuerdos, o su ausencia, de las Conferencias Sectoriales no tengan necesariamente carácter vinculante sobre los temas debatidos, rebaja enormemente el interés práctico que sus integrantes puedan depositar en sus reuniones. Cuestión que sin duda influye en la percepción de quienes acuden a estos órganos, reforzando las posturas de quienes lo hacen con un interés distinto que el de resolver cuestiones prácticas que mejoren la protección de los ciudadanos.

El Consejo Territorial ha nacido con la intención de superar este problema¹⁹. El mismo preámbulo de la Ley lo señala como la figura destacada de *“una serie de mecanismos*

18 El art. 2.2 del Decreto Ley 20/2012 de 30 de julio procedió a fusionar este órgano con la Conferencia Sectorial de Asuntos, bajo la nueva denominación de Consejo Territorial de Servicios Sociales y el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

19 En este sentido la doctrina científica no ha dudado en interpretar que *“(l)a Ley 39/2006 ha supuesto un paso importante para la renovación y modernización de nuestro sistema de protección social (...). El éxito de la Ley dependerá de que se articule adecuadamente la colaboración y coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas, a través del Consejo Territorial del Sistema, evitando desajustes, conflictos o disfunciones, para*

de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas” y en la que también podrán intervenir las Corporaciones Locales²⁰ y que dará lugar a “*un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias*”. A él se le encomienda el desarrollo de la práctica totalidad de materias que precisan desarrollo normativo de la Ley, como veremos más adelante.

El Consejo Territorial viene regulado por el art. 8 de la Ley 39/2006 y, como hecho significativo del nuevo paradigma que supone su modelo innovador, ha permitido que las Comunidades Autónomas tengan mayoría de representantes en su seno. No obstante, hemos de señalar que este gesto no tiene mayor efecto que el meramente estético, ya que el Reglamento del Consejo Territorial ha establecido un sistema de adopción de acuerdos por el que es absolutamente necesario que se cuente con el voto favorable del Gobierno de la nación y, al menos, de la mayoría de las Comunidades Autónomas. Con lo que el hecho de quienes en una u otra delegación tengan mayoría nominal resulta irrelevante a efectos prácticos.

Sin embargo, sí se inscribe en la corriente más novedosa el hecho de que no basta que el Gobierno de la nación desee adoptar un acuerdo en una línea concreta si ésta no tiene la aprobación de, al menos, la mayoría de las 17 Comunidades Autónomas. E Igualmente sería imposible adoptar un acuerdo con el que estuviesen de acuerdo todas las CCAA, sin el visto bueno del Gobierno de la nación.

El Consejo Territorial creado en el marco del Sistema de Dependencia no es la primera Conferencia Sectorial que incorpora este método de adopción de acuerdos, pero sí es el primero en establecer por Ley qué materias concretas deben ser objeto de tales acuerdos. Aquí es donde radica la esencia del nuevo modelo propuesto.

Puesto que la materia de atención a la dependencia es un ámbito de protección *ex novo* y se ha considerado que no es competencia exclusiva de ninguna administración, su regulación y desarrollo debe obligatoriamente hacerse de acuerdo al principio de cooperación interadministrativa en el seno del Consejo Territorial²¹. Posteriormente a

que la puesta en práctica del sistema sea coherente y respetuosa con las competencias y responsabilidades de unos y otros, en la persecución de unos objetivos, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia tarea solidaria, común y compartida.”, vid: RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Editorial. La cobertura de la situación de dependencia” en *Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica*. Número 5. La Ley, Madrid, 2007, p. 13.

20 El punto 4 del preámbulo de la Ley establece esta posibilidad, que se ha visto finalmente confirmada en el Reglamento interno del Consejo Territorial que les ha conferido 2 plazas, si bien el sistema de toma de acuerdos les reserva un papel muy secundario sin trascendencia efectiva.

21 De hecho, el Gobierno de la nación sólo se ha reservado la toma de decisión unilateral de elementos que tienen que ver con materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, como las características del Convenio especial del cuidador familiar para su alta en la Seguridad Social, vid: Disposición adicional cuarta de la Ley 39/2006 y RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

estos acuerdos, el Gobierno de la nación procede a transponerlos a reglamentos propios utilizando para ello el instrumento jurídico oportuno que establece la Ley (Real Decreto, Orden Ministerial, Resolución del IMSERSO o publicándolos en el Boletín Oficial del Estado como Acuerdos del Consejo Territorial).

Como decíamos anteriormente, al Consejo Territorial se le encomienda el desarrollo de la práctica totalidad de materias de la Ley que precisan de desarrollo normativo. Aunque el art. 8 señala expresamente algunas funciones que considera especialmente importantes, lo cierto es que la norma se haya constantemente saeteada de referencias a ello en todas las materias de importancia.

Para poder tener una visión global de la estructura de toma de decisiones establecida en la Ley, podemos hacer un análisis de la misma por materias que deben ser acordadas por el Consejo Territorial y, en su caso, deben ser objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno de la nación²²:

DE CARÁCTER GENERAL: constitución y aprobación del reglamento sobre organización y funcionamiento del Consejo Territorial. (art. 8. 2 y Disposición final segunda); constitución y aprobación del reglamento sobre organización y funcionamiento del Comité Consultivo (art. 40 y Disposición final tercera); el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10 (art. 8.2.a)²³.

RELACIONADOS CON LA VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA: los criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas (art. 27.1); el baremo a que se refiere el artículo 27, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración (arts. 8.2.c y 28.5); la aprobación del baremo (art.27.2); Grado y nivel de quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o el complemento de ayuda de tercera persona (Disposición Adicional novena).

RELACIONADOS CON LA ACCIÓN PROTECTORA: los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos, de acuerdo con los artículos 10.3 y 15 (art. 8.2.b); las intensidades de protección de los servicios del Catálogo, según grado y nivel de dependencia y la compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones (art. 10.3 y Disposición final quinta); los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones

22 MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. y GARCÍA-DE LA ROSA EXPÓSITO, P. "El primer año de Ley de Dependencia. Breve radiografía de la implantación y desarrollo del primer sistema de protección social de la España de las Autonomías" en VV.AA. Los Retos del trabajo y la sociedad en España. Gaceta Sindical reflexión y debate nº 10. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2008, pp. 227-229.

23 A su vez, con los criterios establecidos en este marco de cooperación general, el Gobierno de la nación establecerá con cada Comunidad Autónoma bilateralmente un Convenio de Colaboración como instrumentos necesario para desarrollarlo (art. 10).

económicas (arts. 17, 18 y 19 y Art. 8); los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas (arts. 17, 18 y 19); medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España (art. 5.3); las condiciones de acceso de los emigrantes españoles retornados (art. 5.4); los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia (art. 8.2); los criterios, recomendaciones y condiciones mínimas de los Planes de Prevención (art. 21); la adopción de un Plan Integral de atención a los menores de 3 años en situación de dependencia (Disposición adicional decimotercera); la cobertura privada de las situaciones de dependencia y tratamiento fiscal de los instrumentos privados de dicha cobertura (Disposición adicional séptima).

RELACIONADOS CON LA FINANCIACIÓN: las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas (previstas en el artículo 20 y en la Disposición Adicional primera); la cuantía de las prestaciones económicas reguladas en la ley (art. 20); los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios (art. 8.2.d); la capacidad económica del solicitante (art. 14.7); la participación de los beneficiarios en los costes de los servicios (art. 33); el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado (art. 9.1)

RELACIONADAS CON LA CALIDAD: los Criterios comunes de acreditación de centros y planes de calidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 34.2); los planes, proyectos y programas conjuntos (art. 8.2.f); los criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios (art. 34.2); los indicadores de calidad para la evaluación, la mejora continua y el análisis comparado de los centros y servicios del Sistema (art. 34.3); guías de buenas prácticas (art. 34.3); cartas de servicios, adaptadas a las condiciones específicas de las personas dependientes (art. 34.3); estándares de calidad para cada uno de los servicios que conforman el catálogo (art. 35.1); los criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema (art. 8.2); determinación de las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se corresponden con el catálogo de prestaciones del Sistema. (art. 36.1).

RELACIONADO CON EL SISTEMA DE INFORMACIÓN: la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes (art. 8.2 h); los objetivos y contenidos de la información. (art. 37.1)

De este modo, el Consejo Territorial se ha constituido en la práctica en una Conferencia Sectorial dedicada a la protección de las situaciones de dependencia. Esta institución ha resuelto bien los dos primeros problemas jurídico-técnicos que hemos visto que afectan a las Conferencias Sectoriales, esto es, la necesidad de establecer con claridad cuáles son las materias concretas sobre las que ha de operar y el de reglar adecuadamente su funcionamiento interno.

Además del amplio relato de materias que hemos visto que la Ley 39/2006 reserva a la acción del Consejo Territorial, éste se ha dotado de un Reglamento de funcionamiento

interno acordado por sus miembros, tal y como establece el artículo 8.2.k) de la misma Ley, donde se regulan los elementos básicos y fundamentales para la acción de esta institución: los mecanismos para su convocatoria (con carácter semestral como mínimo), los de trabajo interno (en pleno y comisión delegada) y los de adopción de acuerdos, entre otros.

Y en el mismo orden de cosas, hace las funciones de Secretaría técnica permanente del Consejo Territorial el propio IMSERSO que a la postre tiene encomendadas las funciones propias de la Entidad gestora del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En la misma idea abunda el hecho de que el Consejo Territorial se haya dotado de una Comisión preparatoria de las reuniones, denominada en este caso Comisión Delegada, conformada por representantes del Estado y los Gobiernos autonómicos con rango de Directores Generales. Así como también es frecuente la creación de Grupos de trabajo *ad hoc* para tratar materias de manera monográfica, donde además de los representantes de la Comisión Delegada suelen acudir otros especialistas en la materia en calidad de asesores; de hecho, es incluso habitual que junto con representantes de las administraciones en estos Grupos de trabajo también participen representantes de las organizaciones que forman parte de los distintos órganos consultivos que tiene el propio SAAD (organizaciones sindicales y empresariales, Organizaciones no Gubernamentales, representantes de colectivos como personas mayores o personas con discapacidad, etc.).

Sin embargo, el Consejo Territorial mantiene en gran medida la segunda de las limitaciones a las que nos referíamos en el análisis de las Conferencias Sectoriales, relativa al alcance jurídico de sus acuerdos. Como no podría ser de otro modo, ya que no hay base legal diferente sobre la que apoyarse, la garantía de que el alcance de sus acuerdos sea de obligado cumplimiento está necesariamente limitado al previo consenso de todos los miembros del Consejo Territorial, o, en su defecto, a la libre voluntad de aplicarlos por aquellos que no mostraron su apoyo al citado acuerdo.

Es cierto, sin embargo, que para algunos acuerdos del Consejo Territorial que afectan a determinadas materias especialmente relevantes (el baremo, intensidad de los servicios, cuantía de las prestaciones económicas, etc.) la Ley 39/2006 ha reservado una fórmula especial que permite superar la naturaleza jurídica de los Convenios bilaterales tradicionalmente asociados a los acuerdos de Conferencia Sectorial. En concreto esta fórmula consiste en el mandato que se hace para que, una vez producido el acuerdo del Consejo Territorial, estos mismos contenidos sean elevados por el Gobierno central a un rango normativo superior, generalmente en forma de Real Decreto, aunque no en todos los casos.

En concreto, las materias para las que la Ley 39/2006 reserva este procedimiento culminado en la fórmula de Real Decreto son la aprobación del baremo (art. 27.2), las intensidades de protección de los servicios del Catálogo, según grado y nivel de dependencia y la compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones (art. 10), y la cuantía de

las prestaciones económicas reguladas en la ley (art. 20). El resto de materias que precisan desarrollo reglamentario del Gobierno posterior al acuerdo de Consejo Territorial, pero sin determinar qué concreción jurídica deberá tener éste, son el reconocimiento de grado y nivel de dependencia de quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o el complemento de ayuda de tercera persona (Disposición Adicional novena), los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas (arts. 17, 18 y 19), las medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España (art. 5.3), condiciones de acceso de los emigrantes españoles retornados (art. 5.4), la determinación de la capacidad económica del solicitante (art. 14.7), el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado (Art. 9.1), y la determinación de las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se corresponden con el catálogo regulado en el artículo 15. (art. 36.1).

Más allá del amplio aspecto cuantitativo que supone que un elevado número de cuestiones deban abordarse necesariamente en el marco del Consejo Territorial y cuyos resultados estén sujetos a su perfeccionamiento jurídico a través de diversos instrumentos normativos, también hemos de señalar el aspecto cualitativo que aporta estas innovaciones. En concreto, cabe mencionar como muy positivo el componente didáctico que puede llegar a tener consolidar la costumbre de acordar (independientemente de la concreción jurídica que precise después) los desarrollos normativos más importantes de este sistema de protección, de cara a reforzar la idea de la necesidad de cooperación entre todas las administraciones. Así como también ayuda a persuadir respecto de la “utilidad” material que alcanzan dichos acuerdos, puesto que a la postre comprometen al Gobierno y permiten a las Comunidades Autónomas intervenir en la concreción material de las condiciones básicas de este ámbito protección social.

6. Una solución a la limitación jurídica del alcance de los Acuerdos del Consejo Territorial

La solución ideada en la Ley 39/2006 intenta asegurar así por una vía indirecta la aplicación unitaria de aquellas materias contenidas en Acuerdos que no conlleven su concreción en Reales Decretos. La clave de dicha solución pasa por la fórmula de impulsar Convenios de cooperación, en concreto, a través del denominado Marco de Cooperación Interadministrativo, recogido en el artículo 10 de la Ley, que vincula una parte de la financiación del Sistema con la participación cooperativa del Estado y las Comunidades Autónomas en la implementación estratégica que éstas últimas deciden realizar en el marco de sus propias competencias.

La lógica del modelo de financiación del SAAD, en los términos en los que ha sido establecido en el la Ley 39/2006, supone que la financiación del conjunto de prestaciones corre a cargo a partes iguales entre Estado y Comunidades Autónomas (art. 32.3 LAAD).

El Estado participa en la misma transfiriendo recursos a las Comunidades Autónomas mediante dos niveles de financiación. De un lado mediante el denominado “Nivel Mínimo” (art. 9 LAAD) consistente en una cuantía fija en función del grado de dependencia que tenga reconocido cada beneficiario atendido de forma efectiva por la Comunidad Autónoma. Y en segundo lugar a través del denominado “Nivel Acordado” (art. 10 LAAD) consistente en una serie de recursos de financiación adicionales al Nivel Mínimo cuyos criterios de reparto se acordarán en el seno del Consejo Territorial entre Estado y Comunidades Autónomas para garantizar con ellos los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones del SAAD, ejecutándose dicho reparto mediante la suscripción de los correspondientes Convenios de colaboración entre el Estado y cada Comunidad Autónoma. A la configuración de este segundo nivel de financiación es a lo que se conoce en la Ley 39/2006 como “Marco de Cooperación Interadministrativa” y es el instrumento que el Estado tiene en su mano para promover de forma acordada con las Comunidades Autónomas la aplicación práctica de los Acuerdos del Consejo Territorial que afectan a materias que no tienen previsto su trasposición a una norma jurídica de obligado cumplimiento en todo el territorio nacional.

Adicionalmente, la suscripción de los mencionados Convenios bilaterales sirve también para acreditar de manera fehaciente la aportación financiera que realizan las Comunidades Autónomas. Recordemos que la norma establece (art. 32.3 LAAD) que la aportación de la Comunidad Autónoma será al menos igual a la del Estado, de manera que la aportación del Estado es conocida en tanto que se trata de transferencias satisfechas directamente a las Comunidades Autónomas, pero en el caso de éstas últimas tal acreditación resulta más dificultosa por cuanto en la mayoría de las ocasiones sus respectivos presupuestos raramente desagregan las partidas dedicadas a dependencia de las de servicios sociales en general, además de que son estas administraciones las que asumen el coste final de las prestaciones y han de librarlo directamente a la financiación de los servicios públicos, al pago de las empresas privadas que proveen los servicios de atención en régimen de concierto, o directamente a los beneficiarios que perciben prestaciones económicas. Previendo tal dificultad, el modelo de financiación del Sistema de Dependencia optó por utilizar los Convenios bilaterales para ayudar a clarificar esta situación. De este modo en los Convenios se incluyen desagregadas las aportaciones que el Estado se compromete a realizar tanto en el Nivel Mínimo como en el Nivel Acordado, así como las que la Comunidad Autónoma se compromete a realizar a su vez para el pago de las prestaciones. A su vez, y he aquí la clave del procedimiento, para la renovación del Convenio de año en año se exige que la Comunidad Autónoma acredite, mediante el oportuno certificado de la Intervención, que se ha satisfecho la financiación comprometida en el Convenio anterior. De esta forma Estado y Comunidad Autónoma pueden acreditar que cumplen con sus respectivas obligaciones de financiación.

7. Conclusiones

Vemos pues cómo la Ley 39/2006 LAAD ha venido a innovar en el Sistema de protección social español desde la doble perspectiva del impulso de la atención a las personas en base a prestaciones preferentemente de servicios sociales profesionales, reconocidos ya como derechos subjetivos; y haciéndolo en un marco de competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que adquiriere una especial relevancia en el caso de un Estado compuesto y fuertemente descentralizado como es España.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE DISCONFORMIDAD Y REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL: DE LA RACIONALIDAD AL ABSURDO¹

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

Los mecanismos de control de los procesos de incapacidad temporal han provocado la existencia de multiplicidad de instancias con competencias para efectuar reconocimientos médicos y evaluar la evolución de estado incapacitante. Espacio singular es el configurado al agotamiento de los 365 días por su carácter polivalente y el cambio en la entidad competente. Precisamente en este espacio, se habilita la posibilidad de contrastar las distintas opiniones médicas a través del procedimiento de disconformidad que puede poner en marcha el trabajador.

Igualmente, dando respuesta a una reivindicación histórica se habilita un procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas colaboradoras en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la finalidad de crear un procedimiento administrativo, donde la controversia sea dilucidada por la entidad gestora, a instancia de trabajador.

Conviene destacar que la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, de forma que todas las modificaciones que operan sobre los mecanismos que provocan el nacimiento y extinción de la incapacidad temporal, trasladan sus efectos al contrato de trabajo. Cuando esta relación se ignora, lo razonable se convierte en absurdo.

Palabras clave

Procedimiento de disconformidad con el alta médica, procedimiento de revisión del alta médica, incapacidad temporal y contrato de trabajo, suspensión del contrato de trabajo, obligaciones de imposible cumplimiento.

1 La presente Ponencia se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación “La Incapacidad Temporal en el trabajo de hombres y mujeres” (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01

1. Introducción

El establecimiento de procedimientos administrativos de disconformidad y revisión del alta médica, inicia su andadura en la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, desarrollada años más tarde por el Real Decreto 1430/2009, de 1 de septiembre.

El primer procedimiento, se ubica en el artículo 128.1.a) de la LGSS, que ordena la posibilidad que tiene el trabajador de expresar su disconformidad con el alta médica expedida por el INS al finalizar los 365 días de incapacidad temporal.

El segundo procedimiento, la revisión de las altas médicas emitidas por las Mutuas durante los 365 días en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, fue autorizado por la Ley 40/2007 y desarrollado por el Real Decreto 1430/2009.

2. Las Competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Reconsideración de sus Actos

La reforma del 2007 procede a dar nueva redacción al apartado segundo del artículo 128.1.a) del LGSS². Posteriormente y sin que afecte a nuestro análisis, el precepto fue reformado por el número cuatro de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 y por el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013³. Se reproduce el texto vigente:

-
- 2 Un estudio completo y actual sobre la incapacidad temporal puede verse en LÓPEZ INSUA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014.
 - 3 La preocupación doctrinal por las distintas reformas de la incapacidad temporal ha sido intensa. Sobre las mismas pueden verse, entre otros, BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica*, Comares, Granada, 2012; CARRIZOSA PRIETO, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013; CASTILLA CASTILLA, Á., “Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2012; ; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2011; “Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2011; MONERO ROMERO, F “La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal”. AA.VV., “La responsabilidad del empresario”. Ediciones Laborum. 2012. y “El papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: Previsiones sobre la nueva ordenación”.en AAVV, *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*. AEISS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; OLARTE ENCABO, S., “Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 20, 2011; PURCALLA BONILLA, M. A., “Incapacidad temporal y control del absentismo”, AA. VV.: *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa* (Dir. ROMERO BURILLO, A. M^a y AR-

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes

En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga

GÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013: SIRVENT HERNANDEZ, N, “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, Actualidad Laboral núm. 16, 2011 ; TOROLLO GONZÁLEZ, F. “Las mutuas y su lugar de conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal”, en AAVV. Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F., “Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público”, AA. VV.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L. Y MORENO ROMERO, F. La reforma de la Incapacidad Temporal en la Ley 35/2010 y materias conexas, en AA.VV (Dir. SEMPERE NAVARRO) “La reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo” Editorial: Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010.

de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

En el desarrollo reglamentario de este artículo, se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten.

Nuevamente se procede a reformar el párrafo segundo del artículo 128.1.a), insistiendo, como se hizo en la reforma del 2006, en mezclar los espacios conceptuales de la incapacidad temporal con la ordenación temporal de la prestación, singularmente vinculada a la primera prorrogación. Como ya afirmamos, estas cuestiones no deben incorporarse al artículo 128, cuya rubrica (Concepto) y contenido (identificación y conceptualización de las situaciones determinantes de incapacidad temporal), nada tienen que ver con la nueva dimensión que proyecta la reforma. La técnica no es adecuada y contribuye a fomentar la falta de claridad y de ordenación sistemática de la LGSS. Hubiera sido más razonable, como también dijimos, llevar la ordenación de la primera prorrogación al artículo 131, cuya rubrica es: nacimiento y duración del derecho al subsidio. Incluso, si se quiere dar más relevancia al instituto de la primera prorrogación, hubiera sido deseable crear un artículo bis.

La mala técnica utilizada en la reforma, va todavía más lejos, al incorporar en el mismo precepto el procedimiento administrativo para la resolución de los desacuerdos entre las distintas instancias que participan, incluido el propio trabajador. De esta forma, se comete un nuevo error al convertir la Ley en un texto reglamentario. Es posible que esta forma de ordenación lo que esté anunciando es la voluntad de no acomodar la normativa reglamentaria existente a la nueva ordenación. Éste *modus operandi* no es nuevo en la materia, por el contrario, es habitual incorporar reformas a la LGSS y no dictar normas de desarrollo, con lo que se tiende a que la Ley sea una Ley reglamentista. Puestos a fijar la ordenación procedimental, hubiera sido preferible incorporarla a una disposición transitoria que mantendría su vigencia en tanto no se apruebe el correspondiente texto reglamentario.

En fin, es necesario advertir que estas técnicas legislativas contribuyen a desnaturalizar la LGSS e, incluso, a dificultar una ordenación más razonable en el futuro⁴.

4 A este respecto son elocuentes y gráficas las reflexiones de MORENO ROMERO, F. al afirmar que “La invasión ascendente y descendente de competencias que hemos intentado destacar, no es una buena técnica legislativa. Por un lado, reglamentarizar la Ley, pone de manifiesto el afán de abarcar más de lo debido, bajo la hipótesis de que no existirán reglamentos de desarrollo. Es una técnica inapropiada en sí misma y más aún cuando la Ley receptora de los espacios reglamentarios es un Texto Refundido que procede de 1967, con una determinada estructura y una vocación primaria de Sistema. A esta mala

En contra de todo pronóstico, o mejor dicho, para cumplir otras funciones, como veremos, dos años más tarde se dictó el Reglamento (1430/2009), pero ya llegó tarde y el deterioro de la LGSS estaba consumado.

2.1. *Las competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social al finalizar los 365 días de baja*

La ordenación del acto de calificación al agotamiento de los 365 días de incapacidad temporal se mantiene en sus propios términos, de forma que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, califica y revisar la incapacidad permanente, será el único competente para realizar el correspondiente acto de calificación con las siguientes variantes:

- Entender que el proceso curativo ha finalizado, siendo las lesiones de carácter permanente y afectando a la capacidad laboral del trabajador. En este caso se procede a iniciar el proceso de declaración de incapacidad permanente.
- Entender que el proceso curativo no ha finalizado y que las lesiones sean susceptibles de curación en los próximos 180 días. En este caso, se reconoce la primera prórroga de la incapacidad temporal.
- Entender que el proceso curativo ha finalizado y con él el efecto incapacitante de las lesiones. En este caso se emite el alta médica a todos los efectos.

La nueva ordenación ofrece como novedad, la previsión de un procedimiento para la resolución de las discrepancias que pudieran producirse entre los criterios médicos planteados por el Instituto Nacional de Seguridad Social y los planteados por la Inspección médica del Servicio Público de Salud, siendo el trabajador el sujeto legitimado para iniciar el procedimiento.

técnica, debemos añadir la falta de armonización de las reformas, su carácter puntual y continuo provoca que el legislador no repare en que hay que modificar todos los preceptos afectados por una reforma puntual, singularmente cuando ésta es importante. La ausencia de armonización, remite al intérprete una función nada sencilla, sobre todo cuando los preceptos armonizables proceden de épocas distintas, con justificaciones distintas, entre otras cuestiones.

Por otro lado y lo que es más preocupante, cuando en efecto se dictan los reglamentos, aparecen los olvidos de la Ley que se dedicó a hacer reglamentos, sin pensar en la habilitaciones que necesitarían los futuros reglamentos. También podemos pensar que surge el viejo aforismo “Haz tú la Ley y déjame el Reglamento”, en el sentido de que el reglamento puede con todo, incluso puede contravenir lo dispuesto es la Ley.

La ordenación jurídica y las continuas reformas de la incapacidad temporal son un buen ejemplo de lo afirmado, con el plus de que cuando el reglamento entra en acción aparece el afán desmedido de control y su inercia genera, como hemos intentado demostrar, vicios de legalidad”. MORENO ROMERO, F. *Claroscuros de las normas modernizadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal*, Ponencia XV Congreso Nacional CONPEDI, Aracaju (Brasil), 2015.

2.2. Procedimiento para la resolución de la disparidad de criterios médicos

En el aspecto procedimental, la reforma merece todos los elogios, no solo se ha re-compuesto el procedimiento unitario (roto en la reforma del 2006) con la participación de la Inspección médica del Servicio Público de Salud, sino que se incorpora la actuación del trabajador, siempre sometido a controles, pero nunca escuchado. Se trata, por tanto, de ordenar espacios que generen seguridad jurídica, que respeten los derechos y que eviten márgenes de discrecionalidad⁵.

El párrafo segundo del artículo 128.1.a) remite al procedimiento ordenado en los párrafos tercero, cuarto y quinto en los siguientes supuestos:

- Emisión del alta médica en la fase de pronunciamiento sobre la primera proroga, esto es, una vez agotados los 365 días.
- Emisión de la baja médica, cuando ésta se produzca en un plazo de los 180 días posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

No obstante lo anterior, el procedimiento que se regula refiere tan solo al primero de los supuestos, esto es, a la emisión del alta médica una vez agotados los 365 días.

Si bien el principal interesado será el trabajador, la LGSS utiliza el término “interesado”, lo que nos remite a la previsión contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A estos efectos, el referido precepto considera interesados en el procedimiento administrativo a los siguientes sujetos:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva

Una última valoración general, no existe ninguna justificación para limitar la aplicación del procedimiento fijado a los supuestos del artículo 128.1.a) y dejar en tierra de nadie el supuesto contemplado en el artículo 131 bis, 1, párrafo segundo.

5 Refiriéndose a la reforma operada por Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio que modifico el Real Decreto 575/1997, TORTUERO PLAZA, JL, se hacia la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que la norma no habilite un procedimiento de solución de las discrepancias?, Las Mutuas y la incapacidad temporal...cit pág.

2.2.1. Disconformidad con el alta médica expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social

Cuando agotados los 365 días el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, proceda a la emisión del alta médica, el trabajador podrá en el plazo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud.

La Inspección médica tendrá un plazo de siete días naturales para analizar las alegaciones realizadas por el trabajador y la fundamentación del alta médica expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la finalidad de decidir si comparte o no el criterio de la entidad gestora y obrar en consecuencia.

La conformidad de la Inspección médica con la resolución del Instituto podrá expresarse de forma expresa o mediante silencio administrativo, siendo el plazo previsto a tal efecto el de once días naturales a contar desde el siguiente a la fecha de la resolución del Instituto. La conformidad provocará que la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social adquiera plenos efectos, sin perjuicio de que pueda ser objeto de impugnación en los trámites ordinarios.

Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerara prorrogada la situación de incapacidad temporal. La prórroga significa que el contrato de trabajo sigue suspendido y que el trabajador continuara percibiendo la prestación de incapacidad temporal y se mantendrá la obligación de cotizar.

En el supuesto de que la Inspección Médica discrepe de la resolución de la entidad gestora, deberá en el plazo previsto exponer las razones y fundamentos de su discrepancia con la finalidad de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconsidere su decisión. En estos casos, la entidad gestora dispone de un plazo de siete días naturales a partir (se supone ya que nada dice la norma) de la recepción del escrito de la Inspección Médica, para pronunciarse expresamente, por tanto no cabe el silencio administrativo. La resolución expresa significa, además, que la entidad gestora deberá aportar las pruebas complementarias que justifiquen su decisión. La resolución será notificada al trabajador, a la Inspección Médica y a la empresa.

Como es obvio, la entidad gestora podrá pronunciarse en un doble sentido, a saber, bien, aceptando las alegaciones de la Inspección Médica y, por tanto, reconociendo la situación de prórroga de la incapacidad temporal con todos sus efectos, o bien, reafirmado su primera decisión, esto es, el alta médica del trabajador, en cuyo caso aquélla se confirmara a partir del día siguiente a la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, entrando en juego los efectos generales del alta médica. En este último caso

(confirmación del alta médica) se prorrogara la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la resolución.

En el caso de que se reconozca la primera prórroga, se podrá producir una extensión temporal de la incapacidad temporal (duración ordinaria más primera prórroga) que alcanzara al tiempo transcurrido desde el alta médica hasta el reconocimiento de la prórroga por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Igualmente, en el caso de que se confirme el alta médica, la duración ordinaria de la incapacidad temporal (365 días) se prorrogara hasta la fecha de la última resolución confirmatoria, que será, al menos, de diecisiete días naturales.

2.2.2. Algunas consideraciones sobre el procedimiento

Sin perjuicio de las consideraciones de naturaleza estructural ya realizadas, es conveniente realizar algunas reflexiones sobre el procedimiento mismo.

- El establecimiento de los plazos en días naturales y no hábiles hace que los plazos sean excesivamente perentorios, especialmente el de cuatro días⁶ asignados al trabajador para plantear su disconformidad ante la Inspección médica. Piénsese en que el alta médica se produzca un viernes y en las dificultades del trabajador para plantear su disconformidad aunque sea mediante medios elementales, por ejemplo, solicitar ser recibido por el facultativo que lo atiende para recabar su apoyo. Hubiera sido más razonable fijar el plazo “en días hábiles”.
- El carácter perentorio de los plazos, especialmente el del trabajador, se convierte en excesivo hasta el punto de dificultar su cumplimiento, cuando se utiliza como dies a quod la fecha de la resolución y no la fecha de la recepción, lo que provoca imputar al receptor la pérdida de los días que medien entre una y otra fecha, por causas ordinarias o extraordinarias, pero, en todo caso, ajenas a su voluntad. Por lo que se refiere al plazo de cuatro días habilitado al trabajador, el silencio de la norma sobre la fijación expresa del dies a quo, debe ser interpretado en el sentido de que éste es el día de la recepción.
- Es necesario ordenar al menos en sus efectos el procedimiento referido a la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social a expedir la baja médica. En otro caso, el silencio de la norma puede plantear problemas interpretativos innecesarios.

⁶ El proyecto de Ley fijaba un plazo de 3 días, que fue ampliado a 4 días en el trámite parlamentario.

- El procedimiento debería aplicarse a los supuestos en que la propuesta de actuación sea emitida por una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesiones y referida a los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos profesionales.
- Igualmente el procedimiento debería aplicarse a los supuestos del artículo 131.1 párrafo segundo, cualquiera que sea el riesgo originario.
- Debería incorporarse la audiencia de las Mutuas en los supuestos que tengan asumida la gestión de la incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral.
- El procedimiento se ordena como un espacio cerrado para dilucidar las posibles discrepancias entre la entidad gestora y la inspección médica, lo que quiere decir que a partir de la resolución definitiva de la entidad gestora, el único sujeto legitimado para su impugnación será el trabajador.

En el trámite parlamentario del Proyecto de Ley se ha incorporado un nuevo párrafo al apartado a) del artículo 128.1 de la LGSS, en el que se remite al correspondiente desarrollo reglamentario, la forma de efectuar las diversas comunicaciones durante el procedimiento, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten. El añadido sigue la línea reglamentista denunciada, sin embargo subsana un defecto estructural importante, a saber, en el diseño del procedimiento original no existía ninguna comunicación al empresario. Lógicamente, el empresario debe conocer tanto de la impugnación del alta médica, como de la resolución definitiva, en la medida en que las actuaciones producen efectos sobre el contrato de trabajo, como ya dijimos.

El nuevo apartado del artículo 128.1.a) confirma por sí mismo el mal criterio utilizado en la reforma. Sí al final es necesario establecer un desarrollo reglamentario ¿Qué sentido tiene incorporar parte del procedimiento en la propia Ley?

3. El Desarrollo Reglamentario de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social: Una Ordenación Centrada en la Incapacidad Temporal

De las múltiples materias abordadas en la reforma operada por la Ley 40/2007, el RD 1430/2009, de 1 de septiembre⁷, tan solo refiere, a pesar de su nombre, a las materias

⁷ Un análisis completo del Reglamento en PANIZO ROBLES, JA. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de*

procedimentales vinculadas a las reformas efectuadas o anunciadas sobre la situación de incapacidad temporal. Ciertamente, ni esto era lo anunciado, ni era lo esperado, aunque la Exposición de Motivos del RD se justifique alegando que “ *las nuevas normas legales* (esto es, las múltiples reformas incorporadas por la Ley 40/2007 en relación con el régimen jurídico de las prestaciones económicas y, básicamente, en el ámbito del subsidio por incapacidad temporal y de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, viudedad y orfandad...ni más ni menos) *rigen desde el día 1 de enero de 2008, sin que la falta de desarrollo reglamentario haya impedido en algunos casos su aplicación*”. La justificación es inoportuna - *Excusatio non petita, accusatio manifesta* - y en si misma reconoce una consolidada practica consistente en no dictar textos reglamentarios. Hubiera sido más oportuno, silenciar lo no hecho y denominar al RD en función de la materia desarrollada que es monotemática sobre aspectos procedimentales referidos a la gestión de la incapacidad temporal.

Lo anterior, no es una apreciación baladí. Como ya hemos afirmado al inicio de este trabajo, la técnica de no dictar reglamentos (salvo en supuestos puntuales, como el Reglamento de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia), ha convertido la LGSS en una norma híbrida, con cuerpo de reglamento y alma de Ley, parafraseando a Carnelutti. Dejando aparte lo obvio, esto es, la LGSS es cada vez una Ley más caótica, de difícil manejo y entendimiento, donde todo se mezcla a modo de coctelera, sin que el resultado sea precisamente un buen *cocktail*, la técnica de incorporar a la LGSS los elementos reglamentistas imprescindibles (o excesivos) para facilitar la aplicación de las reformas (como afirma la Exposición de Motivos del RD 1430/2009, en un alarde con tono castizo) dificultara notablemente la elaboración de nuevos reglamentos de las respectivas prestaciones en sentido estricto, esos reglamentos que todos venimos reclamando desde la noche de los tiempos.

Centrándonos ya en el RD 1430/2009 objeto de análisis, conviene afirmar a priori, que su contenido da respuesta a cuestiones reclamadas históricamente y singularmente reordena los espacios competenciales entre el INSS, el ISM y las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en la gestión de los procesos de incapacidad temporal.

La norma es básicamente procedimental aunque, como veremos, su calado es más amplio y refiere a las siguientes materias:

Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos; Recursos Humanos, nº 320. 2009. Págs. 35-58; FERNANDEZ ORRICO, FJ. *Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre*, en Aranzadi Social núm. 16-10 (enero 2010) pags. 55 y ss.

- Se regulan las comunicaciones informáticas por parte de los Servicios Públicos de Salud⁸ al cumplirse el duodécimo mes en los procesos de incapacidad temporal, así como el desarrollo de las competencias de control otorgadas a las entidades gestoras por el artículo 128.1 de la Ley General de la Seguridad Social, una vez agotado el período de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal.
- La regulación de las comunicaciones a los interesados que se encuentran en procesos de incapacidad temporal, así como a las empresas en las que prestan servicios, para la aplicación de las modificaciones, incorporadas en el procedimiento de seguimiento y control de la mencionada situación, a través de la citada Ley 40/2007, de 4 de diciembre.
- La regulación del procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal.
- La denominada determinación de contingencia que, aunque ya se efectúa por las entidades gestoras, mediante un procedimiento interno, sin embargo, a efectos de aplicación de la ley, es necesario el dictado de una norma de rango suficiente. Por ello, se concreta el inicio del procedimiento por el interesado, las comunicaciones a la empresa, los efectos del alta emitida, las posibles actuaciones de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y la resolución del director provincial de la entidad gestora competente con las distintas variantes de pronunciamientos que pueden darse.

Sin perjuicio de las materias novedosas, el Reglamento pretende cubrir alguno de los múltiples *silencios* de las reformas de la LGSS acometidas en los años 2006 y 2007, propiciados por la ausencia de la necesaria norma reglamentaria y resueltos por el INSS a golpe de “instrucciones internas”, vicio histórico de difícil superación.

El Reglamento se constituye en una norma autónoma y, por tanto, ajena a sus precedentes. La técnica utilizada es criticable ya que multiplica las normas reglamentarias reguladoras de la gestión y control de la incapacidad temporal¹⁰.

8 Conforme a la disposición adicional única del RD 1430/2009, las referencias que se realizan en el mismo a los correspondientes Servicios de Salud han de entenderse hechas, en el ámbito de la gestión sanitaria de la Seguridad Social en las ciudades de Ceuta y Melilla, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

9 En efecto así fue y la Administración de la Seguridad Social a través de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictó las “Instrucciones provisionales para la aplicación de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones”, con fecha 2 de enero de 2008.

10 Recientemente sobre los mecanismos de control ver, PURCALLA BONILLA, M.A. *Competencia del INSS sobre el reconocimiento de la prestación económica por incapacidad temporal*. Aranzadi Social: Revista

Como decíamos y sin perjuicio de su importancia, el RD 1430/2009 pretende ser una norma que cubre lagunas y articula procedimientos. En su aspecto procedimental, la norma es excesivamente elemental, en ocasiones reiterativa y con alguna frecuencia imprecisa, en la medida en que en varias ocasiones utiliza expresiones como “...con carácter inmediato comunicará...”, “...se dicte resolución en el menor tiempo posible...”, que son fórmulas de escaso rigor procedimental. En su función de cubrir lagunas, la norma es singularmente casuística y técnica, como corresponde a la complejidad de la materia que regula.

No obstante lo anterior y a pesar de ser un Reglamento monotemático y básicamente procedimental, deja múltiples espacios sin regular creando por doquier dudas interpretativas e incluso de mera gestión para los intervinientes en el proceso. Parece ignorar el Reglamento que, la incapacidad temporal es sin duda la prestación con mayor diversidad de sujetos y entidades actuantes¹¹ (trabajador, empresario, entidades colaboradoras, entidades gestoras, servicios públicos de salud, e incluso, el servicio público de empleo estatal), lo que exige normas minuciosas, técnicas y claras, por tanto, todo lo contrario a una respuesta de urgencia. La complejidad no es incompatible con una ordenación rigurosa y coherente, que no es nuestro caso, sin embargo cuando aquella es defectuosa y deficiente nos movemos en el espacio de la inseguridad jurídica, así como, de la judicialización de la protección, e incluso, de la mera gestión.

En otro orden de cosas y como veremos en los epígrafes siguiente, el Reglamento carece de legalidad suficiente en alguna de las materias que regula, singularmente en los efectos de la resolución del procedimiento de impugnación del alta médica expedida por las entidades colaboradoras.

Finalmente, el Reglamento apuesta por las comunicaciones informáticas en todas las fases que el procedimiento permite y, singularmente, en las comunicaciones entre las entidades intervinientes, Servicio público de salud, Mutuas, Entidades gestoras y empresas. Igualmente, es especialmente cauteloso en mantener informadas a las empresas interesadas de las vicisitudes de los procesos de incapacidad temporal de los trabajadores a su servicio, cubriendo así la laguna de la reforma del artículo 128.1.a) de la LGSS operada por la Ley 40/2007.

Doctrinal, nº 20. 2009. Págs. 41-52; FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma*. Revista técnico laboral, nº 120. 2009. Págs. 165-183.

11 Esa complejidad ha sido puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina y singularmente por MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal...cit pag.229*. Igualmente ,e incluso, ofreciendo cuadros y esquemas orientativos, PANIZO ROBLES, JA. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal...cit, pag.* y por SANTAMARIA RUIZ, M D “*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja*”. Foro de Seguridad Social. Nº 13-14 2005.

4. La Revisión por la Entidad Gestora (INSS O ISM) de las Altas Médicas Expedidas por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social¹²: El Fin de la Autonomía Gestora de las Mutuas...

Como ya vimos, en la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007, se introdujo una disposición adicional decimonovena con el siguiente tenor:

“Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”

La previsión contenida en el precepto referido es posiblemente la reforma de mayor calado desde la reordenación de la incapacidad temporal y, lo es históricamente, desde la perspectiva organizativa y competencial.

La reforma viene a dar respuesta a una queja histórica sobre altas “indebidas”, “prematuras” o excesivamente “rigurosas” efectuadas por las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, únicos en los que tiene competencias para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica.

La nueva ordenación cierra un proceso con múltiples precedentes normativos y jurisprudenciales¹³, siendo el más importante la ubicación competencial en el INSS/ISM para la determinación del “riesgo originario” que constituye el núcleo esencial en la ordenación de la contingencia.

En este orden y en un sentido omnicompreensivo, la finalidad de la reforma es múltiple y su impacto de gran calado y alcance. Veamos algunos de sus efectos:

- La nueva ordenación rompe con la independencia histórica de las mutuas en los procesos derivados de contingencias profesionales, de tal forma que sus actuaciones en esta materia dejan de ser independientes, para pasar a ser subordinadas, tanto en la calificación de la contingencia –común o profesional-, como en la expedición del alta médica en los procesos de contingencias profesionales que constituye el término final del proceso de incapacidad temporal.

12 De conformidad con lo establecido en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, las Mutuas de la Seguridad Social, pasan a denominarse : Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

13 Detalladamente analizadas por VALLE JOZ, J y TRILLO GARCIA, A “*Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes*”, en VV.AA “*Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. La Ley, 2007. Igualmente y con singularidad en los riesgos profesionales, puede verse MORENO VIDA, MN, *Actuación en el ámbito de las contingencias profesionales*, en AAVV (Dir. SEMPERE NAVARRO), *Perfiles de las Mutuas de accidentes de trabajo. Centenarios fundacional de MAZ, Aranzadi, Pamplona 2005* y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a., “*Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional*”, Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 2, 2012.

- Al mismo tiempo, se da un paso más en la hegemonía de la entidad gestora y, por tanto, en la subordinación de las entidades colaboradoras. En esta materia, este es un paso decisivo, sin perjuicio de que no es el primero, algunos precedentes dirigidos a constatar y fortalecer la hegemonía del INSS/ISM fueron avalados por la jurisprudencia.
- De lo anterior derivan importantes repercusiones de todo orden, singularmente en la esfera económica, en la medida en que sus actuaciones en materia de calificación de la contingencia y de expedición de las altas médicas repercuten sobre un sinnúmero de elementos, así, el número de procesos asumidos, la duración de los procesos, la eficacia “interna” de los sistemas de control, las estrategias de las Mutuas sobre los procesos de incapacidad temporal, el mantenimiento de la prestación...
- Igualmente y por primera vez, el INSS/ISM asume competencias, aunque sean por vía de revisión de actos, a lo largo de todo el proceso de incapacidad temporal por contingencias profesionales, y no solo a partir de los 365 días, que han sido los objetivos de las reformas del 2006 y del 2007.
- Finalmente, no debemos olvidar que la ordenación de la incapacidad temporal forma parte inseparable de la ordenación genérica de la incapacidad, de forma que las reformas en materia de incapacidad temporal impactaran o serán recepcionadas, con seguridad, por la incapacidad permanente.

No cabe duda que la reforma y sus precedentes constituyen un hecho histórico en la ordenación de la incapacidad temporal y su gestión por el INSS, el ISM y las Mutuas. Queda por ver ahora cuáles son sus efectos en orden a la eficacia en la gestión y la defensa de los derechos de los beneficiarios.

Dicho todo lo anterior, conviene matizar que la ordenación contenida en la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 es incompleta o técnicamente incorrecta. Por un lado, omite al Instituto Social de la Marina, entidad competente en el régimen especial de los trabajadores del Mar (aunque la omisión es salvable)¹⁴ y por otro, silencia

¹⁴ Como bien explica PANIZO : “No puede olvidarse que, aunque efectivamente el citado artículo 128 (ubicado en el título II de la Ley General de la Seguridad Social, aplicable al Régimen General) se refiere expresamente al INSS es el único competente, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar la entidad gestora competente es el Instituto Social de la Marina, dadas las competencias atribuidas a este Organismo, en virtud del texto refundido de las leyes reguladoras del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, atribuyeron la gestión a dicho Instituto.

Además, en las distintas Resoluciones que se han ido dictando por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fijan las fechas en las que determinadas Direcciones Provinciales asumen la competencia en relación con la gestión de la prestación por incapacidad temporal, se menciona

la contingencia en la que las entidades colaboradoras pueden expedir el parte médico de alta, esto es, la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

4.1. Procedimiento de revisión del alta médica

4.1.1. Titularidad del derecho

Como ya hemos visto, las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, son las únicas que tiene competencia para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica, durante los primeros 365 días.

En este orden, el RD 1430/2009, reconoce el derecho del trabajador a impugnar el alta médica a través del procedimiento administrativo regulado al efecto. Así, el artículo 4.2 establece que, frente a las altas médicas emitidas por las Mutuas y por las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de 365 días de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta.

Si bien el principal interesado será el trabajador, el RD citado utiliza el término “interesado”, lo que nos remite a la previsión contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A estos efectos, el referido precepto considera interesados en el procedimiento administrativo a los siguientes sujetos:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

expresamente al Instituto Social de la Marina. En las exposiciones de motivos de estas Resoluciones se explica que las competencias reconocidas legalmente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, entidad gestora de los regímenes de la Seguridad Social, salvo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cuya gestión corresponde al Instituto Social de la Marina, deben entenderse atribuidas en relación con este régimen especial, al último organismo citado, de acuerdo con las normas reguladores de dicho régimen. En el ejercicio de la mencionada competencia hay que distinguir, por tanto, la fase de propuesta, atribuida a los equipos de valoración de incapacidades, dependientes de la correspondiente Dirección Provincial del INSS, y la fase de resolución, que correspondea los Directores Provinciales de la entidad gestora competente en cada caso”. en PANIZO ROBLES, JA. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal...cit.*

Por último, es conveniente matizar que la titularidad para la iniciación del procedimiento alcanza también a los trabajadores por cuenta propia del RETA que hubieran optado por la cobertura de las contingencias profesionales y ésta se efectúe con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Como veremos más adelante, hubiera sido conveniente la articulación de un procedimiento seguido de oficio por la entidad gestora, en aquellos supuestos en que la “duda sobre la conveniencia del alta médica” proceda, no de la actuación del trabajador interesado, sino de la comunicación del empresario o del facultativo del servicio público de salud.

Finalmente y siguiendo igualmente las reglas de la LPAC, el interesado podrá actuar por sí mismo o mediante representante en los términos establecidos en el artículo 32 de la referida LPAC.

4.1.2. Tramitación del procedimiento

El RD 1430/2009 comienza con la siguiente declaración: “la tramitación del procedimiento indicado debe considerarse preferente por la entidad gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible”. Partiendo de que en la LPAC no existen procedimientos preferentes, la declaración puede tener una doble finalidad, además de la evidente de resolver en el menor tiempo posible, por una lado, una declaración de voluntad y, por otro, salvar el debido orden cronológico en la resolución de asuntos.

El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora, en el plazo de los diez días hábiles¹⁵ siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la entidad gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. Deberá acompañar necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

Igualmente, el interesado que inicie el procedimiento de revisión, deberá comunicar tal actuación a la empresa, bien en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil. La comunicación puede ser formal o informal, dado que la comunicación formal será efectuada, como veremos, por la entidad gestora correspondiente. Se

15 El plazo fue de 4 días naturales hasta la reforma del artículo 4.2 del RD 1430/2009, por el RD 625/2104, de 18 de julio. Sobre las reformas operadas por el RD 625/2014, pueden verse los trabajos de PANIZO ROBLES, JA “*Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014*”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF N° 377/78. Agosto/Septiembre 2014; LÓPEZ INSUA, BM. *Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso*, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N° 165, 2014, págs. 51-88 y TORTUERO PLAZA, JL. *Nuevamente la incapacidad temporal a debate*, Rev. Derecho de la Seguridad Social, Núm. 1/2014.

pretende, por tanto, que el empresario tenga conocimiento de la impugnación de forma inmediata y cualquiera que sea su forma, ya que como veremos la impugnación suspenderá los efectos del alta médica, lo que quiere decir que el trabajador no deberá incorporarse al trabajo (el contrato de trabajo seguirá suspendido) y el empresario deberá continuar con el abono del subsidio de incapacidad temporal en régimen de pago delegado.

La entidad gestora correspondiente (INSS o ISM) comunicará a la mutua el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles¹⁶, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica.

Ante la referida comunicación, la mutua podrá responder de distintas formas y con los siguientes efectos:

- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado en plazo hábil, en cuyo caso el procedimiento continuara en sus propios tramites, siendo las alegaciones valoradas por la entidad competente.
- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado fuera de plazo, el procedimiento continuara y el informe podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución, conforme estable el artículo 83.4 de la LPAC.
- No presentar la documentación solicitada, en cuyo caso continuará el procedimiento con la información facilitada por el interesado en su solicitud.
- Reconocer la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora, así como su notificación a las partes, aunque nada diga al respecto el RD 1430/2009.

Igualmente y en fase de tramitación, la entidad gestora competente comunicará formalmente a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado.

La ausencia de un procedimiento administrativo de impugnación del alta médica, ha venido propiciando que el trabajador cuando tras el alta médica se sintiera impedido para volver a trabajar, acudiera al servicio público de salud con la finalidad de obtener una nueva baja médica, ahora por contingencias comunes.

El RD 1430/2009 intenta resolver tal situación con la finalidad de evitar que un proceso por contingencias profesionales cerrado indebidamente pueda transformarse en otro proceso por contingencias comunes, con las implicaciones correspondientes, para el trabajador, el empresario y la entidad gestora.

16 El plazo fue de 2 días naturales hasta la reforma del artículo 4.4 del RD 1430/2009, por el RD 625/2104, de 18 de julio.

A los efectos referidos, la norma actúa en los dos frentes posibles, la empresa y el servicio público de salud en los siguientes términos.

Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja por contingencias comunes emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, con carácter inmediato.

Igualmente, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud actuará de la siguiente forma:

- deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión, en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora.
- Al mismo tiempo y con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En los supuestos en que se emitiera una baja médica, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la mutua no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor. Igualmente y aunque nada dice la norma, deberá reintegrarse al empresario las cantidades abonadas a su cargo.

La ordenación referida plantea algunas dudas que conviene aclarar en función de la variedad de supuestos posibles, así:

- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y que este expida la baja médica sin tener conocimiento del proceso anterior. En este caso, será el empresario el que al recibir la baja médica comunicará tal situación a la entidad gestora correspondiente, sin perjuicio de iniciar el abono de la prestación por contingencias comunes. Es de suponer que en estos casos y aunque nada dice la norma, la entidad gestora iniciara el procedimiento de oficio o bien se entenderá que la comunicación del empresario equivale a la solicitud de iniciación, al tener la consideración de “interesado”.
- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional. Pues bien tras la información de la posibilidad de impugnar el alta caben dos posibilidades, a saber:

- Que el trabajador presente la solicitud de revisión del alta médica, en cuyo caso estaríamos en el supuesto general, sin que sea necesaria la baja médica por contingencias comunes.
- Que el trabajador no presente la solicitud y solicite la baja médica por contingencias comunes.
- Que, en todo caso, el servicio público de salud comunique la situación a la entidad gestora, actuando ésta de oficio en el supuesto de que el trabajador no solicite la revisión.
- Que tras el alta médica por contingencias profesionales el trabajador se incorpore a trabajar y al constatar su imposibilidad para trabajar y la negativa de la entidad colaboradora en orden a reabrir el proceso, acuda al servicio público de salud para obtener una baja médica por contingencias comunes. En estos supuestos no regulados por la norma, la única actuación posible, consiste en que el servicio público de salud informe a la entidad gestora y ésta actúe de oficio.

4.1.3. Efectos de la iniciación del procedimiento de revisión

La mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado. Igualmente y aunque la norma nada dice, se mantendrá el abono de la prestación en la modalidad de pago directo cuando fuera el caso y, claro está según los casos, se mantendrá la obligación de cotizar.

No obstante y como veremos detenidamente más adelante, según los términos en que sea resuelto el procedimiento de revisión, las prestaciones económicas de la incapacidad temporal percibidas durante el mismo podrán considerarse como indebidamente percibidas. Así lo dispone el artículo 4.8 del RD 1430/2009, al establecer que “cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”.

4.1.4. Resolución del procedimiento de revisión

El director provincial de la entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte

de la entidad colaboradora (o se hubiera superado el plazo de presentación), la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto.

Nuevamente, la norma únicamente refiere al supuesto general silenciando todos los casos singulares que hemos analizado, que deberán resolverse en el mejor tiempo posible, utilizando la expresión del propio RD.

En otro orden, debe destacarse que, el informe del equipo de valoración de incapacidades es preceptivo, pero no vinculante, lo que preserva la independencia decisoria del director provincial. Igualmente, la valoración clínica puede ser sobre la documentación aportada, reconocimiento de trabajador, petición de pruebas adicionales..., todo lo cual puede dificultar el cumplimiento del plazo. Nuevamente, tales situaciones se silencian, aunque parece lógico que en los referidos supuestos se suspenda el plazo para resolver.

En todo caso y dada la variedad de supuestos, la resolución deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos, que el RD detalla de forma singular:

- Confirmación del alta médica emitida por la mutua y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.
- Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
- Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos sucesivos que, sin solución de continuidad produzcan sucesivas altas y bajas médicas por diferentes contingencias. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
- Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal, la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, esto es, determinará si procede el alta médica, si procede la concesión de la prórroga de incapacidad temporal o, finalmente, si se inicia un expediente de declaración de incapacidad permanente.

La resolución emitida por la entidad gestora en este procedimiento, podrá considerarse dictada con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, lo que se hará constar en la resolución que se dicte y abrirá el plazo para su impugnación ante la Jurisdicción de lo Social.

4.1.5. Efectos de la Resolución

Los posibles efectos de la Resolución estarán en función del pronunciamiento que se efectúe sobre las distintas circunstancias. El RD es parco en esta materia crucial y deja muchos aspectos sin resolver. Veamos cuales son los efectos de cada supuesto y las dudas que plantean:

- A) Confirmación del alta médica y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta. Los efectos serían los siguientes:
- se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al beneficiario a partir de la fecha del alta, que serán reclamas al trabajador para su devolución.
 - se considerarán indebidamente percibidas las mejoras complementarias que, a cargo del empresario, se hubieran percibido por el trabajador a partir de la fecha del alta, dado que aquellas tan solo tienen virtualidad si existe prestación. El trabajador, por tanto, tendrá que devolver al empresario las cantidades percibidas.
 - queda por determinar el destino de las cotizaciones efectuadas durante el proceso. Si no existieron salarios ni prestación de incapacidad temporal, no existe obligación de cotizar, por tanto, parece razonable que se devuelvan las cotizaciones. Más adelante veremos otras soluciones.
- B) Fijación del alta médica y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en una fecha posterior a la establecida en el alta originaria. Los efectos serían los siguientes, salvo lo que se dirá en el apartado D:
- se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al beneficiario desde la nueva fecha de alta médica.
 - se considerarán indebidamente percibidas las mejoras complementarias que, a cargo del empresario, se hubieran percibido por el trabajador a

partir de la nueva fecha del alta, El trabajador, por tanto, tendrá que devolver al empresario las cantidades percibidas.

- deberán devolverse las cotizaciones efectuadas desde la nueva fecha del alta médica, sin perjuicio de lo planteado más adelante.
- C) Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional. Los efectos serían los siguientes.
- el trabajador continuará percibiendo el subsidio de incapacidad temporal en la misma modalidad, pago delegado por el empresario o pago directo por la entidad colaboradora,
 - mantenimiento de la obligación de cotizar en los términos generales.
 - Mantenimiento de la suspensión del contrato de trabajo
- D) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento. Los efectos aplicando la regla general —que no es la única posible, como veremos seguidamente- serán los siguientes
- se declarará sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora.
 - se fijará la nueva fecha de alta y la extinción del proceso de incapacidad temporal.
 - se considerarán debidamente percibidas las prestaciones y las mejoras si las hubiere, desde el alta indebida hasta la nueva alta médica, así como las cotizaciones efectuadas, sin perjuicio de lo que analizaremos más adelante.
 - se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas que se hubieran abonado al beneficiario a partir de la nueva fecha del alta.
 - se considerarán indebidamente percibidas las mejoras complementarias que, a cargo del empresario, se hubieran percibido por el trabajador a partir de la nueva fecha del alta médica.
 - se deberán devolverse las cotizaciones efectuadas desde la nueva fecha de alta médica, sin perjuicio de lo que veremos más adelante.

No obstante lo anterior, que constituye la declaración de efectos generales, sería necesario realizar algunas matizaciones que permitan plantear efectos diferentes y más razonables. Si en efecto el trabajador recupera su capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento de revisión, quiere decir que el alta médica fue prematura y, por tanto, el trabajador debió continuar en situación de baja médica. Igualmente, durante la tramitación del procedimiento no existen mecanismos de valoración de la evolución del proceso incapacitante, por tanto,

nadie puede valorar tal situación, salvo a posteriori. De ambos presupuestos deriva una conclusión clara, a saber, que el trabajador es ajeno a la situación desencadenada y, que durante la tramitación del procedimiento no existen fórmulas para dar respuesta adecuada a la situación sobrevenida. Por tanto, los efectos más razonables serían los siguientes:

- declarará sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora, dando validez a las prestaciones percibidas durante la tramitación y a las cotizaciones efectuadas.
 - declarar la extinción de la situación de incapacidad temporal a la fecha de la resolución, con los efectos generales ya vistos.
- E) Sucesión de procesos de incapacidad temporal por contingencia profesional y común, tras el alta médica por contingencia profesional emitida por la entidad colaboradora. Los efectos dependerán de la calificación del riesgo originario, así:
- baja médica por contingencia común, tras alta médica por contingencia profesional. Si se calificara que la contingencia sigue siendo de carácter profesional, los efectos serían los siguientes:
 - i. la entidad colaboradora deberá devolver a la entidad gestora las prestaciones abonadas.
 - ii. la entidad colaboradora deberá abonar al trabajador las diferencias a su favor entre una y otra prestación, así como los días en que no hubo prestación.
 - iii. el trabajador tendrá derecho a las mejoras que existieran por contingencias profesionales.
 - iv. la entidad colaboradora deberá abonar al empresario las prestaciones abonadas a su cargo.
 - baja médica por contingencia común, tras el alta médica por contingencia profesional. Si se calificara la contingencia de carácter común, los efectos serían los siguientes:
 - i. se confirmaría el alta médica por contingencia profesional.
 - ii. se mantendría el proceso de incapacidad temporal por contingencia común.
 - baja médica por contingencia común, tras alta médica por contingencia profesional. Si se calificara la contingencia de carácter común y se

entendiera que el proceso incapacitante ha concluido, los efectos serían los siguientes.

- i. se confirmaría el alta médica por contingencia profesional.
- ii. se iniciaría el procedimiento de alta médica por contingencia común.

Como se ha podido apreciar, la complejidad en los efectos de las distintas actuaciones desborda por completo las previsiones del RD 1430/2009, que afronta cuestiones complejas con una ordenación excesivamente simple y elemental.

5. Algunas Consideraciones sobre los Procesos de Impugnación del Alta Médica y sus Efectos

Como hemos visto, existen dos procedimientos administrativos de impugnación o revisión o planteamiento de discrepancias referidos, tanto al alta médica que determine la entidad gestora a partir de los 365 días del proceso de incapacidad temporal, como al alta médica emitida por la entidad colaboradora durante los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales. Veamos ahora cuáles son sus espacios comunes y sus diferencias.

5.1. Finalidad y objetivos de los procedimientos de impugnación/revisión

En principio aunque con los matices ya vistos, la finalidad de ambos procedimientos es similar.

Se prende ofrecer al interesado un cauce administrativo de carácter médico-legal donde puedan contrastarse las razones que justificaron el alta médica del trabajador en los procesos de incapacidad temporal. Así, en los supuestos de alta médica determinada por el INSS/ISM, previa actuación de los equipos de valoración de incapacidades, el contraste se ubica en la inspección del Servicio Público de Salud que buscará el asesoramiento e información del facultativo que trataba médicamente al trabajador. Por el contrario, cuando el alta es emitida por los Servicios médicos de la mutua, el contraste se busca en la entidad gestora (INSS/ISM) previo conocimiento de los equipos de valoración de incapacidades.

La fórmula era reclamada de antiguo en orden a velar por los derechos del trabajador. En efecto, la búsqueda obsesiva del control de la incapacidad temporal, propició el establecimiento de fórmulas de control por doquier y por todas las entidades intervinientes en el proceso, así como por el propio empresario por el cauce del ET, artículo 20.4. Sin embargo, el interesado carecía de cualquier medio, instancia o procedimiento donde plantear y argumentar sus discrepancias, salvo lógicamente la instancia judicial, que constituía una especie de calvario para el trabajador, que debía trabajar sin poderlo hacer (o soportar el

coste de la incertidumbre de la resolución judicial), costearse el proceso, buscar y costearse las pruebas periciales... y/o buscar una nueva baja médica.

Igualmente, otro de los objetivos buscados por el procedimiento de revisión o impugnación es reducir -y seguramente lo conseguirá- las impugnaciones judiciales del alta médica, única instancia existente hasta las reformas analizadas. En efecto la opción por el procedimiento administrativo es clara, ya que ofrece un trámite más ágil, permite el contrate médico-legal y, mantiene al trabajador protegido económicamente durante su tramitación. De esta forma y *si se hace bien los deberes*, la existencia de un espacio de contraste médico-legal con participación del interesado, reducirá los procesos judiciales sobre la materia, ya que las opciones de obtener una sentencia favorable se reducirán considerablemente.

Con buen criterio y con defectuosa regulación, se ordena un mecanismo para resolver en sede administrativa la sucesión de altas y bajas médicas por distintas contingencias y ante las mismas patologías. El procedimiento era de antiguo reclamado y pretende poner fin y clarificar la situación enmarañada. El objetivo sumamente acertado es obtener una única calificación del hecho causante, asignándole la condición de contingencia profesional o común. De ello derivará, el reajuste de responsabilidades de todos los intervinientes, la entidad gestora, la entidad colaboradora, la empresa, la tesorería y el trabajador. De esta forma y en caso de impugnación judicial, el magistrado tendrá que resolver una situación única en su calificación y efectos, lo que no es poco en comparación con la situación previa. Lamentablemente y como única crítica, el RD 1430/2009 ha sido especialmente elemental en su ordenación dejando múltiples flecos sin resolver que he intentado clarificar, con acierto o no, en epígrafes anteriores. La relevancia de la novedad histórica merecía mayor empeño en su ordenación.

5.2. *La hegemonía de las entidades gestoras y sus posibles peligros*

En todas las reformas en esta materia adquiere relevancia una especie de confirmación, reiterativa y quizás desmedida, del protagonismo competencial de las entidades gestoras frente a todo y frente a todos. Los antecedentes históricos, la estructura organizativa de la seguridad social y los apoyos jurisprudenciales en ciertas materias competenciales, seguramente justifican el planteamiento. Sin embargo cabe la duda más que razonable, sobre su eficacia y la proporcionalidad o equilibrio entre resultados obtenidos y gastos necesarios.

Asumir competencias significa al tiempo y en muchos casos, dismantelar, aminorar o subordinar competencias de otros, lo que no siempre equivale a racionalidad, eficacia, eficiencia y seguridad jurídica, sobre todo cuando las normas competenciales originales no se cambian. Es más que razonable el control sobre la actuación de las mutuas, pero no

lo es tanto la forma –repárese, como hemos afirmado en innumerables ocasiones, que las mutuas desaparecen de los procedimientos a pesar de ser hegemónicas en la cobertura de las contingencias profesionales y mayoritarias en las contingencias comunes, como también hemos visto-, como su defectuosa ordenación, y seguramente, en sus implicaciones económicas.

Igualmente, surge el temor de que la hegemonía de la entidad gestora y los márgenes de decisión reservados a los directores provinciales (recuérdese que el conflicto y la correspondiente calificación es de carácter médico-legal y sin embargo, los equipos de evaluación de incapacidades –que es donde están los especialistas- actúan con carácter preceptivo pero no decisorio), deriven o se vean influidos por políticas de objetivos en materia de gastos, lo que minimizaría los efectos de las reformas.

Finalmente y sin perjuicio de la posible saturación de los equipos de valoración de incapacidades (o su crecimiento desproporcionado, que también afecta al gasto) en función de sus múltiples competencias, singularmente en materia de incapacidad permanente, es de resaltar que *no* se trata de un órgano neutral lo que convierte a la entidad gestora, como ya he apuntado en alguna ocasión, en juez y parte del proceso, con las “sospechas” que esto produce en el orden de la seguridad jurídica, así como a la relevancia de las decisiones de las entidades gestoras, carentes de neutralidad, en el orden jurisdiccional.

5.3. Las diferentes consecuencias de los procedimientos y la calificación de la prestación como indebidamente percibida: sobre la legalidad del reglamento

Ya hemos visto, que existen dos procedimientos administrativos de impugnación o revisión o planteamiento de discrepancias referidos tanto al alta médica que determine la entidad gestora a partir de los 365 días del proceso de incapacidad temporal, como al alta médica emitida por la entidad colaboradora durante los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales.

El efecto común y lógico de ambos procedimientos consiste en que los efectos del alta médica se suspenden, con el consiguiente mantenimiento de la percepción de la prestación de incapacidad temporal hasta su resolución. La lógica de la regla y su coherencia está en evitar la aplicación inmediata del alta médica, esto es, la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Consecuencia derivada y obligada es el mantenimiento de la prestación económica, ya que si el alta no produce su efecto, el trabajador continúa en incapacidad temporal y, por tanto, es acreedor de la prestación.

El primer procedimiento regulado fue el de la disconformidad con el alta médica que determine la entidad gestora a partir de los 365 días del proceso de incapacidad temporal en los términos establecidos en el artículo 128.1.a) de la LGSS. En este procedimiento no se estableció ninguna repercusión en los supuestos en que el alta médica

fuera confirmada, de tal forma que el trabajador hacia suyas las prestaciones percibidas durante la tramitación del procedimiento. El segundo procedimiento regulado ha sido, la impugnación del alta médica emitida por la entidad colaboradora durante los primeros 365 días de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, en los términos fijados por el RD 1430/2009 en desarrollo de la previsión contenida en la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007.

La singularidad y diferencia de este segundo procedimiento consiste en que según establece el artículo 4.8 del RD 1430/2009, “cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, *se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal*, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”.

La regla es singular y única, salvo error, en la selva del ordenamiento de la seguridad de la seguridad social, carece de precedentes y penaliza el ejercicio del derecho que se reconoce.

Resulta evidente la justificación de la severa regla, a saber, evitar el abuso en las impugnaciones del alta médica conducentes a ampliar el tiempo de prestación. Posiblemente su origen esté en la experiencia tenida en los procesos de discrepancias ejercitados contra las altas emitidas por las entidades gestoras a partir de los 365 días.

Ninguna de las justificaciones apuntadas, adquieren relevancia jurídica, a mi juicio. La revisión del alta médica necesariamente implica la suspensión de sus efectos y ésta, como vimos, el mantenimiento de la prestación, sin ulteriores consecuencias.

Es claro que el establecimiento de un procedimiento de impugnación, revisión o planteamiento de discrepancias, no garantiza su utilización ortodoxa, en el sentido de que solo se utilizará cuando el trabajador tenga razón y la obtenga formalmente. Puede que el trabajador no tenga razón, puede que sus razones no sean suficientes, puede que aun teniendo razón no se la den, puede que la información disponible no sea suficiente.... La sanción por no obtener el resultado “querido” por la norma, es inapropiada. El reconocimiento de derecho a la impugnación y la regulación del procedimiento oportuno deben efectuarse con todas sus consecuencias, las positivas que son muchas, y las negativas posibles.

Finalmente, la penalización impuesta al trabajador que no obtiene la anulación del alta médica, al margen de desproporcionada como veremos seguidamente, carece de base legal suficiente. La disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 establece que “*reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan*

las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal". En efecto, la norma referida tan solo habilita para regular el procedimiento administrativo correspondiente y no para penalizar su utilización. Dicho de otra forma, la prestación de incapacidad temporal es ordenada y reconocida en la LGSS, de tal manera que para normar *in peius* lo reconocido en la Ley, el instrumento debe ser la Ley, como única garantía de que la "*reformatio in peius*" venga avalada por el necesario debate y aprobación parlamentaria, por tanto, ni siquiera cabe la delegación.

Como hemos visto, la delegación fija sus parámetros, como no podía ser de otra forma. Por un lado, refiere única y exclusivamente a la regulación de un procedimiento administrativo de revisión, por otro, acota el contenido material objeto de revisión, a saber, las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal, y finalmente, reconoce la titularidad del derecho y determina la institución competente para conocer y resolver el procedimiento. Estos elementos son los que conforman la delegación y en ellos comienza y finaliza la misma. Lamentablemente la técnica utilizada no es infrecuente, de forma que se produce, lo que la doctrina ha denominado con acierto "la invasión vertical ascendente y descendente de competencias"¹⁷, derivándose en la invasión descendente la ilegalidad de las normas reglamentarias.

A lo anterior habría que añadir los efectos sobre el contrato de trabajo. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Por tanto, la coordinación de ambas instituciones, contrato de trabajo e incapacidad temporal, están reservadas a sus respectivas normas reguladoras con rango de Ley, la LGSS y el ET, sin que una norma reglamentaria pueda alterar sus contenidos.

De todo ello se deduce, que la previsión contenida en el artículo 4.8 del RD 1430/2009 carece de legalidad suficiente.

5.4. El impacto sobre el contrato de trabajo

Como hemos visto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo¹⁸,

17 La expresión y su construcción es de MORENO ROMERO, F., que además identifica y analiza los espacios donde cristalizan las invasiones competenciales descendentes. MORENO ROMERO, F. *Claroscuros de las normas modernizadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal*, Ponencia XV Congreso Nacional CONPEDI, Aracaju (Brasil).

18 Por todos, ver VIDA SORIA, J., *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, en Rev. Tribunal Social, núm 44-45, 1994 y *La incapacidad temporal y la invalidez*

quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS.

En este orden, el artículo 4.8 del RD 1430/2009, incorpora un efecto anómalo en las relaciones coordinadas entre el ET y la LGSS. En efecto, el alta médica expedida por la entidad colaboradora implica el fin de la incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo, surgiendo la obligación del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo¹⁹. Por su parte, la solicitud de revisión del alta médica provoca la suspensión de la misma, la reapertura del proceso de incapacidad temporal y la continuidad en la suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, la resolución de la entidad gestora confirmadora del alta médica, provoca efectos retroactivos, en el sentido de declarar la extinción de la incapacidad temporal desde la fecha de expedición del alta médica, calificando la prestación como indebidamente percibida y exigiendo su devolución.

De esta ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. El dislate es claro, se trata de una condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador *¡no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos!*

Parece claro, que el legislador se dejó llevar por la justificación de la medida buscando una utilización no abusiva del procedimiento de revisión, sin meditar sobre los múltiples y variados efectos de la técnica penalizadora. Todo ello, sin perjuicio de las dudas más que razonables sobre la legalidad de la norma reglamentaria en esta materia, sus efectos son, en unos casos, de una complejidad extrema, y en otros, de imposible cumplimiento.

Finalmente, el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

En estas ocasiones la pelota queda en el tejado del empresario. ¿Qué hacer? Parece ser que algunas grandes empresas – ante la situación absurda- han optado por buscar la solución menos comprometida, a saber, imputar el tiempo de retroactividad a “las vacaciones”. El equilibrio es complejo, el trabajador mantiene el salario – con devolución de la prestación calificada como indebida- y la cotización, pero pierde tiempo de vacaciones.

del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo: nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo, en Rev. Tribuna Social, nº 61. 1996. Págs. 7-31.

19 Aunque referido al procedimiento de la LGSS, artículo 128.1.a) son coincidentes las apreciaciones de PUEBLA PINILLA, A “*El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentados de trabajo*”. Actualidad Laboral. Nº 11. Junio 2008.

LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA¹

FRANCISCA MORENO ROMERO

Profesora Dra. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

La negociación colectiva es una fuente de regulación de la incapacidad temporal, que complementa las previsiones legales y reglamentarias sobre la materia, al mismo tiempo que aporta datos empíricos sobre la cobertura de esta contingencia en los diversos sectores productivos y en las empresas. Ordenación que en ocasiones queda vinculada a las fórmulas de control del absentismo.

Es habitual que los convenios colectivos incluyan como mejora voluntaria el compromiso empresarial de abonar el complemento necesario para que computado lo que perciba con cargo a la Seguridad Social, se garantice una determinada retribución. En cualquier caso, el diseño convencional de este complemento puede presentar distintas variantes ya sea en función del salario o retribución que se quiere garantizar (en algunos casos el porcentaje del complemento alcanza hasta el 100% de la retribución y en otros se excluyen determinados complementos) o del límite temporal en el que se aplica (algunos no establecen tope alguno, mientras que otros lo limitan a un determinado período de tiempo), incluso en algunos convenios se hace depender de si se requiere o no hospitalización o de si se superan determinados niveles de absentismo.

Palabras clave

Incapacidad temporal; Negociación colectiva; Absentismo; Mejora de prestaciones a cargo del empresario; Criterios para la negociación colectiva.

Abstract

Collective bargaining in regulating a source of temporary disability, supplementing the legal and regulatory provisions in this regard, while providing empirical data on the

1 La presente Ponencia se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación “La Incapacidad Temporal en el trabajo de hombres y mujeres” (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01).

coverage of this contingency in the various productive sectors and companies. Planning is sometimes linked to control of absenteeism formulas.

It is common for collective agreements to include volunteering improves business undertaking to pay the necessary for what perceives computed under the Social Security guarantee a certain salary supplement. In any case, the conventional design of this plug can have different variants either in terms of salary or remuneration to be secured (in some cases the percentage of complement reaches up to 100% of the remuneration and certain other accessories are excluded) or the time limit in which it applies (some do not set any limit, while others restrict it for a certain period of time), even in some agreements is made dependent on whether required or not hospitalization or if certain thresholds are exceeded absenteeism.

Key words

Temporary disability; Collective bargaining; Absenteeism; Improved performance by the employer; Criteria for collective bargaining.

1. Marco Legal

Se da el nombre de previsión social voluntaria al conjunto de instrumentos de carácter privado y voluntario que tienen por objeto la cobertura de riesgos sociales o situaciones de necesidad. Con gran tradición histórica², en la actualidad tiene como principal soporte jurídico el artículo 41 CE, según el cual la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. La previsión social voluntaria puede actuar en efecto como vía complementaria de protección, nunca como vía alternativa o sustitutoria de la seguridad social pública, que tiene carácter obligatorio.

La propia legislación de seguridad social cuenta con la posibilidad de que su acción protectora sea objeto de suplemento o mejora a través de instrumentos privados y voluntarios, por ejemplo a través de los instrumentos que se implanten mediante la negociación colectiva (art. 39 LGSS). El carácter tasado que normalmente tienen las prestaciones de seguridad social también conlleva la posibilidad de establecer mejoras por iniciativa de los propios interesados. La iniciativa privada no puede, en ningún caso, pactar sobre la ordenación de la seguridad social (arts. 4.3 y 39.2 LGSS), cuyas reglas son imperativas y cuyos derechos son irrenunciables (art. 3 LGSS).

Como hemos referido, la legislación de seguridad social contempla la posibilidad de que la acción protectora del sistema en su modalidad contributiva sea objeto de mejora

2 Por todos, ver la obra de GALA DURÁN, C. “El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social”, J. M. Bosch Editor, 1999.

voluntaria en las condiciones legal y reglamentariamente previstas, tanto en el Régimen General como en los regímenes especiales (art. 39.1 LGSS). La mejora voluntaria de su acción protectora, en sus distintas modalidades y a través de los instrumentos legalmente disponibles (mejoras en sentido estricto, seguros privados, planes de pensiones, etc.), es la única vía de intervención de la autonomía privada, y concretamente de la negociación colectiva, en relación con la seguridad social (art. 39.2 LGSS).

Uno de los ingredientes más tradicionales de la previsión social voluntaria está constituido por lo que la legislación de seguridad social califica como mejoras voluntarias, que para el Régimen General se regulan en la OM de 28-12-1966, parcialmente modificada por las OOMM de 21-4-1967, 25-3-1969 y 16-3-1970.

El régimen jurídico de las mejoras voluntarias suele completarse a través de convenios colectivos, pues se trata de una de las materias que tradicional y habitualmente se incorpora al contenido de la negociación colectiva, al constituir ésta el cauce natural para el establecimiento de las mejoras más extendidas.

De los distintos tipos históricos de mejoras de la acción protectora contempladas en las normas aplicables (art. 191.1 LGSS; art. 1.2 OM 28-12-1966), las mejoras directas de las prestaciones han constituido tradicionalmente el cauce fundamental para mejorar voluntariamente las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que se han generalizado en la negociación colectiva.

2. Los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva y los Criterios de Negociación de los Agentes Sociales

En los últimos años se han firmado tres Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (ANC), todos ellos suscritos por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC OO) y la Unión General de Trabajadores (UGT). El I ANC se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 22 de febrero de 2010 y tuvo vigencia para los años 2010, 2011 y 2012. El II ANC, se publicó mediante Resolución de 30 de enero de 2012 (BOE 6-II-2012) para los años 2012, 2013 y 2014. Finalmente el III ANC, de 8 de junio de 2015, con vigencia para los años 2015, 2016 y 2017, publicado mediante Resolución de 15 de junio de 2015 (BOE 20-6-2015). Todos ellos tienen como objetivo orientar la negociación de los convenios colectivos durante la vigencia del mismo, estableciendo criterios y recomendaciones para acometer en los procesos de negociación colectiva.

En el I ANC los temas referidos a la incapacidad temporal y el absentismo tan solo aparecen en la disposición adicional única, que establece:

“Las partes signatarias del Acuerdo iniciarán a partir de su firma, y durante un periodo de seis meses, una negociación bipartita sobre las materias que a continuación se describen:

“Absentismo. IT. Mutuas”.

Por su parte, el II ANC silencia cualquier referencia a los temas objeto de estudio.

Será el III ANC el que presta mayor atención a los temas de incapacidad temporal y absentismo, dedicando los apartados 5 y 6 a las materias referidas, con el siguiente tenor:

5. *Incapacidad temporal*

Con el fin de favorecer la gestión y control de las situaciones de la incapacidad temporal por contingencias comunes (ITCC) los convenios colectivos deberían:

- Impulsar medidas para mejorar la gestión y control de la situación por ITCC, así como incluir criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo en la empresa.
- Racionalizar el establecimiento de complementos de la prestación pública por ITCC, vinculándolo al fin anteriormente citado.

6. *Absentismo*

El absentismo injustificado conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los trabajadores.

La reducción de las ausencias injustificadas en el ámbito sectorial o de empresa debe ser un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial, dado que se proyecta sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores.

Para poder abordarlo, la empresa debe tener un conocimiento riguroso de su absentismo: sus causas, las circunstancias que lo rodean, su coste, etc.

Cualquier solución requiere de un acertado diagnóstico compartido, así como el desarrollo de metodologías sencillas y adecuadas a la realidad.

A tal fin, los convenios colectivos deberían analizar las causas del absentismo injustificado y establecer criterios para reducirlo, definir mecanismos de seguimiento y evaluación con la representación de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control.

Con la finalidad de buscar el contraste de las previsiones de los ANC con los criterios de negociación de los interlocutores firmante, conviene destacar los diferentes planteamientos.

Curiosamente ha sido la CEOE quien mayor atención ha prestado a la incapacidad temporal/absentismo, en sus criterios para la negociación colectiva, reiterando sus planteamientos en los diversos documentos. Por referir a los criterios para el 2015, que mantiene los criterios para el 2013, se establecen los siguientes:

ABSENTISMO

El absentismo laboral, dada su incidencia en los costes laborales y, por tanto, en la productividad y en la competitividad de las empresas, según el III AENC, constituye una permanente preocupación.

Sobre la base de los datos de la Encuesta trimestral de Costes Laborales (INE) y la Encuesta de Coyuntura Laboral (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), la causa más relevante en términos de horas no trabajadas es la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes (ITCC) y Accidente no Laboral, junto con las horas de vacaciones.

Hay que recordar que, obligatoriamente, las empresas soportan directamente contra su cuenta de explotación el pago de la prestación económica por ITCC durante los días 4º a 15 de cada proceso. Además de lo anterior, resulta también extendido en numerosos convenios el pago de complementos económicos de la prestación de ITCC.

Ante tal situación la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral³, ha facilitado la aplicación del art. 52.d) ET, relativo a la extinción del contrato por causa objetiva basada en las faltas de asistencia al trabajo, eliminando el requisito de que se supere el 2,5 de índice de absentismo colectivo en el centro de trabajo, por lo que ahora únicamente se relacionará con las ausencias del trabajador en concreto.

Por otra parte, a efectos de control del absentismo por ITCC se recuerda la posibilidad reguladora en el art. 82.3 ET, de inaplicar en la empresa las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social previstas en el Convenio Colectivo aplicable, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En todo caso resulta recomendable introducir en la negociación la facultad del empresario de comprobar la veracidad de las bajas a efectos del mantenimiento de los complementos de la prestación económica por ITCC, (art. 20.4 ET) condicionando la permanencia o extinción de los mismos al consentimiento del trabajador para la realización de la revisión médica pertinente.

En este sentido, se recuerda a los negociadores la capacidad legalmente reconocida a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para realizar actuaciones de control

3 Del impacto de esta reforma sobre las mejoras voluntarias se han ocupado ALARCÓN CASTELLANOS, M. M. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Estado de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en la negociación colectiva de ámbito estatal tras las reformas de 2012” en AA.VV., Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2013, págs. 533-549.

y seguimiento de la prestación de ITCC desde el primer día con derecho a la prestación pública (4º día del proceso de baja).

De esta manera, en línea con el III AENC, con el fin de favorecer la gestión y control de estas situaciones, los Convenios Colectivos deben:

- Impulsar la introducción de cláusulas reguladoras del control individual de las ausencias por ITCC, así como incluir criterios relacionados con los índices de absentismo en la política retributiva de la empresa.
- Evitar el establecimiento de complementos de la prestación pública por ITCC o, en su caso, suprimirlos o tratar de reducirlos.
- En caso de pactar los citados complementos, estos deberán articularse de manera que desincentiven los procesos de corta duración, en los que el pago de la prestación se realiza directamente por las empresas, (pactando el complemento a partir del día 16, y relacionarlo con los índices individuales de absentismo) o se condicionen a aspectos susceptibles de control, como por ejemplo las bajas con hospitalización o enfermedades de larga duración.

3. Generalidades sobre la Incapacidad Temporal y la Negociación Colectiva⁴

Ciertamente los convenios colectivos muestran interés por la regulación de los complementos de incapacidad temporal. Con carácter general dedican alguna de sus cláusulas al tratamiento del instituto, bien introduciendo una mejora voluntaria respecto del régimen legal, bien especificando medidas de gestión y control, o bien tipificando infracciones relativas a la dinámica de la protección. No obstante, en los últimos años la tendencia muestra una relativa regresión en esta materia. La tradicional acogida convencional convierte a la negociación colectiva en una fuente muy valiosa de regulación de la incapacidad temporal, que complementa las previsiones legales y reglamentarias sobre la materia, al mismo tiempo que aporta datos empíricos sobre la cobertura de esta contingencia en los diversos sectores productivos y en las empresas. Ordenación que en ocasiones queda

4 Para este apartado seguimos los trabajos efectuados por GARCÍA NINET, J. I., “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”, en AA.VV, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 95-109; TORTUERO PLAZA, J.L y SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y, *La Incapacidad Temporal, régimen jurídico y negociación colectiva* (Mapfre, Madrid, 1996), SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C “La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 125, 2005, págs. 855-926 , así como, el trabajo de investigación efectuado por AAVV (DIR. SEMPERE NAVARRO, AV. Y TORTUERO PLAZA, J.L), la protección social y la negociación colectiva, realizado en el marco del programa FIPROS y publicado en www.mtin.es y AA.VV, GALA DURÁN, C. (Investigadora principal), *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual* (Proyecto de Investigación FIPROS/2006/44), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

vinculada a las fórmulas de control del absentismo⁵ y, en otras, son ajenas a los referidos programas o, ni siquiera éstos existen⁶.

La mejora voluntaria de la IT es la materia más tratada en la negociación colectiva, seguida de la tipificación como infracción laboral de conductas relacionadas con la IT y de las medidas de gestión y control de la contingencia.

De esta forma podíamos decir que se sigue la pauta observada en años precedentes (desde mediados de los 90), de modo que la mayor parte de las cláusulas convencionales que contemplan la IT regulan mejoras voluntarias de la prestación. Sin embargo, se aprecia una cierta evolución descendente en la previsión de mejoras de un año para otro, en la línea marcada por los últimos ANC que, como vimos, prestan escasísima atención a la incapacidad temporal, e incluso, la silencian.

Con una cierta lógica, si distinguimos por ámbitos funcionales, puede verse que el mayor porcentaje de cláusulas que establecen mejoras voluntarias pertenece a los convenios de empresa, frente a los de sector.

La tendencia a la reducción de las medidas complementarias de la IT contrasta con el incremento de las infracciones y de los mecanismos de gestión y control de la prestación, lo que redundará en una reducción de la protección para el trabajador y en un mayor control empresarial. De alguna forma, esta derivación resalta la mayor preocupación por el absentismo.

Con carácter general, un alto porcentaje de los convenios colectivos contienen mejoras voluntarias de la prestación de Seguridad Social por IT, pero si algo caracteriza a las fórmulas convencionales utilizadas a estos efectos es su gran heterogeneidad, aunque veremos inmediatamente que en no pocos casos la parquedad de las cláusulas permite deducir cláusulas bastante homogéneas, especialmente en los convenios que se limitan a reconocer el complemento sin ofrecer excesivos detalles en la delimitación de sus perfiles y contenidos, lo que en ocasiones provoca la intervención de los tribunales⁷.

5 A este respecto, LÓPEZ INSUA, B.M: "Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal. El nuevo papel de las mutuas en las reformas legislativas en curso". Revista Española de Derecho del Trabajo, número 165 de junio de 2014.

6 Así lo pone de manifiesto LÓPEZ INSUA, B.M: "Las mejoras voluntarias por incapacidad temporal en el ámbito público y privado. Análisis de la problemática suscitada tras las últimas modificaciones legislativas de 2012 y 2013", en AAVV. Público y privado en el sistema de Seguridad Social. Laborum, 2013, páginas. 571-584.

7 La doctrina judicial se ha ido ocupando de la problemática que surge de la aplicación de las cláusulas que estipulan y estructuran las mejoras en la prestación de incapacidad temporal. Así, los tribunales han vinculado la obligación del complemento de IT a cargo de la empresa, surgida del Convenio colectivo, al contrato y mientras éste subsista (STSJ Madrid, 17-5-3001 [AS 2001, 2718]; STSJ Extremadura, 31-3-2003 [AS 2003, 2328]). Por esa misma razón, el derecho al citado complemento se mantiene durante la situación de prórroga de la incapacidad temporal, después de haberse agotado el plazo máximo de 18 meses, aunque cese la obligación de cotizar, ya que esta circunstancia «no significa extrañamiento del

Como vimos, la norma legal no ofrece un marco específico que delimite los contornos del régimen jurídico de las mejoras voluntarias. Por tanto es la negociación colectiva la que se enfrenta a su ordenación, planteando alternativas muy distintas, evidenciando una especie de universo caótico, formal y material, necesitado de sistematización y clasificación.

Muestra de tal afirmación es que muchos convenios establecen complementos empresariales de diverso alcance según la combinación de múltiples factores, tales como la contingencia que origina la situación de IT, su duración, la gravedad de la dolencia, etc., de modo que es posible que un mismo convenio participe simultáneamente de varias categorías, incluso contradictorias, según el supuesto de IT derive de las distintas contingencias comunes (enfermedad común y accidente no laboral) o profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional).

3.1. Convenios “generalistas”

Bajo esta denominación nos referimos a los convenios que de forma tímida y sin mayores precisiones se limitan a reconocer el complemento económico por incapacidad temporal, estableciendo por lo común el mantenimiento del nivel salarial del trabajador

trabajador fuera del ámbito empresarial, al que sigue perteneciendo, en tanto no concurra alguna de las causas legales capaces de extinguir la relación jurídica con el empleador...» (STSJ Asturias, 30-1-1998 [AS 1998, 136] y STS 7-11-2005 [RJ 2006, 2636]), o mientras dure el proceso de declaración de Incapacidad permanente total, de manera que si la declaración de incapacidad permanente retrotrae sus efectos a la fecha de la citada declaración no existe obligación del trabajador de devolver a la empresa el complemento correspondiente a la IT (STS 30-7-1997 [RJ 1997, 6626], a excepción de que lo percibido por la prestación básica y la mejora de la IT exceda del salario garantizado, en cuyo caso viene obligado a devolver el exceso (STS de 24-10-2005 [RJ 2005, 7823] y 18-11-2005 [RJ 2006, 2333]).

Respecto del trabajador despedido en situación de incapacidad temporal, se mantiene la obligación de complementar la prestación de IT durante el periodo correspondiente a los salarios tramitación, aunque no se perciban, hasta que se declare extinguida la relación laboral por la opción ejercitada por el empresario (SSTS 10-2-2009 [RJ 2009, 1836] y 21-9-2010 [RJ 2010, 7567]).

El salario garantizado por la empresa a efectos de complementar la prestación de incapacidad permanente dependerá de la específica regulación convencional establecida. Cuando no exista una regulación expresa sobre el cómputo de los pluses de turnicidad y nocturnidad, procederá su inclusión cuando por convenio colectivo se integren en la retribución normal y sean abonados en doce mensualidades (STS 31-5-2006 [RJ 2006, 5586]). Por el contrario, no procede incluir el complemento de especiales condiciones de trabajo variable y no periódico, cuando no se integran en la retribución ordinaria sino que compensa trabajo extraordinario prestado en condiciones incómodas, molestas o desagradables (STS 15-5-2004 [RJ 2004, 4608]). Tampoco se incluyen complementos que retribuyen circunstancias ocasionales de trabajo (plus dominical) o por la prolongación de servicios más allá del previsto en la jornada ordinaria (horas extraordinarias) (STS 26-9-2002 [RJ 2003, 454]), ni el denominado quebranto de moneda (STSJ de Canarias, 11-03-2008 [JUR 2008, 164587]).

Se garantiza el 100 % de la retribución percibida en el momento de la baja, de manera que si el trabajador ocupaba un puesto de libre designación en el momento de la baja, la prestación se complementará hasta el 100% de la retribución correspondiente a dicho puesto, aunque con posterioridad y como consecuencia de haber cesado en dicho puesto durante la situación de baja, le correspondiera percibir inferior retribución (STS 19-11-2007 [RJ 2008, 303]).

desde el primer momento, con independencia de cuál sea la causa que dé lugar a la situación apuntada, su duración u otras circunstancias que pudieran ayudar a resolver los múltiples problemas prácticos que, sin duda, surgirán como consecuencia de su aplicación, lo que es evidente que ocurrirá con la determinación de su cuantía, singularmente en los casos de estructura salarial (y extrasalarial) compleja.

3.2. *Convenios con criterios de ordenación*

Nos referimos con esta denominación a convenios que utilizan como clasificador a alguno de los elementos de ordenación jurídica, procediendo a identificar la situación mejorada (normalmente por su origen) a ordenar los criterios de ordenación cuantitativa de la mejora, su duración...etc.

3.2.1. Según el origen de la situación de incapacidad mejorada

Las previsiones convencionales pueden agruparse en torno a dos grandes categorías, sin perjuicio de ulteriores subclasificaciones.

- a) Cláusulas que establecen mejoras voluntarias para la totalidad de las contingencias de las que puede derivar la IT, es decir, tanto para contingencias profesionales como comunes.
- b) Cláusulas que mejoran sólo situaciones de IT de un determinado origen, bien profesional o bien común.

Entre las dos opciones formuladas se acoge de modo mayoritario la primera, dentro de la que cabe distinguir fórmulas muy diversas que a veces introducen matices en la protección. Pueden citarse las siguientes posibilidades:

- No especificar para qué contingencias se contempla el complemento de la prestación de Seguridad Social (lo que ocurre sobre todo en el ámbito empresarial). Este silencio implica extender la mejora a toda IT, con independencia de su origen. No obstante, se observa una tendencia en los convenios a precisar el origen de la IT mejorada, lo que contribuye a clarificar expresamente el ámbito de aplicación de la mejora.
- Identificar expresamente cada una de las contingencias comunes y profesionales posibles, que a efectos prácticos es como si no se especificara nada. Llama la atención el absoluto silencio respecto de períodos de observación de enfermedades profesionales. No hay alusiones específicas pero tampoco se los excluye de las mejoras, por lo que quedan subsumidos en las referencias genéricas a la IT derivada de enfermedad profesional.
- Referir, genéricamente, a accidentes y enfermedades.

- Expresar que la cobertura se extiende a las situaciones de incapacidad temporal “cualesquiera que sean las contingencias de las que ésta se derive” o fórmula equivalente.

Conjuntamente con las fórmulas expuestas, entre los convenios de empresa se aprecian otras previsiones, que demuestran una mayor riqueza de contenidos:

- Contemplar mejoras para IT derivada de cada una de las contingencias comunes y profesionales, pero omitiendo la referencia expresa a la enfermedad profesional.
- Referir genéricamente a accidentes, intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones, posteriores períodos de rehabilitación, etc., lo que da idea de que no se opta por una clasificación según el origen común o profesional de la contingencia sino en función del tipo o gravedad de la dolencia padecida. La misma conclusión se extrae de los casos en que la negociación colectiva excluye expresamente de mejora ciertas enfermedades o accidentes, con independencia de su origen laboral o no laboral.
- Limitar la mejora sólo a procesos de más de treinta días de duración, o con hospitalización.
- Extender la mejora a IT derivada de enfermedad común y profesional, si bien la referencia al accidente es genérica (sin indicar su origen laboral o no laboral). Otros hacen justamente lo inverso: referencia genérica a la enfermedad pero alusión específica al accidente de trabajo.
- Excluir expresamente ciertas enfermedades, que en ningún caso dan lugar a la percepción del complemento de mejora.
- Contemplar una cobertura económica para aquellos casos en los que no se reúnen los requisitos legales para acceder al subsidio de IT.

Junto a la señalada tendencia mayoritaria a contemplar mejoras de la prestación de IT tanto de origen común como profesional, existe un pequeño grupo de convenios que circunscriben la mejora a la IT derivada de contingencias profesionales. Esta práctica se observa con frecuencia algo superior entre los convenios de sector, y ha aumentado, en general, el número de acuerdos que optan por este tipo de fórmulas. Entre ellos, algunos acuerdos aluden exclusivamente al accidente de trabajo.

Otros convenios contemplan mejoras voluntarias sólo para situaciones de IT derivadas de contingencias comunes, que también existen, pero su número es poco significativo.

En definitiva, los riesgos originarios de las situaciones de IT se siguen utilizando con escasa precisión técnica, combinando en pie de igualdad estrictos riesgos (accidentes y enfermedades comunes o profesionales) con circunstancias colaterales (hospitalización, intervención quirúrgica, etc.), lo que trae como resultado una complejidad quizá excesiva

que, lejos de disipar dudas, se convierte en fuente importante de inseguridad jurídica y conflictividad.

3.2.2. La identificación de la cuantía de la mejora

La determinación de la cuantía de la mejora es, probablemente, uno de los aspectos del complemento que mayor diversidad presenta en los convenios. Se combinan modalidades de fijación (porcentajes calculados sobre múltiples conceptos o cantidades lineales) con períodos temporales, porque es posible que esos porcentajes o cantidades vayan variando según transcurre el tiempo, tal como de hecho sucede con la prestación de Seguridad Social por contingencias comunes. Además, en función de la causa, no son infrecuentes las cláusulas que establecen cuantías diferentes en función de cuál sea la contingencia⁸.

Se constata que los convenios apenas se han modernizado en esta materia respecto de lo negociado en años anteriores, pues suele acogerse una fórmula ya generalizada, cual es la fijación de un porcentaje garantizado sobre un módulo de referencia, siendo los más utilizados los siguientes:

8 Para determinar la cuantía del subsidio debe calcularse, en primer lugar, la base reguladora, que se obtiene dividiendo el importe de la base de cotización—por contingencias comunes o profesionales, según corresponda—del mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de la incapacidad temporal, entre el número de días a que dicha cotización se refiera. Si el trabajador percibe retribución mensual y ha permanecido todo el mes anterior en alta en la empresa, se dividirá entre 30 la base de cotización correspondiente a dicho mes —independientemente del número de días que efectivamente tenga el mes en cuestión—. Pero si el trabajador ha ingresado en la empresa el mismo mes en que se inicia la situación de incapacidad temporal, la base de cotización utilizada es la de ese mes, debiendo dividirse entre el número de días cotizados.

Si el subsidio corresponde a una situación de incapacidad temporal producida por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora se obtiene de acuerdo con el mismo procedimiento, pero agregando al salario integrante de la base de cotización el promedio de la retribución percibida por las horas extraordinarias realizadas en los doce meses inmediatamente anteriores a la baja [art. 109.2.e) LGSS; art. 2.2 OM 13-10-1967]. Nótese que en el pago del subsidio, por cualquier contingencia, ya se tiene en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias, puesto que ya figura en el cálculo de la base de cotización mensual.

La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora un porcentaje, que en el caso de incapacidad temporal por contingencias comunes, será de un 60 por 100 entre los días 4.º y 20.º de la baja —ambos incluidos, no percibiéndose subsidio los tres primeros días—, y de un 75 por 100 a partir del día 21.º . art. único RD 53/1980, de 11 enero) Si la incapacidad temporal se debe a contingencias profesionales se aplica a la base reguladora el 75 por 100 a partir del día siguiente al de la baja (art. 2 D. 3158/1966; art. 2 OM 13-10-1967).

En caso de IT por contingencias profesionales el día de la baja se computa como día de trabajo, y el empleador deberá abonar el salario correspondiente. En caso de contingencia común la norma no precisa tal extremo, de modo que el día de la baja deberá retribuirse si el trabajador ha asistido al trabajo y la baja se emite con posterioridad (la IT desplegaría sus efectos al día siguiente de la baja médica, al igual que en contingencias profesionales). En cambio, el día de la baja formará parte del período de IT si el parte de baja es previo a la incorporación al trabajo.

- Conceptos retributivos que le correspondería percibir al trabajador de haber podido desarrollar sus actividades laborales. En este caso se suele garantizar el 100% de estos conceptos, aunque en ocasiones la cuantía es inferior según la contingencia o la duración del proceso. Esta y otras fórmulas equivalentes –retribución, retribución ordinaria, etc.– parecen dejar claro que el módulo de referencia es la retribución ordinaria del trabajador, lo que inmediatamente plantea la duda de la inclusión o no de percepciones no salariales u otras claramente salariales, aunque vinculadas al desarrollo de trabajo previo (pagas extras, variable, etc.).
- Salario base, garantizando el 100% o porcentajes inferiores. Igual que en años precedentes, el salario base es un módulo poco utilizado para calcular el complemento de mejora.
- Suma del salario base más determinados complementos concretos. Mayoritariamente se garantiza el 100%, si bien en ocasiones se aplican porcentajes inferiores según contingencia y duración. Se trata de un módulo de referencia de utilización muy extendida entre los convenios de empresa, y de uso minoritario entre los acuerdos sectoriales.
- Base de cotización, cuantificándose la mejora en el 100% (mayoritariamente) o una proporción más baja.
- Base reguladora de la prestación de IT. Nuevamente la opción mayoritaria es el 100% de dicha base, si bien existen otras fórmulas de menor cuantía.
- Retribución fija, la retribución fija más antigüedad y pagas extraordinarias, las retribuciones fijas más algunos complementos de devengo superior al mensual o el promedio de ciertas partidas salariales variables.
- Unos pocos convenios (de ámbito empresarial) establecen reglas específicas en cuanto a retribución variable, como considerar que el trabajador de baja por IT tendrá derecho a percibir el 10% de la paga de beneficios, o el 15% de determinados complementos de puesto de trabajo, o reconocer toda o una parte de ciertos pluses, calculada sobre el promedio de lo percibido por tales conceptos en los últimos treinta días, tres meses, seis meses, en el último año en los últimos dos años, o el promedio de lo que corresponda por tal concepto al equipo o sección al que pertenezca el trabajador.
- Ya de modo muy minoritario, pueden citarse convenios que calculan la mejora sobre los “conceptos salariales” o sobre las “retribuciones salariales ordinarias”, lo que parece excluir las partidas de naturaleza extrasalarial, aunque también podría interpretarse en sentido amplio y comprender a estas últimas. Otro instrumento especifica además que ha de tratarse de partidas “fijas”. Igualmente se aprecian alusiones a los conceptos retributivos del mes anterior a la baja. Otros convenios se refieren a la “nómina normal” del trabajador, o las

“regulares percepciones” del trabajador; hay que decir que por estos conceptos se entiende todo lo que el trabajador percibe en circunstancias ordinarias, si bien no existe unanimidad judicial a la hora de incluir o no en los ingresos “normales” los pluses de festividad y de nocturnidad.

Respecto de todos estos módulos de referencia, el escogido mayoritariamente por los convenios de empresa es el del salario base más determinados complementos. Por su parte, los convenios sectoriales optan preferentemente por la remuneración que el trabajador debería de percibir si hubiera podido seguir prestando servicios o por el salario del trabajador (si bien casi nunca se aclara qué partidas han de entenderse incluidas en el mismo).

Sobre los porcentajes aplicables a los mencionados módulos, prepondera ampliamente la opción por mantener uno invariable (que, como se ha visto, suele ser el 100%) a lo largo de todo el período cubierto por la mejora, aunque en algunas cláusulas convencionales se aprecia un aumento de la cuantía a medida que transcurre el tiempo, de modo que se desincentiva el absentismo de corta duración, y en otras se produce justamente lo inverso: disminuye la cuantía superada una determinada duración de la situación de IT.

Finalmente, también es lo más habitual que se establezcan cuantías similares con independencia de que la IT derive de contingencias comunes o profesionales, aunque en esta tendencia se invierte entre los convenios de sector a partir del 2003, en los que tiene preferencia la IT de origen profesional. En general, en aquellos en los que varía la cuantía según cuál sea la contingencia generadora de la IT, puede verse que una amplia mayoría establece cuantías superiores para contingencias profesionales que para contingencias comunes.

3.2.3. Sobre la Duración de la mejora en relación con la duración de la incapacidad temporal⁹

Es común que muchos acuerdos mantienen silencio respecto del período durante el cual ésta ha de percibirse. Aunque en estos casos parece que lo lógico es interpretar que la

9 La incapacidad temporal es por definición una situación transitoria o de corta duración. Cuando tiene su origen en enfermedad o accidente (común o profesional) su duración máxima inicial es de 365 días, aunque con posibilidad de prórroga e incluso de ampliación adicional en determinadas circunstancias (art. 128.1.a) LGSS; arts. 14 y 15 D. 1646/1972; art. 9 OM 13-10-1967).

Agotado el plazo inicial de 365 días (art. 128.1.a) LGSS), la situación de IT puede ser objeto de prórroga por resolución del INSS hasta un máximo de otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Cuando la situación de IT se extinga por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales, se examinará necesariamente en el plazo máximo de tres meses el estado del incapacitado para la declaración en su caso de incapacidad permanente, en el grado que corresponda. Ahora bien, si continúa la necesidad de tratamiento médico y existe una razonable expectativa de recuperación o mejoría del trabajador, cabe la ampliación temporal de este procedimiento por el tiempo que precise, aunque con el plazo máximo total de 730 días naturales sumados los de la incapacidad temporal y los de la prolongación de sus efectos (art. 131. bis.2 LGSS).

percepción de la mejora se produce mientras se cobre la prestación de IT, llama la atención el completo descuido de los negociadores sobre un tema tan importante como éste, ocasionando una conflictividad innecesaria.

Por otro lado, aunque siguen siendo muy escasos los convenios que vinculan expresamente el período de percepción de la prestación de mejora al del cobro del subsidio por IT, se aprecia un claro incremento del número de aquéllos, sobre todo en el ámbito sectorial.

Una fórmula que se utiliza bastante en los convenios colectivos, especialmente en los de empresa, es vincular el período de percepción de la mejora a la duración de la situación de IT (es decir, desde el primero al último día de baja, salvo que aquélla se extinga antes por otro motivo). Esto plantea dudas respecto del supuesto de agotamiento del plazo máximo de IT y prórroga de sus efectos hasta la calificación de la incapacidad permanente.

Al grupo anterior hay que sumar aquellos otros convenios (especialmente sectoriales) que fijan como período de percepción de la mejora un máximo de **dieciocho meses**, que es justamente el tope máximo de duración de la IT, con lo cual tácitamente vienen a establecer ese vínculo entre la mejora y la situación de IT, dejando claro que la extinción de la prestación empresarial se anuda a la extinción técnica de la situación de IT por agotamiento de su plazo máximo.

En virtud de todo lo anterior, se observa un cierto equilibrio cuantitativo entre los convenios que mantienen la prestación de mejora hasta la extinción técnica de la situación de IT y los que lo extienden también, expresa o tácitamente, a las prórrogas de sus efectos hasta la declaración de incapacidad permanente.

Respecto de la fecha inicial de percepción de la mejora, un significativo número de convenios (sobre todo de empresa) fija la misma en el primer día de baja. Al igual que sucede cuando se establece la mejora mientras exista situación de IT, en estos casos se percibe aquélla incluso durante el período de espera de los tres primeros días de baja para la IT por contingencias comunes. En general, puede observarse una cierta tendencia al alza en la cobertura del período de espera respecto de años precedentes. Ahora bien, muchos convenios introducen matices que disminuyen la mejora durante dicho período:

- Fijando un número máximo de días cubiertos al año, lo que significa que superado dicho tope la situación de IT no dará ya derecho a la mejora durante los tres primeros días de baja por contingencias comunes.
- Estableciendo una cuantía inferior para la mejora voluntaria durante este período de espera.
- Estableciendo una cuantía inferior para la mejora durante este período de espera pero sólo una vez superado un número de días de baja al año.

- Reservando la posibilidad de percibir la mejora desde el primer día de baja a supuestos de dolencias de mayor gravedad, como por ejemplo si se trata de procesos con una determinada duración mínima o si existe hospitalización.
- Previendo que la mejora comience a percibirse el primer día de baja sólo en la primera IT por contingencias comunes del año, o contemplando esta cobertura para las primeras dos situaciones de IT por contingencias comunes del año.
- Muchos otros convenios retrasan, de modo explícito, el comienzo de la percepción de la mejora a una fecha posterior a la de la baja. En algún caso el retraso es sólo para enfermedades de menos de quince días, lo que se identifica como una medida de lucha contra el absentismo de corta duración. Tal como ya se observara en la negociación colectiva de años precedentes, esta práctica no siempre responde a un paralelismo con la ordenación legal de la prestación de Seguridad Social, con lo cual hay que estar a la problemática interna de cada convenio para comprender la justificación de la fecha seleccionada.

En el ámbito empresarial se aprecian ciertas peculiaridades adicionales: así, se excluye la posibilidad de que el complemento se perciba durante el período de prueba o se condiciona la percepción del complemento a que hayan transcurrido al menos seis meses desde el alta por el último proceso de IT sufrido por el trabajador.

3.3. Condiciones para la percepción de la mejora y medidas generales para su control

Dado el carácter voluntario de los complementos de mejora, nada impide condicionar su percepción a la concurrencia de ciertos requisitos (siempre que los mismos no sean ilegales o discriminatorios, claro está). Entre los elementos condicionantes puede mencionarse el índice de absentismo y el sometimiento a reconocimientos médicos.

La modulación cuantitativa o supresión de la mejora en función del índice de absentismo es de escasa utilización. Ya en años previos podía observarse una incipiente tendencia alcista en este tipo de cláusulas, y actualmente, aunque sigue siendo escaso su número, hay que señalar la continuidad en esa lenta progresión al alza.

En cuanto a la implementación de reconocimientos médicos obligatorios para los trabajadores que perciben mejoras voluntarias, se observa igualmente un suave incremento cuantitativo de un año para otro, y desde luego es mucho más frecuente en el ámbito empresarial, que prácticamente dobla al sectorial en este tipo de cláusulas. Un significativo número de acuerdos plasma en su articulado lo que dispone el artículo 20.4 ET con carácter general, y establecen la obligación de los trabajadores de baja por IT de someterse a un reconocimiento efectuado por un médico designado por la empresa o de la Mutua

que cubra la contingencia, a efectos de verificar que realmente el trabajador no puede prestar servicios. Un buen número de convenios especifica que en caso de discrepancia entre el diagnóstico del médico designado por la empresa y el del servicio público de salud, prevalece el criterio del primero y en su virtud puede suspenderse el abono de la mejora voluntaria (si bien ciertos convenios exigen la intervención de los representantes de los trabajadores). En el mismo sentido, ciertos convenios condicionan la percepción del complemento a la previa confirmación de la baja por el médico de empresa, lo que no es sino otorgar prevalencia al dictamen privado. No obstante, algunos acuerdos ofrecen soluciones distintas, como la de dirimir la cuestión por dictamen de la Inspección Médica, la designación de un facultativo externo por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, o la posibilidad de que el trabajador recurra la decisión de la empresa de suspender la mejora ante un tribunal médico. Muy escasos son los convenios que se decantan por la opinión del facultativo del Servicio Público de Salud.

Un escasísimo número de convenios aclara que en estos casos, además de perder la mejora, hay que avisar a la Inspección Médica a los efectos legales, de modo que aunque el empresario no puede retirar la prestación de Seguridad Social, se alerta a la entidad gestora para que en su caso la suspenda.

Como es sabido, el art. 20.4 ET señala que la negativa del trabajador a someterse a este reconocimiento puede conllevar la pérdida de los derechos económicos a cargo del empresario. En la regulación de ésta cuestión en la negociación colectiva, se observa que algunos convenios omiten toda referencia a las consecuencias de esta negativa del trabajador y otros se limitan a reiterar la fórmula legal, con lo cual persiste la duda sobre el alcance de la previsión. Sólo resultan clarificadores los convenios que indican que en estos casos se suprime automáticamente la prestación complementaria que satisface la empresa, lo que ocurre en una mayoría de los acuerdos de empresa que contemplan estos reconocimientos. Incluso entre estos últimos convenios se observan ciertas particularidades, como la de aquéllos que establecen que la resistencia del trabajador a cumplir esta obligación hace presumir que la dolencia se está simulando, con las consecuencias que el propio instrumento establezca para dicha conducta fraudulenta, e incluso se indica que en estos casos procederá el reintegro de los complementos sufragados por la empresa; también merece ser citado el convenio que precisa que lo que si el trabajador no comparece ante el personal médico sin alegar justa causa para su conducta, perderá el derecho al complemento durante todo el resto del proceso de baja que le quede. Algunos convenios prevén la supresión automática de la prestación complementaria si el trabajador impide la visita domiciliaria.

Algunos convenios, sobre todo de ámbito empresarial, van un poco más allá y ponen en juego los límites del derecho a la intimidad de los trabajadores. Así ocurre cuando no sólo se condiciona la percepción de la mejora a que el trabajador se someta a los reconocimientos

médicos, sino también a que permita, a tal efecto, la visita domiciliaria del médico designado. Y ya de modo excepcional incluso pueden citarse cláusulas especialmente llamativas y cuestionables en las que se exige al trabajador que permanezca siempre localizado, que no cambie de residencia sin autorización, que no se ausente de su población, que no abandone su domicilio (en unas determinadas horas o salvo por prescripción facultativa o para acudir al médico), o que no asista a espectáculos públicos, cafeterías o bares.

Como requisito adicional para percibir el complemento a cargo de la empresa, algún convenio exige, en el caso de contingencias comunes sin hospitalización, que lo soliciten previamente los representantes del personal, y otros limitan la mejora a aquellos trabajadores que cuenten con una antigüedad mínima en la empresa. Algún acuerdo la condiciona a que el trabajador ponga en conocimiento de la empresa de modo inmediato la producción del accidente o de la enfermedad, y alguno otro establece que la realización de cualquier trabajo o actividad durante la baja por IT implicará la pérdida definitiva y para siempre del derecho a los complementos de mejora.

Por último, algunos convenios recalcan que si el trabajador incurriera en falta que diera lugar a la privación de la prestación de Seguridad Social, perderá también el derecho al complemento a cargo de la empresa, lo que es evidente dado que, como se aclaró antes, las mejoras voluntarias se vinculan a las prestaciones complementadas de modo tal que siguen su misma dinámica a salvo de lo que se diga expresamente en el instrumento que las reconozca.

No son infrecuentes los casos en que se vincula la percepción del complemento al absentismo individual o colectivo, pero sí son más extraños los casos en que se dan pautas de medición objetiva del absentismo.

3.4. Gestión y control de la Incapacidad Temporal

Las cláusulas convencionales que prevén mecanismos de control y gestión de la prestación no son tan frecuentes como las alusivas a mejoras voluntarias, sobre todo en el ámbito sectorial. Se trata de cuestiones muy apegadas a la práctica de cada empresa, por lo que es lógico que los convenios sectoriales no entren excesivamente en su regulación.

Se aprecian previsiones sobre todo respecto de la presentación de partes y de la realización de reconocimientos médicos (que ahora aparecen no ya como condicionantes para la percepción de la mejora voluntaria sino como mecanismo de control de la veracidad de la situación de IT). El plazo para la presentación de partes es un tema especialmente abordado en la negociación colectiva sectorial, aunque se percibe una disminución notable en los últimos años. En cambio, en los convenios de empresa abundan cláusulas relativas a los controles médicos, que también se observan en los convenios sectoriales pero con mucha menor frecuencia.

3.4.1. Presentación de partes

Una de las cuestiones que más se aborda por la negociación colectiva en relación con la gestión y control de la IT, es el tiempo y modo en que deben presentarse los partes de baja. Un buen número de los convenios plasman esta previsión legal en su articulado recordando dicho plazo de tres días para la entrega del parte o sencillamente aludiendo al “tiempo oportuno” para cursar la entrega (que, salvo que se diga otra cosa en convenio, es lo mismo que remitirse a lo dispuesto en el Reglamento: 3 días); no obstante, puede citarse otro elevado número de convenios que estipulan un plazo más reducido: concretamente de cuarenta y ocho horas, cuyo incumplimiento, además, constituye infracción o falta laboral. En todo caso, la forma y modo en que deben presentarse los partes de baja es cuestión en declive en los convenios más modernos.

Se suele proporcionar también un plazo para acreditar dicha justificación de la ausencia (las veinticuatro horas siguientes o el tiempo oportuno según el caso), tipificando su incumplimiento como infracción laboral, salvo imposibilidad de hacerlo. Nuevamente en virtud del art. 39.2 LGSS, ha de entenderse que estas cláusulas sólo serán de aplicación a la presentación de partes de baja por IT si reconocen plazos iguales o superiores al reglamentario. Así, por ejemplo, no jugaría en estos casos el plazo de veinticuatro horas, y sí el genérico del “tiempo oportuno” (que sería el de los tres días del RD 625/2014)¹⁰.

Por último, conviene reseñar que un buen número de convenios condicionan la percepción del complemento de mejora que en su caso estuviera previsto a la presentación del parte de baja médica.

En cuanto a los partes de alta médica, algunos convenios establecen también plazos distintos del reglamentario para su presentación (que según el art. 4 de la Orden de 19 de junio de 1997, es de veinticuatro horas): cinco días, el día de la reincorporación¹¹.

10 El artículo 10.2 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, establece que:

2. El trabajador está obligado a presentar a la empresa la copia de los partes de baja y confirmación destinada a ella, en el plazo de tres días contados a partir de la fecha de su expedición

11 La nueva ordenación, aun no incorporada a la negociación colectiva, por su modernidad está contenida en el artículo 10.2 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que establece:

“... está obligado a presentar a la empresa la copia destinada a ella del parte de alta dentro de las 24 horas siguientes a su expedición”

Sobre la nueva ordenación, PANIZO ROBLES, JA. *La culminación del nuevo control “económico” de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio)*, en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos

3.4.2. Infracciones laborales vinculadas a la situación de IT

Existen ciertas clases de conductas vinculadas a situaciones de IT que se contemplan en los catálogos convencionales de infracciones laborales, dando lugar a posibles sanciones impuestas en virtud del poder disciplinario empresarial. El número de convenios que estipula este tipo de cláusulas es muy alto. Ahora bien, los convenios no se muestran en este punto excesivamente originales, por lo que a fin de cuentas pueden reconducirse todas ellas a una serie de fórmulas que se reiteran sistemáticamente.

En los convenios de sector, la conducta relacionada con la IT que con más frecuencia se tipifica en los convenios como infracción laboral es, sin duda, la simulación de enfermedad o accidente. Lo más habitual es considerarla falta grave, aunque también hay un importante número de convenios que la califican de muy grave.

En orden cuantitativo descendente, a la simulación de enfermedad sigue, en un importante número de convenios, el incumplimiento de la obligación de presentación puntual de los partes médicos (casi siempre de baja), que es considerada mayoritariamente como infracción leve. A este respecto, conviene tener presente que es ilegal el establecimiento convencional de plazos de presentación de partes más cortos que los previstos reglamentariamente, por lo que será nula toda sanción impuesta a los trabajadores que incumplan dichos plazos restrictivos aunque el convenio haya tipificado tal incumplimiento en su catálogo de infracciones laborales.

Otras faltas laborales que se encuentran en los convenios son el falseamiento de datos (infracción grave o muy grave, según cada convenio), el incumplimiento de la obligación convencional de comunicar la ausencia (en todos infracción leve) y la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la situación de IT (en todos infracción muy grave).

En los convenios de empresa, la conducta relacionada con la IT que con más frecuencia se tipifica en los convenios como infracción laboral vuelve a ser la simulación de enfermedad o accidente. Normalmente se la considera falta grave, aunque también hay un importante número de convenios que la califican como muy grave.

En orden cuantitativo descendente, a la simulación de enfermedad sigue, en un importante número de convenios, el incumplimiento de la obligación de presentación puntual de los partes médicos (casi siempre de baja), que es considerada mayoritariamente como infracción leve. A este respecto, conviene tener presente que es ilegal el establecimiento convencional de plazos de presentación de partes más cortos que los previstos

prácticos: recursos humanos, N.º. 388, 2015, págs. 125-152, MORENO ROMERO, F. *Claroscuros de las normas modernizadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal*, Ponencia XV Congreso Nacional CONPEDI, Aracaju (Brasil), 2015.

reglamentariamente, por lo que será nula toda sanción impuesta a los trabajadores que incumplan dichos plazos restrictivos aunque el convenio haya tipificado tal incumplimiento en su catálogo de infracciones laborales.

Otras faltas laborales que se encuentran en los convenios son el incumplimiento de la obligación convencional de comunicar la ausencia (en todos infracción leve), la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la situación de IT (casi siempre infracción muy grave), el falseamiento de datos (en todos infracción muy grave), el incumplimiento de prescripciones médicas (infracción grave o muy grave, según cada convenio) y la obstaculización de la comprobación médica de la situación de enfermedad o accidente (igualmente infracción grave o muy grave según cada convenio).

En conclusión, la negociación colectiva de ámbito sectorial ofrece con mayor frecuencia cláusulas relativas a la tipificación como infracción laboral de conductas vinculadas a la IT, frente a una menor (aunque significativa) respuesta desde el ámbito empresarial.

El catálogo de faltas es bastante similar en ambos ámbitos negociales, si bien entre los convenios de empresa se observa una mayor amplitud.

LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO¹

ALBERTO LLORENTE ÁLVAREZ

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Resumen

En el estudio se analiza la protección de la incapacidad temporal en diversos estados de la Unión Europea. “Incapacidad temporal” es la denominación que recibe, en el ordenamiento jurídico español, la situación en que se encuentra un trabajador cuando, como consecuencia de una enfermedad, no pueden desarrollar su trabajo temporalmente. En estos supuestos de incapacidad temporal para el trabajo, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, los sistemas de Seguridad Social, con carácter general, reconocen dos tipos de prestaciones: prestaciones en especie –normalmente, prestaciones sanitarias- y prestaciones económicas. El estudio se centra en el examen del régimen jurídico de las prestaciones económicas en cuatro países, en concreto, en Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia. Se sigue el mismo esquema para el análisis de la protección existente en cada uno de ellos. En primer lugar se describen, de manera abreviada, las líneas generales del sistema de Seguridad Social de cada uno de los estados para, seguidamente, en segundo lugar, examinar el régimen jurídico básico de la protección de la incapacidad temporal en cada uno de los estados analizados. En el último epígrafe del estudio se condensan, a modo de conclusiones, algunas consideraciones generales que cabe extraer tras el examen de la protección existente en los distintos estados, tratando de resaltar aquellos aspectos comunes a los diferentes sistemas protectores o aquellos aspectos particulares y específicos de cada uno de ellos pero que se han considerado que pueden tener un interés general.

Palabras clave

Incapacidad temporal; Unión Europea; Prestaciones económicas.

1 La presente Ponencia se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación “La Incapacidad Temporal en el trabajo de hombres y mujeres” (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01).

Abstract

It is analyzed in this work the protection given by the temporary incapacity benefit in different States of the European Union. “Incapacidad temporal” is the name given by the Spanish law to the situation of a worker who, as a consequence of a disease, is unable temporarily to perform his work. In these cases of temporary incapacity for work due to a disease or an accident, Social Security Systems grant, generally speaking, two types of benefits: benefits in kind –usually health care benefits– and benefits in cash. This study is focused on the analysis of the legal regulation of benefits in cash in four countries: Belgium, France, United Kingdom and Italy. The same approach is followed for the analysis of the protection established in everyone of those States. Firstly are described, in a summarized way, the general aspects of the Social Security System of every State and, then, secondly, it is examined the basic legal regulation of the protection of temporary incapacity in everyone of the States considered. In the last part of the study are summarized, as conclusions, some general considerations that can be obtained after the analysis of the protection granted in the different States, trying to highlight the common aspects to the different systems of protection or those particular and specific aspects of every of them that have been considered to have a general interest.

Key words

Temporary incapacity for work; European Union; Protection, benefit.

1. Introducción

Un trabajo de estas características, en el que se pretende ofrecer una exposición de la legislación de diferentes sistemas de Seguridad Social con un considerable aporte de datos, requiere unas previas explicaciones metodológicas, con el objeto de que la información que en él se ofrece pueda ser valorada adecuadamente.

Con el propósito apuntado, es necesario comenzar señalando que la primera cuestión metodológica a solventar, para la elaboración de la ponencia, se derivaba del título de la misma. En efecto, lo primero a determinar es cuáles eran los Estados de “nuestro entorno” a los que tenía que referirse. Evidentemente cabía una primera respuesta en la que se incluyeran, únicamente, los Estados de “nuestro entorno” más próximo o, en otras palabras, a los vecinos más directos. Esta opción, sin embargo, seguramente sería insuficiente para tener conocimiento de la regulación de esta prestación en el ámbito internacional en el que se desenvuelve nuestro Estado. También cabía ofrecer, al menos, otra respuesta que incluyera una referencia más amplia, respuesta que comprendería a todos los Estados de la Unión Europea, “nuestro entorno” cultural y político más cercano y, seguramente, para los intereses españoles, el más importante. Analizar, no obstante, las particularidades de esta prestación en todos los países de la Unión Europea podría desbordar los límites

prudentes que toda ponencia ha de marcarse. Ante esta doble alternativa, y tratando de alcanzar un equilibrio que permitiera ofrecer una información adecuada y suficiente sin que resultara excesiva y, por ello, poco útil, parece oportuno analizar únicamente la legislación de determinados Estados de la Unión Europea. Decidido a elegir sólo algunos países, la selección la efectué, esencialmente, en función de su cercanía geográfica a nuestro Estado, de su peso demográfico dentro de la Unión, de su antigüedad en la misma y, en algún caso, por qué no decirlo, de un criterio puramente de preferencia personal. En definitiva, tras lo expuesto, es inevitable concluir que las presencias y las ausencias son de mi entera responsabilidad.

Dicho lo anterior, y para no mantener un suspense innecesario durante las siguientes consideraciones metodológicas, quizás es el momento de avanzar que los Estados a los que me referiré serán: Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia. Sin embargo, siendo este estudio una versión inicial, se incluyen en él únicamente las referencias a Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia.

Elegidos los Estados sobre los que trabajar, el siguiente paso ha sido determinar cuál sería la estructura básica que se debía emplear para la exposición de la información. Al respecto cabía seguir, al menos, dos criterios: uno, al que podríamos denominar horizontal, en el que la exposición se efectuaría eligiendo determinados requisitos para examinar su tratamiento en cada una de las legislaciones estatales; el otro, al que por contraposición se podría denominar vertical, suponía examinar las particularidades normativas de la prestación Estado por Estado. Ambas opciones tienen ventajas y deficiencias. Sin embargo, para lo que se pretendía, consideré que la exposición horizontal adolecía de mayores inconvenientes. En efecto, la exposición horizontal podría dificultar la identificación del régimen jurídico de la prestación en cada país, al quedar diluidos los requisitos nacionales en la exposición global del conjunto, con el inconveniente, añadido, de que determinados requisitos exigidos en unos Estados no se requieren en otros, lo que necesariamente conllevaría o que quedaran fuera de la exposición o que fuera preciso la elaboración de una adenda en la que se recogieran las particularidades de cada legislación no reseñadas en el núcleo de la exposición lo que, a la postre, podría enturbiar los datos que se ofrecían. En definitiva, para evitar estas dificultades, elegí efectuar la exposición del régimen jurídico de la prestación analizando su configuración Estado por Estado.

En todo caso, desde esta última perspectiva, he considerado que una información estrictamente referida a la prestación de incapacidad temporal, desgajada del sistema de Seguridad Social en el que se encuadra, podría resultar insuficiente. Como es conocido, cada sistema de Seguridad Social es tributario de la historia socio-económica y cultural del Estado en el que surge. Cada sistema, así mismo, maneja conceptos, estructuras o instituciones difícilmente comprensibles desde los demás. Por ello, tratando de contextualizar la información, he optado por comenzar la exposición de cada país haciendo una pequeña referencia – mínima en varios casos – a algunas de las líneas básicas de la configuración

estructural de su sistema de Seguridad Social, pasando, a continuación, al desarrollo del régimen jurídico de la prestación de incapacidad temporal contenido en su normativa. En la exposición, se resalta, cuando lo he considerado oportuno, aquellas medidas o aspectos que resultan más sugerentes o pueden tener un mayor interés.

Seleccionados los Estados y fijadas las líneas básicas del esquema a seguir en la exposición, el siguiente paso se identificaba con el de acopio de la información. Obviamente la información debía referirse, básicamente, a la prestación de la incapacidad temporal. No obstante, antes de indicar las fuentes de información que he empleado, es necesario precisar, en este momento, que en el ámbito internacional a nuestra prestación de “incapacidad temporal” habitualmente se la denomina como “prestación económica en caso de enfermedad”, terminología que resalta con precisión la situación que vamos a analizar y que, a mi entender, es menos equívoca que la nuestra, dado que permite identificar con mayor exactitud la situación protegida. En efecto, emplear esta terminología supone recordar que la enfermedad, como situación protegida -al menos la enfermedad no cronificada y normalmente de corta duración- tiene un doble abanico protector: el sanitario, que otorga prestaciones en especie, y el económico, que facilita prestaciones económicas, entre las que sobresale la que aquí se analiza.

En relación con la anunciada recopilación de la información, debo indiciar que, como es sabido, existe un sistema patrocinado por la Unión Europea conocido por sus siglas: MISSOC (Mutual Información System on Social Protección) sistema que, con la colaboración y participación de representantes de los Estados de la Unión Europea, elabora un documento comparativo de los diferentes regímenes de Seguridad Social de la Unión. Este documento, ha sido, por ello, uno de los importantes para la elaboración de esta ponencia. Sin embargo, careciendo el mismo de una información lo suficientemente extensa y reflexiva en diferentes puntos, ha resultado necesario completarla con la contenida en las páginas “web” de las instituciones de Seguridad Social de los diferentes Estados, así como con la incluida en diversas publicaciones de la Unión Europea y, por supuesto, con recogida en diferentes revistas especializadas.

Para finalizar estas líneas, únicamente quisiera indicar que la exposición se ha organizado siguiendo el orden alfabético de los distintos Estados en su denominación conforme a nuestro idioma.

2. La Prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de Nuestro Entorno

2.2. Bélgica

2.2.1. El Sistema de Seguridad Social belga: cuestiones generales

El sistema de Seguridad social belga distingue entre seguros sociales y asistencia social.

Los seguros sociales tienen carácter profesional y, estructuralmente, podríamos agruparlos, básicamente, en torno a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta ajena y a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta propia. Cabe incluso señalar que cada “colectivo” tiene su propio Instituto de Seguridad Social: el R. S. Z. (Rijksdienst voor Sociale Zekerheid), para los trabajadores por cuenta ajena, que depende del Ministerio de Asuntos Sociales y el R. S. V. Z. (Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen) para los trabajadores autónomos, que depende del Ministerio de Telecomunicaciones, Empresas Públicas y Participadas, aunque los seguros de enfermedad e invalidez que este último Instituto gestiona son responsabilidad del Ministerio de Asuntos Sociales. No obstante, además de los señalados, existen otros “Institutos” que gestionan algunas prestaciones en concreto, como por ejemplo, las de desempleo.

Sin la voluntad de desarrollarlas, como es obvio, podemos apuntar que dentro de cada uno de esos grandes grupos (trabajadores por cuenta ajena / trabajadores por cuenta propia) existen, a su vez, regímenes o seguros o sistemas especiales con reglas particulares diferentes para distintos colectivos específicos.

El ámbito de cobertura material del sistema de Seguridad Social belga es equivalente al “estándar” dentro de la Unión Europea. Por tanto, entre las prestaciones más sobresalientes, el sistema cubre las prestaciones de enfermedad, invalidez, jubilación, desempleo, accidente de trabajo y dependencia.

2.2.2. La prestación de incapacidad en el Sistema de Seguridad Social belga

Con voluntad meramente introductoria y por lo que aquí nos interesa, procede efectuar una serie de consideraciones previas. En primer lugar, desde un punto de vista administrativo, dentro del sector de la protección de la enfermedad o de la invalidez, es preciso indicar que son numerosas las organizaciones o mutualidades que colaboran en la gestión de la seguridad social, otorgando y gestionando las prestaciones, entidades que los asegurados pueden elegir libremente. En efecto, los trabajadores –no los empresarios– pueden asegurarse en la mutualidad de su elección (normalmente la vinculada a su sindicato u asociación) y, si no desean inscribirse en ninguna vinculada a los sindicatos o asociaciones, pueden afiliarse al organismo público denominado Caja Auxiliar del Seguro de Enfermedad y de Invalidez (CAAMI). En todo caso, las diferentes mutualidades deben integrarse, obligatoriamente, en una de las cinco uniones nacionales de mutualidades, uniones que son, básicamente, unos organismos de coordinación de las distintas mutualidades.

En otro orden de cosas, cabe resaltar que en Bélgica tienen una importancia sobresaliente los denominados seguros complementarios de enfermedad –seguros que son privados–. Estos seguros tienen importancia, sobre todo, para los trabajadores autónomos, en relación con los cuales la prestación tiene un importe fijo. No obstante, también pueden

resultar interesantes para el resto de trabajadores, sobre todo cuando los ingresos derivados de su relación laboral son altos, toda vez que existe un tope máximo para el abono de la prestación de incapacidad temporal (unos 106 euros diarios en 2006), pudiendo producirse, por tanto, un desfase importante entre los salarios percibidos en activo y la prestación garantizada en caso de baja.

La última consideración de carácter introductorio sirve para indicar que la protección en el caso de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo tiene una gestión y regulación específica. En el supuesto de las enfermedades profesionales las prestaciones las reconoce y abona el Fondo de Enfermedades Profesionales (FMP), institución pública de seguridad social a la que deben estar obligatoriamente afiliados todos los empresarios. En el caso de accidentes laborales, cada empresario tiene obligación de contratar un seguro de accidentes laborales con una compañía de seguros privada autorizada. Estas compañías de seguros están controladas por el Fondo de Accidentes Laborales, institución pública de seguridad social tutelada por el Ministerio de Empleo, que también abona prestaciones en determinados casos, como por ejemplo, a los trabajadores del mar o a aquellos trabajadores que no estaban asegurados en el momento de sufrir el accidente.

Tras las apuntadas informaciones preliminares, por lo que respecta a las prestaciones de enfermedad derivadas de contingencias comunes, se debe comenzar señalando que, para tener derecho a las mismas, es preciso que el trabajador esté inscrito en la mutualidad o entidad aseguradora de su elección y, además, que tenga cubierto un período mínimo de cotización de 120 días dentro de los últimos seis meses inmediatamente anteriores a la baja – para los que computan los períodos de desempleo –, aunque existen excepciones en las que se reducen el período de cotización.

Desde el punto de vista administrativo, es necesario que el trabajador presente, en la Caja de enfermedad en la que esté asegurado, el comprobante de pago de las cotizaciones que le entregue la empresa y el parte médico de baja que emite el facultativo que le atiende. El parte ha de extenderse en el documento que al efecto elabora la inspección médica de la Caja de enfermedad en la que esté asegurado el trabajador. Los mencionados documentos, los debe presentar el interesado en su Caja dentro de los dos días siguientes a su emisión. Si se demora en remitir el documento médico perderá la prestación correspondiente a los días por los que se retrase.

El empresario abona los 15 primeros días de la prestación cuando se trata de trabajadores manuales y un mes cuando se trata de los demás trabajadores. Esta distinción entre trabajadores manuales y no manuales, que sigue manteniendo el derecho belga, cada vez es más cuestionada, al margen de que con la evolución de la naturaleza y configuración de las actividades laborales parece que, en la práctica, se presentan numerosas dificultades para poder distinguir, en ocasiones, si un trabajo es manual o no.

La prestación se abona a partir del primer día de baja, es decir, existe un período de espera de un día, salvo en el caso de que se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional supuestos en los que no existe período de espera. Como excepción, tampoco existe período de espera para los asegurados que hayan estado desempleados durante al menos nueve días dentro de los veintiuno inmediatamente anteriores a la iniciación de la incapacidad para el trabajo.

La prestación consiste, en el caso de los trabajadores manuales, en el abono por el empresario de un subsidio económico equivalente al 100 por 100 del salario durante los siete primeros días, del 8 al 14º día la prestación será equivalente al 60 por 100 de sus ingresos; el empresario abona la prestación hasta el día 15. El resto de trabajadores –los trabajadores no manuales- perciben el 100 por 100 de sus ingresos durante el primer mes, prestación que abona el empresario, después el 60 por 100. Tras el abono de la prestación por el empresario, la continúa abonando la Mutua correspondiente, en una cuantía equivalente al 60 por 100 y con un tope máximo de euros por día, tope que se fija en función de la fecha en la que se declaró la situación: el abanico se mueve entre 123,3821 euros/día hasta 131,6023 euros/días. La cuantía se reduce al 55 por 100 cuando el beneficiario convive con una persona que tiene ingresos profesionales propios. Como puntualización, cabe indicar que no se cotiza por las cantidades percibidas en concepto de esta prestación.

El subsidio económico en caso de enfermedad dura un máximo de un año. A este período el ordenamiento belga lo denomina “incapacidad laboral primaria”. Transcurrido el primer año, si el beneficiario continúa de baja, pasa a la situación de incapacidad laboral o “período de invalidez”, situación durante la que percibe el 40 o el 45 por 100 de su salario, en función de que viva o no con otra persona. Cuando tiene cargas familiares puede percibir hasta el 65 por 100.

Desde la perspectiva del control de la prestación, podemos indicar que tanto el asesor médico de la mutualidad como la asesoría médica de la invalidez – cuando la situación dura más de un año- pueden decidir, dependiendo de la situación y cuando las razones médicas lo aconsejen o justifiquen: dar de alta al enfermo, finalizar la incapacidad, incluir al trabajador en un programa de rehabilitación o – como curiosidad interesante en este caso – proponer la reanudación parcial del trabajo. Esta última posibilidad también puede solicitarla el trabajador, aunque, para su reconocimiento, es absolutamente necesario que reciba autorización del asesor médico de la mutualidad, autorización que se le deberá otorgar si conserva el 50 por ciento o más de su capacidad de trabajo.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, el aseguramiento de la prestación también es obligatorio. Para tener derecho a la misma se requiere un período previo de cotización de seis meses. El período de espera para su abono es el de un mes y tiene una duración máxima de 11 meses. La cuantía de la prestación, como apuntamos al inicio, consiste en un importe fijo que, no obstante, varía en función de que el trabajador

tenga o no tenga cargas familiares. En todo caso, son cuantías bajas, con unos importes aproximadamente equivalentes a los que tiene la renta mínima de subsistencia, rentas que otorga la asistencia social.

2.3. *Francia*

2.3.1. El Sistema de Seguridad Social francés: cuestiones generales

La Seguridad Social francesa, desde nuestra perspectiva, tiene una composición especialmente compleja. Utilizando una terminología que nos es familiar, cabría indicar que su sistema se estructura en torno a cuatro niveles: un nivel legal, un nivel convencional-profesional, un nivel privado y la asistencia social.

El nivel legal es un nivel de encuadramiento y aseguramiento obligatorio, derivando esta obligatoriedad de la ley, circunstancia que se quiere significar con la denominación que le hemos dado. El nivel convencional también es obligatorio, pero en este caso su obligatoriedad puede derivarse o de la ley que reenvía al convenio la necesidad de una regulación concreta o bien de los pactos recogidos en el propio convenio. Respecto de estos convenios se puede apuntar que suelen ser convenios interprofesionales de ámbito nacional aunque, a su vez, estos convenios interprofesionales pueden ser mejorados por convenios profesionales o empresariales. En todo caso, nosotros sólo vamos a centrarnos en el nivel al que hemos denominado legal; no obstante, debemos de ser conscientes de que dejamos fuera importantes parcelas de protección otorgadas por estas normas convencionales.

Expuesto de forma sencilla, podemos indicar que el nivel legal se estructura, básicamente, sobre tres Regímenes que gozan de una protección completa. Estos Regímenes son: el Régimen General, el Régimen Agrario y el Régimen de Autónomos. El Régimen General protege, aproximadamente, al 80% de la población, unos 47 millones de personas; el Régimen de Autónomos protege a unos 3,5 millones de personas y el Régimen Agrario a unos 5 millones. Además de los citados, existen varios regímenes especiales para distintos sectores o profesiones, por ejemplo, para los ferroviarios, mineros, marineros, trabajadores del gas, de la electricidad o para los funcionarios públicos. Estos regímenes especiales o específicos no siempre tienen una cobertura completa -sí la tiene, por ejemplo, como curiosidad, el Régimen de ferroviarios-. Cuando alguno de estos regímenes no tiene una cobertura completa, esto es, no cubre determinadas prestaciones, la cobertura se “completa” con las prestaciones que otorga el Régimen General. Este último es el caso, por ejemplo, de las prestaciones de enfermedad de los funcionarios que son otorgadas por el Régimen General.

Abundando en lo apuntado, podemos indicar, a modo meramente ejemplificativo, que la complejidad del nivel legal aumenta, desde nuestra perspectiva, si descubrimos que, por ejemplo, el que hemos denominado Régimen de Autónomos en realidad se

compone de tres Regímenes: el Régimen de Profesiones Comerciales e Industriales, el Régimen de Artesanos y el Régimen de Profesionales Liberales. Los tres tienen en común un seguro de enfermedad, pero se diferencian en el resto de prestaciones. También como curiosidad, para darnos una idea de la complejidad administrativa del sistema francés, podemos señalar que la afiliación en estos regímenes la gestionan 29 mutualidades regionales, organismos que suelen contratar, a su vez, a instituciones de seguros privados o a entidades no lucrativas para que se encarguen de recaudar las cotizaciones y distribuir las prestaciones.

Cerrado el “excursus”, desde el punto de vista de su estructura administrativa general, podemos indicar que los diferentes Regímenes están gestionados por distintas Cajas. El Régimen General, por ejemplo, está gestionado por diferentes Cajas que gestionan cada una de las prestaciones: prestaciones familiares, enfermedad, vejez, etc. Existe una entidad denominada Unión de Cajas que se ocupa de algunos aspectos comunes a todas ellas (por ejemplo, condiciones de empleo de sus trabajadores). También existe una Agencia Central que afilia y recauda para todas las Cajas del Régimen. Los demás regímenes legales y convencionales recaudan sus propias cotizaciones.

2.3.2. La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social de Francia

Por lo que ahora nos interesa, en el Régimen General el seguro de enfermedad -aseguramiento que es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena, como hemos señalado- la gestión está encomendada a la Caja Nacional de Aseguramiento de la Enfermedad de los Trabajadores Asalariados (CNAMTS). Esta Caja, a su vez, se estructura en Cajas regionales y estas en Cajas departamentales, denominadas cajas primarias, que son las que, en último término, reconocen y sirven u otorgan las prestaciones, tanto sanitarias como económicas.

La situación de “incapacidad temporal”, o de baja por enfermedad, se inicia mediante un parte médico específico – un parte de baja en nuestra terminología –, emitido por el médico que atiende al interesado – téngase en cuenta que el sistema sanitario francés difiere significativamente del nuestro –. En este documento se refleja la situación de incapacidad para el trabajo del beneficiario y la posible duración de esta. El interesado remitirá este certificado, en las 48 horas siguientes a su emisión, a la Caja correspondiente y a su empresa. Por su parte, el empresario debe remitir a la Caja primaria, en un formulario específico, una certificación de los salarios del trabajador, con el fin de que la Caja calcule la cuantía de los subsidios diarios.

Para percibir la prestación es necesario haber cotizado un período mínimo. Este período mínimo es variable y se concreta mediante la utilización de una compleja escala

en la que se tienen en cuenta: o los salarios mínimos diarios por los que se ha cotizado o los períodos de actividad cumplidos en un espacio temporal previo. La ponderación de ambos elementos varía, a su vez, dependiendo de la duración de la prestación. Ofreciendo unos datos simplificados, por ejemplo, para poder percibir la prestación durante 6 meses se exigen 200 horas de trabajo, como mínimo, en los últimos 3 meses y para poder percibir prestaciones más allá de 6 meses se exigen 800 horas durante los últimos 12 meses, 200 de las cuales deben haberse cumplido en los últimos 3 meses.

La cuantía del subsidio es una cantidad equivalente al 50% de los ingresos medios diarios percibidos por del trabajador durante los últimos tres meses. Existe un límite individual -1,8 veces el salario mínimo- y un máximo absoluto de 42,32 € diarios. A partir del trigésimo primer día, el porcentaje se eleva al 66,66% de los ingresos diarios para beneficiarios con tres hijos dependientes, con un máximo de 56,42 €. *A partir del séptimo mes, el subsidio se eleva hasta un máximo individual (1/700 del tope anual), con un máximo absoluto de 43,13 € y, en este caso, con un mínimo absoluto de 8,10 €. Para los beneficiarios con tres hijos dependientes el porcentaje es de 68,66 % con un máximo individual (1/525 del tope anual) y un máximo absoluto de 57,50 € y un mínimo absoluto de 10,80 €.*

Las indicadas son las cantidades garantizadas por el que hemos denominado nivel legal, o, simplemente, por la normativa de seguridad social. No obstante, cuando esta mejora esté establecida en el correspondiente convenio colectivo aplicable, el empresario está obligado a pagar la diferencia entre el salario que hubiera percibido y la cuantía del subsidio de enfermedad, obligación que es frecuente en el sistema de relaciones laborales francés.

Se mantiene la obligación de cotizar durante el percibo de la prestación.

Para cobrar la prestación existe un período de espera de tres días, esto es, se abona desde el cuarto día de baja.

La duración del subsidio es de 12 meses en un período de tres años consecutivos, duración prorrogable hasta 36 meses en el caso de enfermedades de larga duración, a cuyo término cabría acceder a la situación de incapacidad permanente. La baja laboral la pueden prorrogar o bien el médico que prescribió la primera baja o bien el médico que trata al enfermo, regla que, obviamente, cobra su sentido pleno en el Sistema francés de prestación de asistencia sanitaria. En todo caso, tanto el asegurado como los posibles médicos intervinientes son susceptibles de ser controlados por la Caja.

Desde el punto de vista del control de la situación, el asegurado debe observar las prescripciones del médico y someterse a las revisiones organizadas por el servicio de Control Médico de la Caja en que esté de alta; debe respetar las horas de salidas autorizadas; debe abstenerse de salir de su domicilio sin autorización; etc. Si no observa estas obligaciones, la Caja podrá sancionarle con la pérdida total o parcial de la prestación. Los

controles pueden ser: controles médicos, efectuados por los asesores médicos de las Cajas, o controles administrativos, ejercidos por unos agentes visitadores que comprueban la presencia del asegurado en su domicilio. Al margen de estos controles llevados a cabo por las Cajas, también pueden efectuarse controles solicitados por el empresario, que incluso puede enviar un médico de su elección al domicilio del trabajador con el fin de que evalúe al trabajador enfermo. Si el médico enviado por el empresario concluyera que no está justificada la baja laboral, remitirá su dictamen al servicio de Control Médico de la Caja para que ésta valore, mediante un procedimiento contradictorio, la eventual alta médica del interesado. Parece que la posibilidad de control por parte del empresario se justifica por la responsabilidad que suele asumir, convencionalmente, de abonar la diferencia entre la prestación legal garantizada y el salario que percibía el interesado.

Sin pretender entrar en su análisis detallado, por su importancia, debemos indicar que los trabajadores autónomos (no agrícolas) también están cubiertos por esta contingencia. En estos casos es necesario que estén al corriente en el pago de sus cotizaciones. La duración máxima de la situación es la de 360 días en el plazo de tres años y en el caso de enfermedades declaradas de larga duración su duración es, directamente, la de 3 años. El período de espera es el de tres días en caso de hospitalización y el de siete días en caso de enfermedad o accidente. La prestación también tiene una cuantía máxima y mínima en función de los ingresos profesionales anuales (*un 1/720 de promedio*) con un máximo de 41,26 € y un mínimo de 16,50 €.

El sistema francés también concede prestaciones para poder atender a determinadas personas que necesitan cuidados paliativos (como regla general: 21 días al año) y licencias para poder atender a hijos menores de 20 años con una enfermedad o discapacidad grave que requieran una atención presencial.

Con carácter general las prestaciones están sometidas a impuestos.

2.4. Gran Bretaña

2.4.1. El Sistema de Seguridad Social británico: cuestiones generales

Quizá es innecesario recordar, porque ya se ha hecho, que cada Sistema de Seguridad Social es tributario de su historia y se configura mediante unos conceptos propios difíciles de trasladar, incluso a veces, difíciles de comprender con plenitud desde otros sistemas. Sin embargo, tal afirmación seguramente no resulte redundante en el caso que nos ocupa, en el que el sistema de Seguridad Social de Gran Bretaña tiene conceptos propios radicalmente diferentes a los nuestros. En materia de cotización —mecanismo radicalmente diferente al nuestro en su globalidad— por ejemplo, existen cotizaciones voluntarias y obligatorias, y dentro de estas, es posible que no exista la obligación de cotizar sino se alcanza un determinado nivel de ingresos, a pesar de lo cual, esto es, a pesar de no estar

cotizando se ostenta la consideración de afiliado. Desde otra perspectiva, en el ámbito de la configuración del sistema, también como diferencia con el nuestro, los trabajadores autónomos se incluyen, con los trabajadores por cuenta ajena, dentro del mismo Régimen de Seguridad Social (Régimen contributivo), si bien con numerosas particularidades en lo que atañe a la cotización, a las prestaciones, etc., etc. No obstante, también existen múltiples referencias, estructuras y conceptos que nos recuerdan a los utilizados en nuestro ordenamiento. En definitiva, el que podríamos denominar como sistema legal de Seguridad Social de Gran Bretaña, queremos recordar, es un régimen singular –desde nuestra perspectiva– con numerosas particularidades, a todas las cuales, por supuesto, no daremos entrada en estas líneas.

Salvando todas las peculiaridades propias del sistema británico, podemos señalar que las prestaciones de Seguridad Social se dividen en tres categorías:

- 1) Prestaciones contributivas: desempleo, maternidad, incapacidad laboral, vejez y muerte y supervivencia.
- 2) Prestaciones no contributivas: discapacidad, vejez y prestaciones por hijos; son prestaciones financiadas por impuestos y se otorgan a personas no cubiertas por el sistema.
- 3) Prestaciones condicionadas al nivel de ingresos: prestaciones para personas que buscan empleo, bonificaciones fiscales a trabajadores y otras ayudas para personas en general que no alcanzan un determinado nivel de ingresos; estas prestaciones también se financian a través de impuestos.

Como regla general, para tener derecho a las prestaciones contributivas es preciso reunir unos requisitos generales comunes a todas las prestaciones, básicamente la exigencia de períodos previos de cotización, aunque existen particularidades en algunos casos. Si se cumplen las condiciones exigidas para cobrar la prestación contributiva correspondiente, el beneficiario genera derecho a cobrar la prestación básica, prestación que, en determinados casos, puede completarse con cantidades adicionales (p. e. nivel de ingresos unido a períodos de cotización, hijos dependientes, etc). Como diferencia radical con nuestro sistema cabe indicar que las prestaciones contributivas básicas, al igual que las cantidades adicionales por dependiente, son de importe fijo.

Es importante señalar que la asistencia sanitaria, otorgada por el Servicio Nacional de Asistencia Sanitaria (National Health Service) se excluye del ámbito de la Seguridad Social y depende del Departamento de Asistencia Sanitaria.

En la órbita administrativa, procede señalar que la Administración de la Seguridad Social de Gran Bretaña, que se estructura en agencias, depende del Departamento de Trabajo y Pensiones (DWP).

2.4.2. La prestación de incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social británico

La prestación económica en caso de enfermedad puede ser de dos tipos:

- o una paga obligatoria de enfermedad a cargo del empresario
- o un subsidio estatal (ESA) que, como apuntaremos, tiene dos niveles de protección: uno contributivo y otro no contributivo.

Con carácter previo se puede indicar que, además de estas prestaciones que vamos a exponer a continuación, es frecuente que las mismas se completen, tanto desde el punto de vista médico como económico, con seguros privados.

Comenzando con la primera de las prestaciones económicas apuntadas, la prestación económica que está a cargo del empresario cubre a todos los trabajadores por cuenta ajena que estén obligatoriamente asegurados. No lo están los que superen un determinado nivel de ingresos o los que no alcancen un mínimo de ingresos. Por consiguiente, el empresario está obligado a abonar dicha prestación si la remuneración del trabajador alcanza el mínimo a partir del cual deben abonarse cotizaciones a la Seguridad Social. Su duración máxima es de 28 semanas, con tres días de período de espera. Su cuantía media es de 107 € por semana, teniendo en cuenta que su cuantía es fija, pudiendo aumentarse, no obstante, con determinados complementos. Durante este período existe obligación de cotizar. A partir de las 28 semanas y hasta la semana 52, que es la duración máxima de la prestación garantizada por el Estado, como veremos, se abona la prestación que podemos denominar de Seguridad Social o estatal. Como regla general, en relación con la prestación que abona el empresario, será el mismo el que establezca, en su caso, la documentación que debe presentar el trabajador y el plazo para aportarla. Normalmente se suele requerir una nota o informe médico de la enfermedad. Si los documentos no se presentan en el plazo establecido el trabajador puede perder los días de subsidio por los que se retrase.

Por su parte, la prestación estatal (Employment and Support Allowance, ESA), que desde 2008 sustituye al subsidio a corto plazo o provisional (IB), puede ser de dos importes –en función de que sea de carácter no contributivo o contributivo–: un importe inferior –no contributivo– durante las primeras veintiocho semanas, que se abona cuando el trabajador no tiene derecho a la prestación empresarial (por ejemplo, porque no tuviera un puesto de trabajo estable; prestación que parece que en la práctica tiene una importancia mínima) o un importe superior –prestación contributiva– a partir de esas 28 semanas y hasta un máximo de 52 que, como hemos señalado, es la duración máxima de esta situación. A partir de las 52 semanas, si la baja continua, se pasa a la situación de incapacidad permanente.

Los requisitos para tener derecho a la prestación económica estatal se han ido endureciendo, consiguiendo con ello reducir tanto el número de prestaciones reconocidas

como su duración máxima. En efecto, se han aumentado los períodos de carencia, aseguramiento o trabajos previos exigidos, períodos que van ahora desde los dos a los tres años, dependiendo del tipo de trabajo (cotización) anterior.

Desde otro punto de vista, la valoración para la declaración de la situación de incapacidad “temporal” estatal se efectúa: o bien en relación con su trabajo habitual, en los supuestos en los que el beneficiario prestó servicios, con carácter general, 8 semanas en las últimas 21; o bien, en caso contrario, la situación de incapacidad “temporal” se valora en relación con cualquier otro trabajo para el que eventualmente pudiera estar capacitado. La situación se acredita mediante un certificado médico, documento que ha de presentarse al séptimo día del comienzo de la enfermedad. La cuantía media del subsidio, a partir de las 28 semanas, es la de 79 € por semana, con la posibilidad de acceder a ciertos complementos por familiares dependientes, sabiendo, como hemos señalado, que las cuantías son fijas, con la posibilidad de completarse en varias situaciones.

A partir de las veintiocho semanas de incapacidad, o desde el comienzo de la misma en los supuestos en que el trabajador no tiene derecho a la prestación empresarial, se realiza la que se denomina “prueba general de trabajo” o “evaluación de capacidad personal” con el fin de determinar el grado de incapacidad del beneficiario. En esta prueba intervienen tanto el beneficiario como su médico personal (que equivale al médico de familia) y un médico oficial. En este momento cabe significar, también, que la legislación inglesa admite la realización de determinados trabajos compatibles con el estado del incapacitado temporal.

Los trabajadores autónomos están protegidos dentro del Régimen General o contributivo. La cuantía de la prestación para ellos es de 83 € semanales durante las primeras 28 semanas y 74,15 € en adelante.

2.5. Italia

2.5.1. El Sistema de Seguridad Social italiano: cuestiones generales

En líneas generales, el sistema italiano de Seguridad Social guarda importantes similitudes con el nuestro. Está constituido por un Régimen General, aplicable con carácter general a los trabajadores por cuenta ajena, y varios regímenes especiales para trabajadores agrarios, autónomos y de otros sectores o empresas específicas. No obstante, para simplificar la exposición, nuestro análisis se centrará en el Régimen General.

Tras la modificación constitucional de 2001, en Italia se ha llevado a cabo un reparto de competencias entre el Estado y las regiones. En el ámbito de la Seguridad social cabe indicar que, primero, la materia estrictamente de Seguridad social es competencia exclusiva del Estado; segundo, que los regímenes profesionales –fondos de pensiones, seguros

colectivos, etc- y la asistencia sanitaria son de competencia concurrente entre el Estado y la Región y, tercero, que la asistencia social es competencia exclusiva de la Región. Esta división de competencias parece, según la doctrina italiana, que también puede ser una fuente de fricciones entre el Estado y las Regiones, sobre todo en el ámbito de las competencias concurrentes, máxime cuando los regímenes profesionales (fondos de pensiones, seguros colectivos de vida, etc.) están cobrando cada vez más importancia en el ámbito de la protección social italiana.

Desde el punto de vista administrativo, el Ministerio de Bienestar Social es el competente, por lo que se refiere al Estado, en materia de Seguridad Social, asistencia social y política social. El Ministro de Sanidad, junto con las autoridades regionales, es responsable de la asistencia sanitaria. Por lo que aquí nos interesa, podemos señalar que el Instituto Nacional de la Previsión Social (Istituto nazionale della previdenza sociale INPS) es el organismo competente en materia de prestaciones económicas de enfermedad y maternidad y el responsable del seguro que cubre las contingencias de vejez, muerte y supervivencia, invalidez, ayuda familiar y desempleo, encargándose también de la recaudación de las prestaciones. El INPS también alberga en su seno consejos independientes que gobiernan y gestionan los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.

2.5.2. La prestación de incapacidad temporal en el Sistema italiano

En relación con la protección por enfermedad, los obreros y asimilados están cubiertos por el seguro de enfermedad del Régimen General, siendo su aseguramiento obligatorio. Los empleados o personal estatutario, en nuestra terminología, no tienen derecho a la prestación por enfermedad en cuanto tal, sino que siguen percibiendo el salario abonado por el empresario durante un período mínimo de tres meses.

La situación se inicia mediante un certificado del médico de cabecera que se expide por duplicado. El médico debe enviar el certificado al INPS mediante comunicación electrónica, remitiéndoselo, a su vez, el INPS al empresario. Cuando no sea posible esta remisión electrónica, será el trabajador, en los dos días siguientes, el que debe enviar una copia al empresario y otra al INPS para poder cobrar el subsidio. En caso de demora en enviar el certificado se perderán de subsidio los días de demora. En la primera copia del certificado debe constar el pronóstico y el diagnóstico de la enfermedad, en la segunda copia, que es la que se envía al empresario, únicamente consta la previsible duración de la enfermedad.

No se exige ningún periodo previo de cotización.

La prestación consiste en un subsidio, sustitutivo del salario, que se concede a partir del cuarto día de baja (período de espera de tres días) y que se abona normalmente por

el empresario, deduciéndolo de las cotizaciones que debe abonar al INPS². El empresario puede decidir efectuar los controles que estime pertinentes.

El importe del subsidio es del 50 por ciento de la retribución del trabajador, durante los 20 primeros días de enfermedad, y del 66,66 por ciento, a partir del vigésimo primer día. Si se requiere hospitalización, el subsidio se reduce en 2/5, salvo que el beneficiario tenga familiares a su cargo. Resulta habitual que el empresario complemente los subsidios cumpliendo las obligaciones asumidas contractualmente o en convenios colectivos.

La duración máxima es la de 6 meses al año (180 días), pudiendo prolongarse en determinados casos.

No existe la obligación de cotizar durante la percepción de este subsidio.

Desde el punto de vista del control, además de que el empresario puede efectuar los controles que estime pertinentes, como hemos indicado, podemos señalar que, por ejemplo, en caso de ausencia injustificada del beneficiario de su domicilio, durante una visita de control, perderá el subsidio durante 10 días y, si se repite la ausencia durante otra visita de control, podrá extinguirse el subsidio perdiendo el período restante.

Los trabajadores autónomos no cuentan con esta prestación.

3. Conclusiones

Ofrecer unas conclusiones o reflexiones finales en un trabajo de estas características es, a mi juicio, una tarea complicada. Complicada, no por difícil sino porque se corre el riesgo de repetir ideas ya expuestas o de dejar fuera aspectos interesantes. No obstante, a pesar del riesgo, quizás sea oportuno efectuar algunas consideraciones finales que básicamente tienden a recordar o a resaltar diversas medidas que se reiteran en varios Estados, con la voluntad de que puedan servir, por un lado, de broche a esta ponencia y, por otro, de punto de partida a un posible intercambio de ideas.

Como primera consideración, es preciso subrayar que la protección de la situación de incapacidad, como consecuencia de una enfermedad, es una medida común a todos los Estados de nuestro entorno. Tal protección, además, se asume en todos ellos -utilizando un lenguaje no técnico jurídico- como un derecho fundamental que, en buena parte de los Estados, podría encuadrarse dentro del derecho fundamental a la salud.

Como segunda consideración, de carácter genérico, es preciso volver a reiterar la dificultad de trasladar conceptos e instituciones de unos Sistemas de Seguridad Social a

2 **Los trabajadores agrícolas, los desempleados, los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores con contratos de duración determinada que han trabajado menos de 31 días antes de la baja por enfermedad, perciben el subsidio directamente del INPS.**

otros. Su transposición, sin más, como conceptos equivalentes, puede conducir a confusiones de bulto. Sirva como ejemplo el término o concepto “Régimen de Seguridad Social”. Este concepto se emplea con una significación y alcance muy diferente en diversas legislaciones. En efecto, puede utilizarse: bien, para referirse al ámbito de encuadramiento y al sistema protector de un determinado grupo de trabajadores que prestan sus servicios en un concreto sector de la actividad productiva (Vg. España) o, también, con un alcance sustancialmente diferente, puede manejarse para referirse únicamente al mecanismo protector de determinados riesgos o situaciones de necesidad, con independencia –al menos inmediata- del sector de la población protegido (Vg. Suecia). En definitiva, lo que quiero resaltar es la dificultad de llevar a cabo cualquier comparación, actividad en la que es difícil tener presentes todos los matices propios de cualquier institución de los diferentes Sistemas, razón por la que, considero, la medida ha de presidir todo análisis tendente a la obtención de unas conclusiones globales en estos ámbitos de derecho comparado.

Tras estas consideraciones de carácter genérico, bajando a aspectos más concretos, con todas las cautelas posibles, podemos comenzar señalando que en la mayoría de los Estados la prestación se reconoce y abona por las mismas instituciones que reconocen y sirven las prestaciones sanitarias en especie. Estas instituciones, además, suelen ser las directamente encargadas de su control. Seguramente este extremo podría ser motivo de reflexión desde nuestro Sistema, donde, expresado de manera concentrada, a veces el ejercicio de las diferentes competencias relativas al reconocimiento, control y abono de la prestación tal vez podrían ser objeto de una más eficaz coordinación, e incluso redefinición, en aras a otorgar la prestación con una mayor eficacia.

Por hacer referencia a otros aspectos comunes, como hemos visto, en casi todos los Estados, el empresario tiene la obligación de abonar, al menos, un período de la prestación y/o una parte de la misma, bien por imposición legal o bien por obligación asumida en convenio colectivo (Vg. Países Bajos –todo el período-, Francia, o el caso extremo del primer período en Gran Bretaña). En relación con este aspecto, en varios de estos el empresario tiene, de algún modo, la posibilidad de controlar o participar en el control de la prestación, entendiéndose que si se le hace responsable de su abono total o parcial también se le ha de otorgar la facultad de verificar la situación de baja por enfermedad.

Otro aspecto común a varios Estados (Vg. Francia, Bélgica, Suecia) es la existencia de topes mínimos y máximos que no pueden ser superados por la prestación económica. En algunos casos existen solamente topes máximos, en otros mínimos y máximos, en otros mínimos y máximos individuales y mínimos y máximos absolutos, pero en casi todos, de un modo u otro, se fijan unas cantidades máximas a percibir.

Efectuando una breve mención a otras previsiones sobre las que resultaría interesante efectuar alguna deliberación, cabe indicar, por ejemplo, la posibilidad –rupturista en relación con las previsiones de nuestro ordenamiento- que existe en algunos Estados

(Vg. Bélgica, Alemania) de que sean los trabajadores, no los empresarios, los que elijan la entidad con la que desean asegurarse.

Así mismo, otros aspectos que podrían ser objeto de atención son, por ejemplo, la existencia en algún Estado (Bélgica) de porcentajes de subsidio más elevados en los primeros días de la prestación y más reducidos cuando ésta se prolonga; o la exigencia general de carencias específicas para tener derecho a la prestación (Vg. Portugal). Téngase en cuenta, además, que en la mayoría de los Estados los porcentajes de sustitución de la prestación en relación con el salario son inferiores a los que se contienen en nuestra legislación, recordando, igualmente, que los períodos de referencia para el cálculo de la base reguladora de la prestación son más amplios que los tenidos en cuenta en nuestro ordenamiento (Vg., en Francia, tres meses).

Desde el punto de vista del control de la prestación, podría ser objeto de comentario la existencia, en varios Estados, de controles de presencia a llevar a cabo en el domicilio del beneficiario, controles que se pueden efectuar tanto por parte de personal médico como por parte de personal funcionario o administrativo (Vg. Francia). Así mismo, pudieran ser objeto de reflexión las previsiones contenidas en varios países (Vg. Bélgica, Italia) sobre los efectos que conlleva la demora en remitir la documentación a la entidad aseguradora. En concreto, retrasos que traen de suyo la pérdida correlativa de días de subsidio equivalentes a los días de retraso.

Como hemos visto a lo largo de la exposición, existen otros muchos aspectos o puntos interesantes que también pudieran ser objeto de análisis. Con la única intención de apuntar algunos de los más relevantes, siendo consciente de que cada uno de ellos podría ser objeto de un extenso e interesante debate, podemos apuntar, por ejemplo:

- Las prestaciones por cuidado de hijo menor de 12 años que existen en Alemania, prestaciones que, en realidad, suponen la ampliación del ámbito de cobertura de estas prestaciones. Su introducción, con todas las dificultades que la misma podría entrañar, seguramente traería aparejada, entre otras valoraciones positivas, que aflorasen “legalmente” posibles situaciones irregulares derivadas de la utilización de la prestación de incapacidad temporal para el cuidado de familiares del trabajador o trabajadora.
- La extensión conceptual que ha acogido la legislación sueca, con su sugerente introducción de componentes psicológico-volitivos en la conceptualización de su régimen jurídico, tendentes a que el interesado pueda sentirse predispuerto a su reincorporación al mercado de trabajo.
- El plan de recuperación detallado regulado en la legislación de los Países Bajos, plan que vincula a todos los agentes implicados en cada caso en la búsqueda de la rehabilitación o recolocación del trabajador enfermo.

- El tratamiento común de los riesgos profesionales y los comunes que se regula también en el ordenamiento de Países Bajos.
- La posibilidad de elegir los períodos de espera para tener derecho a la prestación en el caso de los autónomos (Suecia).
- También, los distintos períodos de espera que se establecen para percibir la prestación según se trate de situaciones que requieran o no hospitalización (Francia).
- He dejado para el final la posibilidad, muy interesante –posibilidad que, seguramente por si misma, exigiría un estudio y debate en profundidad- de realizar trabajos compatibles con la situación del incapacitado temporal (Bélgica, Gran Bretaña), situación de “incapacidad temporal parcial” que puede alcanzarse bien a solicitud del trabajador o bien por iniciativa de la entidad asegurada.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL TELETRABAJO: UNA CONVIVENCIA POR REGULAR DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL¹

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES

Profesor contratado doctor (Acreditado a Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

La incapacidad temporal tiene reservado un espacio propio dentro del sistema de Seguridad Social. Protagonismo que ejerce una proyección positiva por su contribución a la dinamización de las relaciones laborales, por más que tradicionalmente haya sido concebida también, en paralelo, como una institución en permanente estado de sospecha. Una lectura ambivalente que puede predicarse asimismo, aunque con su idiosincrasia particular, respecto del teletrabajo, según se ponga el acento bien en su condición como manifestación sobresaliente de flexibilidad bien como muestra tangible de precariedad. Con estos precedentes, la suma de los beneficios y las problemáticas respectivas, asociadas individualmente tanto a la incapacidad temporal como al teletrabajo, configura un escenario idóneo para analizar su propia interacción mutua, calibrando el grado de dificultad o de complacencia que puede predicarse del juego combinado de la incapacidad temporal dentro del contexto específico del teletrabajo.

Palabras clave

Incapacidad temporal; Seguridad Social; Teletrabajo.

Abstract

The temporary disability has in its own space within the Social Security system. This role has a positive projection for its contribution to the revitalization of labor relations, though traditionally has been well conceived, in parallel, as an institution in a permanent

¹ El presente trabajo se inserta dentro del III ENCUENTRO DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONPEDI, cuya celebración tendrá lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2015. Contribución que se presenta como miembro del Proyecto de Investigación que dirige el Profesor José Luis Tortuero Plaza.

state of suspicion. An ambivalent reading can also be preached, but with their particular idiosyncrasies regarding teleworking, as well as put the accent on its status as an outstanding demonstration of flexibility or as a tangible sign of insecurity. With these precedents, the sum of the respective benefits and problems, both individually associated temporary disability as telework, set an ideal stage to analyze their own mutual interaction, gauging the degree of difficulty or complacency that can be predicated of the combined game of temporary disability in the specific context of telework.

Palavras-chave

Incapacidade temporária; Segurança Social; Teletrabalho.

1. Introducción

La incapacidad temporal tiene reservado un espacio propio dentro del sistema de Seguridad Social. Protagonismo que ejerce una proyección positiva por su contribución a la dinamización de las relaciones laborales, por más que tradicionalmente haya sido concebida también, en paralelo, como una institución en permanente estado de sospecha. Una lectura ambivalente que puede predicarse asimismo, no obstante su idiosincrasia particular, respecto del teletrabajo, según se ponga el acento bien en su condición como manifestación sobresaliente de flexibilidad bien como muestra tangible de precariedad. Con estos precedentes, la suma de los beneficios y las problemáticas respectivas, asociadas individualmente tanto a la incapacidad temporal como al teletrabajo, configura un escenario idóneo para analizar su propia interacción mutua, calibrando el grado de dificultad o de complacencia que puede predicarse del juego combinado de la incapacidad temporal dentro del contexto específico del teletrabajo.

Propósito al que dedicamos los epígrafes siguientes, sistematizados, por su orden, en una caracterización sucesiva tanto de la incapacidad temporal como del teletrabajo, para acometer después esa interconexión entre ambas instituciones, verificado su grado real de interacción y perspectivas. Y finalizar con una breve valoración conclusiva.

2. Caracterización de la Incapacidad Temporal dentro del sistema de Seguridad Social

La incapacidad temporal constituye una institución jurídica relevante dentro del sistema de Seguridad Social y con una importancia singular como factor dinamizador de las relaciones laborales. Sin embargo, contemporáneamente, la prestación de incapacidad temporal se reivindica asimismo como una de las prestaciones que mayores gastos ocasiona al sistema de Seguridad Social, por más que el coste de semejante prestación no

presenta una caracterización exclusivamente social, una vez que la situación de incapacidad temporal, por la relación directa que guarda con la prestación de servicios, constituye también una carga importante para la estructura empresarial, como ha tenido ocasión de subrayar la doctrina².

Además, si se toma como base la experiencia acaecida en el ordenamiento jurídico español, su complejidad intrínseca se ha visto acrecentada con ocasión de las sucesivas reformas que se han implementado sobre la misma, con mayor virulencia si cabe durante los últimos veinte años, ausente muchas veces un planteamiento claro y permanente que garantice unos mínimos estándares de uniformidad y coherencia cada vez que ha tenido lugar un cambio legislativo de cierta significación. Un análisis que, necesariamente, debe completarse con el estudio de las técnicas de control dispuestas dentro de su propia ordenación jurídica, bien que a veces en clave de contradicción con los criterios de racionalidad, latente siempre esa apelación repetida a la construcción de un nuevo modelo de gestión y control. De igual modo que resulta necesario reflexionar mínimamente sobre la necesaria interacción entre la incapacidad temporal y el contrato de trabajo, configurada la primera como una situación suspensiva del mismo, con el consiguiente coste para el empresario cuando asume una pequeña parte de la protección, junto con la obligación del pago delegado y la cotización a la Seguridad Social del trabajador.

Aspectos todos que pueden servir de base para una aproximación científica a la regulación de la incapacidad temporal como factor dinamizador de las relaciones laborales, al tiempo que referente continuo de vigilancia por parte del legislador, como corrobora la experiencia que ofrece el ordenamiento español. Elementos éstos que deben analizarse también, en clave de actualidad, a la luz de lo dispuesto en la última manifestación legal, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*.

2.1. Problemática inherente a la regulación de la Incapacidad Temporal

En la lógica del legislador subyace una clara intención de reducir progresivamente el gasto que ocasiona al sistema la prestación de incapacidad temporal, en paralelo con una vocación de minorar su utilización fraudulenta. Finalidades que están en la base de las medidas sucesivas que se han ido adoptando, sistematizadas por la doctrina a partir de cuatro fases distintas: a) Una primera, consistente en reducir la cuantía de la prestación de incapacidad temporal de corta duración; b) Una segunda fase caracterizada por esa

2 En este sentido, véase ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, La Ley, Madrid, 2014, pág. 23

intensificación del control sobre su utilización, primero, haciendo recaer en el empresario, en tanto que controlador más directo del trabajador, la prestación durante los primeros doce días, seguido después con un incremento del control de las entidades pagadoras sobre el Servicio Público de Salud; c) Una tercera fase que ha llevado aparejado un recorte importante en la protección de la incapacidad temporal, con la consiguiente reducción de su duración máxima o con la minoración significativa de la protección de la incapacidad temporal en relación con la extinción del contrato de trabajo; d) Para concluir, en línea con esa intensificación del control, con el aumento considerable de las competencias del INSS, centralizando en esta Entidad el control de la prestación a partir de los doce meses de duración³. Reformas, por lo demás, imbuidas, de un cierto carácter experimental y con una corta duración en el tiempo, por mucho que ese comportamiento del legislador no sea, sin embargo, exclusivo de la materia de incapacidad temporal.

Una sistematización que puede resultar de utilidad, también, para su contraste con lo dispuesto en el citado Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*, en tanto que última expresión legal relevante, por el momento, en materia de incapacidad temporal.

De este modo, no resultan extrañas las invocaciones efectuadas desde la doctrina, reclamando como necesidad urgente una mayor atención por parte del legislador, y cubrir así las lagunas normativas importantes presentes todavía hoy en el régimen jurídico de la prestación de incapacidad temporal, sin ir más lejos, respecto de cuestiones como las recaídas, las prórrogas de la situación de incapacidad temporal, o los responsables de la prestación de incapacidad temporal⁴. O, cuando, bajo una lógica parecida, se señala la prestación de incapacidad temporal como una de las más necesitadas de racionalización técnico-jurídica y de política del Derecho, abundando en la falta de sistemática y en la ausencia de coherencia que ha caracterizado tradicionalmente su regulación, con ocasión de las sucesivas reformas legales, ausente por tanto una reforma omnicompreensiva en línea con la finalidad garantista típica asignada a esta prestación de Seguridad Social⁵.

La evolución desordenada, en cierto modo asistemática, de la que ha sido objeto la incapacidad temporal explica también el interés mostrado por la doctrina científica sobre determinadas materias centrales relacionadas con la misma, como sucede de manera específica con las vacaciones y la incapacidad temporal en la Administración General del

3 ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit., págs. 24-25.

4 FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 393 y ss.

5 MONEREO PÉREZ, J. L. —en el Prólogo a la Monografía de LÓPEZ INSÚA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014, págs. XV y ss.

Estado⁶; o desde una proyección más amplia, con el estudio de la incapacidad temporal de los funcionarios públicos⁷; el derecho al disfrute efectivo de las vacaciones, a partir de las referencias básicas que suponen la jurisprudencia comunitaria y la regulación estatutaria⁸; apelación a las vacaciones desde variantes distintas que dan cuenta de la compleja relación existente entre la prestación por incapacidad temporal y el derecho de vacaciones, considerando también los nuevos criterios judiciales y legales⁹; la incapacidad temporal como causa de despido¹⁰; y, en directa conexión con lo anterior, con el referente de la tutela del trabajador enfermo dentro del Estatuto de los Trabajadores¹¹; desde el examen omnicompreensivo de la protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social¹²; también a la luz de la evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo, siempre con la referencia del ordenamiento jurídico español¹³; o, de manera más acotada en el tiempo, considerando la incidencia de la reforma laboral de 2012 en el sistema público de la Seguridad Social¹⁴; desde la interdependencia entre la incapacidad temporal y el presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional¹⁵; a partir de una triple problemática proyectada sobre la incapacidad

-
- 6 ARRIBAS LÓPEZ, E., “El tan traído y llevado tema de las vacaciones y la incapacidad temporal en la Administración General del Estado”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2014, págs. 403 y ss.
 - 7 ARETA MARTÍNEZ, M^a., “La incapacidad temporal de los funcionarios públicos”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal de los funcionarios públicos*, Cinca, Madrid, 2011, págs. 198 y ss.
 - 8 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2014, págs. 1 y ss.; LÓPEZ INSÚA, B. M., “Vacaciones e Incapacidad Temporal: perspectiva comunitaria y española”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 10, 2013, págs. 243 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Relaciones Laborales*, núms. 13/14, 2012, págs. 1 y ss.
 - 9 GALA DURÁN, C., “La compleja relación entre la prestación por incapacidad temporal y el derecho a vacaciones: nuevos criterios judiciales y legales”, *La administración pública*, núm. 10, 2012, págs. 916 y ss.
 - 10 ARENAS VIRUEZA, M., “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, págs. 21 y ss.; AZAGRA SOLANO, M., “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2011, págs. 57 y ss.; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011, págs. 49 y ss.
 - 11 CARRIZOSA PRIETO, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013, págs. 135 y ss.
 - 12 FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, cit., págs. 21 y ss.; LÓPEZ INSÚA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, cit., págs. 45 y ss.
 - 13 RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., “Evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 94, 2011, págs. 173 y ss.
 - 14 BLASCO LAHOZ, J. F., “La incidencia de la reforma laboral en el sistema público de la Seguridad Social”, AA. VV.: *Tres años de cambio laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 20121 y ss.
 - 15 BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a., “Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 2, 2012, págs. 373 y ss.

temporal, con una dimensión legal, jurisprudencial y propiamente médica¹⁶; analizando la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad¹⁷; por la proyección de la incapacidad temporal vinculada con determinados colectivos específicos de trabajadores, como sucede significativamente respecto de los trabajadores autónomos¹⁸; o por su juego en relación con determinadas modalidades de contratos, en alusión al trabajador a tiempo parcial y los trabajadores fijos discontinuos¹⁹.

Problemática acrecentada cuando se constata que, tanto en la vieja normativa como en la nueva, el impacto y las relaciones recíprocas entre la incapacidad temporal y el contrato de trabajo, son permanentemente ignorados, lo que provoca importantes problemas aplicativos. La importancia del tema y la interrelación de ambos institutos es clara, ya que el efecto incapacitante temporal que constituye el elemento de protección es, a su vez, la causa que motiva la suspensión del contrato de trabajo. De ello deriva que las reformas que actúan sobre la incapacidad temporal (prórrogas, suspensión cautelar, procedimiento de impugnación del alta médica, extinción...) extienden sus efectos sobre el contrato de trabajo.

Deficiencias que se suman a otras invocadas por la doctrina, bajo esa referencia principal de la incapacidad temporal. Por ejemplo, sobre la necesidad de reconsiderar nuevamente el concepto de incapacidad temporal; los problemas suscitados en torno a distintas materias nucleares de la incapacidad temporal como el recorte en la duración de la misma, el tratamiento de las distintas prórrogas de la incapacidad, o en relación con las recaídas en incapacidad temporal²⁰. En alusión a la consideración conjunta de las contingencias, significando la separación entre las distintas contingencias como una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema de Seguridad Social en general, y con una relevancia especial cuando se conecta con la incapacidad temporal, con efectos relevantes en materias como la competencia para determinar la contingencia de la que deriva la prestación, o la propia delimitación de la contingencia y situaciones protegidas; sin olvidar las debilidades inherentes al control del fraude y la correlativa contención del gasto, a partir

16 BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica*, Comares, Granada, 2012, págs. 1 y ss.

17 FERNÁNDEZ LOMANA, M., “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, págs. 181 y ss.

18 CASTRO CONTE, M., “Evolución de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011, págs. 178 y ss.; GARCÍA QUIÑONES, J. C., “Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia”, *Documentación Laboral*, núm. 70, 2004, págs. 59 y ss.

19 MEDINA MAILHO, R., “Trabajo a tiempo parcial y fijos discontinuos”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011, págs. 151 y ss.

20 LÓPEZ INSÚA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, cit., págs. 376 y ss.

del tratamiento que merecen elementos como la duración de la prestación de incapacidad temporal, la relación entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo, o el juego combinado entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo y la obligación de cotizar a la Seguridad Social; para concluir, con la vinculación entre la prestación económica de incapacidad temporal y la asistencia sanitaria, por alusión a asuntos como la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, o el alta médica a los efectos exclusivos de las prestaciones económicas²¹.

2.2. Alrededor de las técnicas de control

El análisis de la incapacidad temporal debe completarse, necesariamente, con el estudio de las técnicas de control dispuestas dentro de su propia ordenación jurídica, bien que a veces en clave de contradicción con los criterios de racionalidad. Materia que constituye, de igual modo, un referente continuo de atención por parte de la doctrina científica, cuando analiza la conexión de la incapacidad temporal con el control público del absentismo laboral, sustentado en coordenadas tales como el control por los facultativos de Entidades Gestoras y de Mutuas, los reconocimientos médicos, el control por parte de las empresas, la extinción de la relación laboral durante el período de prueba del trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal, o las cláusulas antiabsentismo por incapacidad temporal en la negociación colectiva²²; con la atención puesta en el control médico de la incapacidad temporal desde la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación citada, a partir de la regulación que establece el artículo 128 de la Ley General de Seguridad Social²³; constatando la relevancia del control de las bajas médicas como objetivo permanente de las sucesivas reformas acaecidas en materia de incapacidad temporal²⁴; con atención sobre el control y la gestión de la incapacidad temporal a partir de un análisis crítico del marco jurídico positivo vigente, conscientes en cualquier caso del equilibrio complejo que exige la preservación de elementos

21 FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, cit., págs. 398 y ss.

22 PURCALLA BONILLA, M. A., “Incapacidad temporal y control del absentismo”, AA. VV.: *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa* (Dir. ROMERO BURILLO, A. M^a y ARGÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 261 y ss.

23 CASTILLA CASTILLA, Á., “Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2012, págs. 17 y ss.

24 GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, Relaciones Laborales, núm. 12, 2011, págs. 11 y ss.; “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (y II) (Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente), Relaciones Laborales, núm. 13, 2011, págs. 19 y ss.

necesarios a considerar como son la eficiencia y el garantismo²⁵; atendiendo a la incidencia que reviste el control de la incapacidad temporal sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial²⁶; o para corroborar la opción preferencial por el control público frente al poder de dirección del empresario, dentro de los mecanismos de control de la incapacidad temporal²⁷.

Elementos todos que están en la base de una llamada a la construcción de un nuevo modelo de gestión y control, con una apelación en este sentido a la importancia singular que incorpora la reforma patrocinada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, por lo que supone de ruptura frente al *status quo* preexistente. Cambio de rumbo sustentado sobre factores tales como las nuevas competencias del INSS (o ISM) en materia de gestión-control; las reformas complementarias que incorpora; aplicación del sistema “bonus-malus” a la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes, configurando un enfoque nuevo respecto de una problemática clásica; junto con una clarificación sobre los costes de las pruebas sanitarias ajenas efectuadas por las Mutuas²⁸.

Como es notorio, la problemática que afecta a la ordenación, gestión y control de la incapacidad temporal, es compleja en sí misma y exige clarificar los condicionamientos sociales y jurídicos sobre los que opera, con la finalidad de fijar el rumbo de las posibles reformas futuras o, al menos, evidenciar algunos de los elementos que proporcionan la complejidad anunciada. Con todo, se trata de una cuestión nuclear en la ordenación de la incapacidad temporal, que afecta a todos los intervinientes, a saber: Servicio Público de Salud, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal. Singularidad ésta que al ser exclusiva de la incapacidad temporal, anuncia por sí misma su complejidad. Así, por ejemplo, se ha identificado la separación entre la gestión de la asistencia sanitaria y de la prestación económica como uno de los problemas principales en materia de gestión, de igual modo

25 OLARTE ENCABO, S., “Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 20, 2011, págs. 63 y ss.

26 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 118, 2013, págs. 113 y ss.

27 TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F., “Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público”, AA. VV.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 217 y ss.

28 TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F., “Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público”, cit., págs. 231 y ss.

que se apela también al control de la incapacidad temporal como solución al problema²⁹. En este sentido, no puede dejar de hacerse una mención a la última manifestación legal relevante, en alusión al Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*.

3. Caracterización del teletrabajo dentro del sistema de relaciones laborales

Por su parte, el teletrabajo constituye una temática especialmente propicia para acometer, a su través, una aproximación analítica y crítica sobre el estado de situación que presenta en cada momento el Derecho del Trabajo. Máxime, cuando se constata el discurrir histórico al que se ha visto sometida la institución, con esa transición desde trabajo “a domicilio” al “trabajo a distancia”, hasta llegar a su configuración actual, sobre la base de aquellos aspectos más relevantes que conforman su régimen jurídico vigente, con lo que ello significa también de cara a situar el contrato de trabajo emergente bajo una dinámica clara de desafíos para el futuro³⁰. Previsión que se cumple también, específicamente, en lo que nos afecta de manera más directa por nuestro objeto de estudio, respecto de aquellas cuestiones vinculadas con la incapacidad temporal.

3.1. Problemática inherente a la regulación del teletrabajo

Desde épocas tempranas, se ha sido plenamente consciente de que el teletrabajo, incluso ya en su fase embrionaria, estaba en condiciones de provocar un gran impacto a largo plazo tanto sobre los ritmos de trabajo como en lo relativo a la localización de las actividades, influencia que debe abordarse en cualquier caso bajo una perspectiva de conjunto³¹. Se comprende entonces que haya sido motivo común de atención por parte de la doctrina científica, al compás de perspectivas y sensibilidades diversas, a veces incluso abiertamente contrarias, ya sea desde el favor o la complacencia ya sea desde una moderada -o menos- precaución o escepticismo, considerando las derivaciones múltiples que pueden surgir de la implantación del teletrabajo bajo cualquiera de sus modalidades posibles. Tipología heterogénea según la clave de distinción que se adopte, por alusión al lugar de trabajo (teletrabajo a domicilio, trabajo en telecentros, centro satélite u oficina

29 ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit., págs. 289 y ss.

30 En relación con ese tránsito, desde el trabajo “a domicilio” hasta el “trabajo a distancia”, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, Colección Claves Prácticas, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2013, págs. 9 y ss.

31 En este sentido, véase PUEL, H., “Travail et emploi pas de chômage pour les auteurs...”, *Économie et Humanisme*, núm. 342, 1997, págs. 97-98; FONNER, K. L. y STACHE, L. C., “All in a day’s work, at home: teleworkers’ management of micro role transitions and the work-home boundary”, *New Technology, Work and Employment*, Vol. 27, núm. 3, 2012, págs. 242 y ss.

satélite, teletrabajo móvil o nómada); el factor comunicativo de la prestación (teletrabajo “on line” o conectado; teletrabajo “off line” o desconectado, teletrabajo “one way line” o en un solo sentido, teletrabajo “two way line” o interactivo); o el ámbito de aplicación (“outsourcing”, subcontratación, franquicia o “franchising”)³².

Aportaciones valiosas todas, concebido el ámbito jurídico como un terreno poco abonado para lecturas maximalistas. Interés doctrinal materializado después tanto en análisis de corte transversal u omnicompreensivo de la institución como en estudios más específicos dirigidos hacia cualesquiera de sus aspectos concretos³³. Por ejemplo, bajo esta última clave, fijando la atención sobre materias como la aproximación al teletrabajo en clave de oportunidad para el futuro, también desde una lógica económica³⁴, casi siempre con la referencia puesta en la creación de empleo³⁵; tal vez de una manera un tanto exagerada, elevándolo a la condición de activador de un nuevo modo de trabajo y de vida³⁶; con la atención situada en el centro de ese binomio que conforman el cambio tecnológico y el empleo³⁷; como expresión idónea para implementar determinadas

32 Para el desarrollo de las diferentes modalidades de teletrabajo, así estructurado, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 28-31; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, Colección de Estudios núm. 88, CES, Madrid, 2000, págs. 32 y ss. También, alrededor de las modalidades de teletrabajo, véase SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, *Tribuna Social*, núm. 92, 1998, págs. 21 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, AA. VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 28, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 777 y ss.

33 Bajo esa perspectiva omnicompreensiva e integradora, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 761 y ss.; GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 29 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Teletrabajo”, AA. VV.: *Colección El contrato de trabajo, Volumen II Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1139 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España (Perspectiva jurídico laboral)*, Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, núm. 15, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 9 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 9 y ss.; THIBAUT ARANDA, J., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 11, 1998, págs. 93 y ss.; *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 23 y ss.

34 En este sentido, véase ÁLVAREZ TALADRIZ, Á. M^a y VAN LEEUWEN, M., “El futuro acaba de empezar: el teletrabajo como oportunidad”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 3, 1999, págs. 121 y ss.

35 ORTIZ CHAPARRO, F., “Teletrabajo y nuevas oportunidades de empleo”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 3, 1999, págs. 109 y ss.

36 A este respecto, véase DI MARTINO, V. y WIRTH, L., “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 109, núm. 4, 1990, págs. 469 y ss.; VALENCIANO SAL, A., “El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2012, págs. 9 y ss.

37 En este sentido, véase SÁENZ DE MIERA, A., “Cambio tecnológico y empleo”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 49 y ss.

estrategias de flexibilidad³⁸, con la referencia también del Derecho Comparado³⁹; sobre las actuaciones concretas que precisa su implantación efectiva⁴⁰; como argumento para profundizar en aquellos aspectos jurídicos que contribuyen a delimitar la figura del teletrabajador, por alusión a cuestiones como su condición legal⁴¹, su estatuto jurídico⁴², o los propios derechos colectivos de los teletrabajadores⁴³; como elemento que obliga, cuando menos a reconsiderar, la configuración actual de la responsabilidad empresarial dentro del contrato de trabajo, susceptible quizás de una necesidad de adaptación bajo esa lógica novedosa que incorpora el teletrabajo⁴⁴; su repercusión internacional como consecuencia de los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia⁴⁵; por los interrogantes que suscita en términos de garantías para el trabajador⁴⁶; abundando en su contextualización dentro de la economía postfordista⁴⁷; considerando su configuración actual vigente después de las últimas reformas laborales⁴⁸; cuestionando su aplicación en

-
- 38 En este sentido, véase BELZUNEGUI ERASO, A., *Teletrabajo: Estrategias de Flexibilidad*, Colección Estudios núm. 130, CES, Madrid, 2002, págs. 31 y ss.; GARCÍA RUBIO, A., “Nuevas perspectivas sobre fórmulas flexibles de trabajo: trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, AA. VV.: *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 185 y ss. También, con la referencia de la flexibilidad, bien que desde una consideración netamente crítica, con la atención puesta en los teletrabajadores europeos, véase PINILLA GARCÍA, J., “Efectos contrapuestos de la flexibilidad. El caso de los teletrabajadores europeos”, *Revista Ábaco*, 2ª época, Vol. 1, núm. 67, 2011, págs. 39 y ss.
- 39 En este sentido, con la referencia puesta en el sistema italiano, véase FREY, L. y LIVRAGHI, R., “Lavori atipici, flessibilità del lavoro e problemática del lavoro femminile”, *Quaderni di Economia del Lavoro*, núm. 62, 1998, págs. 7 y ss.
- 40 A este respecto, dando contenido a una sistemática que distingue entre método, estudio de viabilidad, desarrollo de nuevos criterios de selección y procedimientos, reclutamiento de teletrabajadores, puesta en marcha del proyecto piloto, evaluación del programa piloto, e implantación formal, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 33 y ss.; VALENCIANO SAL, A., “El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?”, cit., págs. 17-19.
- 41 DE LA VILLA GIL, L. E., “La condición legal del teletrabajador”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 189 y ss.
- 42 RAY, J. E., “Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, *Droit Social*, núm. 2, 1996, págs. 121 y ss.
- 43 A este respecto, véase GALLARDO MOYA, R., “Los derechos colectivos de los teletrabajadores”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 209 y ss.
- 44 Alrededor de este argumento, véase EL HAGE, N., “Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail?”, *Droit Social*, núm. 1, 2002, págs. 42 y ss.
- 45 En este sentido, véase ESPÍN SÁEZ, M., “Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, págs. 249 y ss.
- 46 A este respecto, véase GALLARDO MOYA, R., “El trabajo a distancia: ¿un trabajo con garantías?”, AA. VV.: *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 155 y ss.
- 47 KLAUS-GERD, G., “El trabajo a distancia en la economía postfordista”, *Políticas Sociales en Europa*, núm. 5, 1999, págs. 9 y ss.
- 48 En este sentido, con la referencia puesta en las reformas de 2012 en materia de contratación laboral y en la formación profesional, véase LLEÓ CASANOVA, B., “Incidencia de las reformas de 2012 en la

aquellas hipótesis donde no concurra una mínima voluntariedad del trabajador, presente solo la decisión unilateral del empresario, por alusión a esa denominación tan gráfica de “teletrabajo forzado a domicilio”⁴⁹; con la mirada puesta en su precaria regulación desde una retrospectiva histórica, planteando una perspicaz disyuntiva en relación con el teletrabajo, a medio camino entre el vacío legal o la desregulación de facto⁵⁰; como manifestación relevante dentro de los modelos contractuales de la prestación de servicios⁵¹; con el referente de su doble aplicación potencial tanto en organizaciones privadas como públicas⁵²; fijando la atención específicamente en la modalidad del teletrabajo parcial, por su virtualidad para la conciliación en el marco de la negociación colectiva, desde esa vinculación entre el teletrabajo y sus repercusiones positivas sobre el principio de igualdad por razón de género⁵³; considerando su dimensión como exponente de la metamorfosis acaecida dentro del Derecho del Trabajo⁵⁴; como institución susceptible de materializarse también en forma de buenas prácticas, sobre todo, a partir de la experiencia acaecida en alguna gran empresa, según su grado de implantación y el número de trabajadores concernidos⁵⁵; como alternativa para verificar la conciliación de la vida privada y la actividad

contratación laboral y en la formación profesional”, AA. VV.: *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social (actualizado con los últimos reales decretos sobre despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada, contratos para la formación y aprendizaje, comisión consultiva nacional de convenios colectivos, etc.)*, Coords. Alfonso Mellado, C. L. y Rodríguez Pastor, G. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 59 y ss.; MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, págs. 193 y ss.; MUÑOZ RUIZ, A. B., “Trabajo a distancia”, AA. VV.: *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 135 y ss.; POQUET CATALÁ, R., “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 351, 2012, págs. 139 y ss.; SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, AA. VV.: *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dir. P. Núñez-Cortés Contreras, Dickinson, Madrid, págs. 61 y ss.

49 En desarrollo de este argumento, sobre la base de lo dispuesto en la STS de 11 de abril de 2005, véase THIBAUT ARANDA, J., “Teletrabajo forzado a domicilio”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2006 págs. 386 y ss.

50 En este sentido, a caballo entre esa disyuntiva -negativa en cualquier caso- entre el vacío legal y la desregulación de hecho, véase MARTÍN AGUADO, Á., “Teletrabajo: ¿vacío legal o desregulación de facto?”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 219 y ss.

51 En este sentido, véase MONTOYA MELGAR, A., “Teletrabajo: modelos contractuales de la prestación de servicios”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 199 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, cit., págs. 20 y ss.

52 Con la referencia puesta en esta doble dimensión, pública y privada, véase PURCALLA BONILLA, M. Á., “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, págs. 67 y ss.

53 En este sentido, véase SERRANO GARCÍA, J. M^a, “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, págs. 207 y ss.

54 RAY, J. E., “Métamorphoses du droit du travail”, *Droit Social*, núm. 12, 2011, págs. 1162 y ss.

55 En este sentido, con la referencia de lo acaecido en Telecom Italia, véase PARROTO, R., “Teletrabajo: las buenas prácticas: La experiencia de Telecom Italia”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información*

profesional⁵⁶; o, en fin, desde su conexión específica con la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁷.

Consideraciones críticas cuyo hilo conductor, lo adelantamos ya, se identifica con esa instrumentalización que parece proyectar el legislador con bastante frecuencia sobre el teletrabajo como manifestación ideal para abundar en la lógica de la flexibilidad, y así, aunque no se reconozca expresamente, como factor potencial de precariedad, por mucho que en paralelo trate de presentarse formalmente ante los operadores jurídicos como un mecanismo especialmente adaptado para conciliar los intereses de trabajador y empresario. Desequilibrio en favor de la posición empresarial más acusado en una época como la actual, visibles todavía en toda su crudeza las secuelas derivadas de esa crisis económica y financiera que ha acompañado durante los últimos años al Derecho Laboral, cuya manifestación más evidente tiene que ver con esos niveles escandalosamente altos de desempleo por los que ha transitado –y transita todavía– el mercado de trabajo en España⁵⁸.

Lo que es peor, sin perspectivas aparentes de un verdadero cambio de ciclo en lo que a creación de empleo se refiere, rebajadas, descafeinadas y sustituidas dichas expectativas por una previsión a futuro, mucho más modesta, en forma de reducción paulatina de los niveles de desempleo durante los próximos años, bien que a ritmo seguramente más ralentizado frente a lo que cabría desear. Sobre todo, considerando la situación de partida existente, tan negativa.

Circunstancias todas, endógenas y exógenas, siempre desde esa referencia común del teletrabajo, que condicionan sobremanera, cuando no impiden muchas veces al trabajador, tener una mínima posición de fuerza para elegir la modalidad de prestación laboral que mejor ajuste tenga en cada caso concreto con sus intereses, anhelos y necesidades. Una descompensación en la posición del trabajador como parte débil del contrato de trabajo, proyectada sobre el conjunto de cuestiones relacionadas con el teletrabajo, que

(*El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo*), Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 251 y ss.

56 A este respecto, véase ARIZA MONTES, J. A., “Conciliación de la vida privada y la actividad profesional: La alternativa del teletrabajo”, *Revista de Fomento Social*, Vol. 57, núm. 228, 2002, págs. 629 y ss.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Capítulo Octavo. Conciliación de la vida familiar y laboral, apoyo al autoempleo y otras medidas”, AA. VV.: *La reforma laboral de 2012 (Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Coord. F. Cavas Martínez, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, págs. 293 y ss.

57 En este sentido, véase GONZÁLEZ VILLANUEVA, F. J., “La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2003, págs. 171 y ss.

58 En concreto, corroborando la dimensión del problema que supone el desempleo, el número de desempleados alcanza en el momento actual casi los cinco millones y medio de parados, concretamente, 5.149.000 parados, según el último dato conocido de la Encuesta de Población Activa (EPA), correspondiente al segundo trimestre de 2015, lo que supone una tasa de paro del 22,37 por 100 sobre el total de la población activa.

irradia también inevitablemente sus efectos negativos hacia la ordenación de la incapacidad temporal.

En efecto, se ha dicho –tal vez de forma un tanto exagerada– que el teletrabajo constituye probablemente el paradigma de la flexibilidad, y la propuesta de organización del trabajo descentralizado más audaz y atrevida⁵⁹. Sea como fuere, es lo cierto que al *ius-laboralista* le corresponde entonces examinar su naturaleza jurídica, su explicación y sus instrumentos de ejecución dentro del marco del ordenamiento jurídico laboral. Tarea que pretendemos acometer, con esas referencias puestas en la incapacidad temporal.

Como posición de principio, no está demás subrayar cómo con carácter general las facultades empresariales de dirección, junto con el resto de facetas inherentes al teletrabajo, aparecen condicionadas por la lejanía del domicilio o lugar físico elegido libremente por el trabajador, distinto y distante del centro productivo del empresario, junto con esa mayor cuota de autonomía conferida en algunos casos al trabajador para la realización del trabajo, con lo que ello supone en términos de remodelación del ejercicio del poder de dirección, que ya no se manifiesta a partir de ahora en órdenes concretas y pormenorizadas, pero que sí se asegurará, en cualquier caso, una prestación acorde con los objetivos marcados para ella desde el punto de vista productivo, de modo que en ningún caso corresponderá al trabajador la decisión última sobre este extremo, por más autónoma que sea su prestación.

Esto es, el trabajo a distancia, según los rasgos que presente –medios propios o ajenos, mayor o menor capacidad de decisión propia...–, puede sentir con un grado u otro de intensidad el poder directivo, pero sin que quepa duda acerca de la existencia del mismo, con lo que ello supone en términos de afirmar la subordinación por parte del trabajador⁶⁰. Poder de dirección, y concretamente poder de vigilancia de la actividad a distancia, que sin embargo no es absoluto ni arbitrario, sino que está sometido a límite, como ha subrayado la doctrina, valiéndose también a estos efectos de lo dispuesto en la doctrina del Tribunal Constitucional⁶¹.

3.2. Referencia legal y determinación conceptual

En relación con el tratamiento legal, el artículo 13 del ET regula, como se sabe, el trabajo a distancia. Un precepto cuya redacción actual se corresponde con lo preceptuado

59 SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, cit., pág. 20.

60 A este respecto, alrededor de los rasgos singulares del poder de control y vigilancia del empleador, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 77 y ss.

61 En este sentido, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 78 y ss., con apoyo en la doctrina que dimana del Tribunal Constitucional, como refrendan, entre otras, las SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo.

en la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*⁶². Texto legal que ha dado cuerpo al espíritu reformador del legislador con ocasión de esa macro reforma laboral llevada a cabo en 2012, por más que no haya sido el teletrabajo, obviamente, ni el mayor ni el principal elemento inspirador. Bien que la conexión existente entre la redacción actual del precepto citado con la reforma de 2012, sí constituye un dato revelador por sí mismo, uno más, a la hora de evaluar el marchamo que se ha querido imponer en la versión renovada de su régimen jurídico para el teletrabajo⁶³.

Vinculación que puede también presentarse, obviamente, como un elemento positivo, recogiendo ese aparente consenso que parecía existir entorno a la conveniencia, incluso la necesidad, de modificar la regulación pretérita del teletrabajo, materializada entonces a través del trabajo a domicilio⁶⁴. Resultado que, sin embargo, no puede llevar a desconocer, también con la versión renovada de la norma, la existencia de silencios “sonoros” en la conformación del régimen legal dispuesto ahora con el referente del trabajo a distancia. Lagunas, en cualquier caso, de relevancia desigual, sin ir más lejos, por alusión a la organización del tiempo de trabajo, determinadas cuestiones relacionadas con los equipos de trabajo, o el tema trascendente de la privacidad y control de la prestación de trabajo⁶⁵. Hasta el punto de que algún representante de la doctrina ha llegado a interrogarse abiertamente acerca de si nos encontramos ante una regulación pendiente de desarrollo⁶⁶.

62 Bajo una clave retrospectiva, sobre la situación previa a la reforma laboral de 2012 en la regulación del teletrabajo subordinado, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 85 y ss. También, sobre la tramitación parlamentaria que ha seguido hasta derivar en la redacción actual de la norma, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 67 y ss.

63 En relación con el estado de situación en que queda el precepto de referencia dedicado a regular el trabajo a distancia, el artículo 13 del ET, después de la reforma de 2012, según su versión inicial con el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, antesala de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntica denominación, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., págs. 213 y ss.; GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 87 y ss.; VALENCIANO SAL, A., “El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?”, cit., págs. 9 y ss.; ESPÍN SÁEZ, M., “Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia”, cit., págs. 262 y ss.; GALLARDO MOYA, R., “El trabajo a distancia: ¿un trabajo con garantías?”, cit., págs. 157 y ss.; LLEÓ CASANOVA, B., “Incidencia de las reformas de 2012 en la contratación laboral y en la formación profesional”, cit., págs. 111 y ss.; MUÑOZ RUIZ, A. B., “Trabajo a distancia”, cit., págs. 138 y ss.; GARCÍA RUBIO, A., “Nuevas perspectivas sobre fórmulas flexibles de trabajo: trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., págs. 189 y ss.

64 En este sentido favorable a la necesidad de reformar el régimen jurídico del teletrabajo, que habría venido a colmar, en su versión definitiva hasta el momento presente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, véase MUÑOZ RUIZ, A. B., “Trabajo a distancia”, cit., págs. 135 y ss.

65 A este respecto, véase MUÑOZ RUIZ, A. B., “Trabajo a distancia”, cit., págs. 153 y ss.

66 En este sentido, véase GARCÍA RUBIO, A., “Nuevas perspectivas sobre fórmulas flexibles de trabajo: trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., págs. 185 y ss.

Circunstancias todas que, en cualquier caso, confirmarían la sospecha adelantada en el apartado introductorio. Esto es, con carácter general, en la configuración vigente del teletrabajo prima —en realidad ha primado siempre con diferentes rangos de intensidad— el interés de la lógica empresarial, acompañado cada vez por un componente mayor de flexibilidad —si se quiere, precariedad—, en detrimento de ese eventual interés para el trabajador. Elemento, este último, que viene muy bien para invocarlo como coartada, a modo de composición de equilibrios, del verdadero interés del legislador, cual es concebir el teletrabajo como mecanismo ideal de flexibilización —si se prefiere, una vez más, de precarización—.

Reconocida que ha sido la tensión existente entre cualquier fórmula de flexibilidad y su incidencia sobre las condiciones de trabajo⁶⁷. Advertido, no obstante, cómo no es esa acepción negativa la única posible que puede postularse respecto de la flexibilización, pudiendo concebirse la misma también, vinculada con el teletrabajo, como aquella expresión de un nuevo modelo de organización del trabajo basado en la autonomía y la autorregulación, en relación con la cantidad y distribución del tiempo de trabajo y de las tareas a desarrollar, configurando así una nueva forma de organización de la empresa basada en la flexibilidad de los recursos humanos y tecnológicos⁶⁸.

Sea como fuere, es lo cierto que la doctrina se ha mostrado tradicionalmente reclusa a identificar el teletrabajo con el clásico contrato de trabajo a domicilio, advertido el problemático encuadramiento de los distintos tipos de teletrabajo en los esquemas legales del contrato de trabajo a domicilio⁶⁹. De igual modo que ha quedado constatada, sobradamente, la insuficiencia del contrato a domicilio como marco para la regulación del teletrabajo⁷⁰.

67 Alrededor de este argumento, véase FREY, L. y LIVRAGHI, R., “Lavori atipici, flessibilità del lavoro e problemática del lavoro femminile”, cit., págs. 7 y ss.

68 MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., pág. 218. Abundando, también, en la influencia de las telecomunicaciones, véase LÓPEZ GARCÍA, P., *Teletrabajo: una visión diferente*, Fundación Sindical de Estudios, Ediciones GPS, Madrid, 2007, págs. 102 y ss.

69 A este respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 79 y ss.; GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 49 y ss.; POQUET CATALÁ, R., “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, cit., págs. 154 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 807 y ss. En este sentido, también, dando cuenta de la evolución terminológica desde la rúbrica anterior como “contrato de trabajo a domicilio”, que contenía el artículo 13 del ET, hasta la denominación actualmente en vigor, con la referencia del mismo precepto legal, citado, con esa apelación al “trabajo a distancia”, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., págs. 213-214.

70 En este sentido, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 805 y ss. También, ara el desarrollo de este mismo argumento, con la referencia puesta en la reforma laboral de 2012, además de analizar el contrato de trabajo a domicilio bajo una clave retrospectiva, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., págs. 213 y ss.

Si atendemos a lo dicho por la versión vigente del artículo 13 del ET, bajo esa rúbrica de “Trabajo a distancia”, define en su número 1 el trabajo a distancia como “aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Es decir, con una clara preponderancia del factor locativo. Se permite, por tanto, la posibilidad de compatibilizar parte del trabajo a distancia con la realización de parte de la prestación de servicios en el centro de trabajo, discutiéndose entre la doctrina cuál sería el porcentaje de tiempo de trabajo a distancia para determinar objetivamente dicha actividad como teletrabajo, a cuyos efectos se ha señalado la existencia de un cierto consenso para invocar como cifra referencial aquella actividad realizada a distancia que suponga más del 20 por 100 de la jornada habitual⁷¹.

Cuantificación que, sin embargo, no deja de resultar bastante aleatoria⁷². Tanto es así que algún otro autor, a la hora de fijar el criterio de preponderancia, apela a la aplicación analógica de las normas fiscales, conceptuando entonces como trabajador a distancia a aquél que realice la ejecución de la prestación laboral en porcentaje superior al 50 por 100 del tiempo fuera de la empresa⁷³; o planteando incluso el debate en términos de disyuntiva entre exclusividad o simple prevalencia de la prestación a distancia⁷⁴. Advertido, no obstante, que la característica de la actividad como preponderante no resulta suficiente si no va referida a un lugar atípico como puede ser el domicilio o cualquiera otro elegido libremente por el trabajador⁷⁵.

A continuación, incorpora el precepto citado determinadas previsiones garantistas vinculadas con la obligación de su formalización por escrito, mediante esa formulación imperativa que refiere cómo “el acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito”. Previsión que, como es pauta común en otras hipótesis parecidas, contribuye a garantizar la existencia del contrato de trabajo. Del mismo modo que se asegura también la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 8.3 del ET respecto de la copia básica del contrato, considerando explícitamente una doble coyuntura posible, según que el acuerdo relacionado con el trabajo a distancia se estableciera bien en el contrato inicial bien en tiempo posterior (artículo 13.2 del ET).

71 En este sentido, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., pág. 218; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., pág. 774.

72 A este respecto, véase THIBAUT ARANDA, J., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, cit., págs. 94-95. Contrario también a la posibilidad de establecer un criterio de alcance general, véase MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Teletrabajo”, cit., pág. 1140. Todavía alrededor del factor cuantitativo, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 770 y ss.

73 SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., pág. 12.

74 A este respecto, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 89 y ss.

75 A este respecto, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 73 y ss.

Obligación que se concreta, según ha tenido oportunidad de subrayar la doctrina, con la entrega por parte del empresario a los representantes legales de los trabajadores de una copia básica del contrato donde figuren todos los datos del mismo a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que pudiera afectar a la intimidad personal, conforme refiere la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*⁷⁶. Normativa complementada, también, con lo dispuesto en el Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre, *por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla*.

Sin embargo, frente a la regulación anterior, la versión vigente del artículo 13 del ET no contempla ya la existencia de un documento de control de la actividad laboral, lo cual no obsta para que determinados convenios colectivos sí incluyan semejante exigencia⁷⁷. Ampliación que está en línea con algunos pareceres doctrinales cuando, requisitos legales al margen, abogan explícitamente sobre la conveniencia de que el acuerdo establezca, además de lo dispuesto en el artículo 13 del ET, una serie de cláusulas especificando de manera más clara el desarrollo que hará el teletrabajador, donde se expongan los derechos y deberes que tiene, con extensión también hacia los derechos y deberes del empresario⁷⁸.

Advertido que, sin ir más lejos, al igual que sucede con la jornada laboral, las discrepancias respecto al control del tiempo de trabajo constituyen una materia recurrente de conflicto entre empresario y trabajadores⁷⁹. Prácticas convencionales y recomendaciones doctrinales que no hacen sino constatar de nuevo, implícitamente, la insuficiencia de la regulación legal. No extraña, por tanto, esas llamadas efectuadas acerca de la necesidad de una ley del teletrabajo para su aplicación en el sistema de articulación de fuentes en el Derecho del Trabajo⁸⁰.

76 MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., pág. 218. También, alrededor de la necesidad de forma escrita y la constancia del lugar de trabajo, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 80 y ss.

77 En este sentido, con el referente de lo acaecido en el Acuerdo sobre teletrabajo en Telefónica Soluciones de 27 de octubre de 2011, donde se establece la obligación del empleado de hacer un parte semanal sobre hora de inicio y finalización así como de las tareas realizadas, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., pág. 102.

78 SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., pág. 93.

79 En este sentido, véase BELZUNEGUI ERASO, A., *Teletrabajo: Estrategias de Flexibilidad*, cit., págs. 151 y ss.

80 En este sentido, con desarrollo de este argumento, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 64 y ss.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 275 y ss.

La deriva garantista prosigue luego, en el apartado siguiente, mediante una declaración expresa de igualdad de derechos, cuando refiere que “los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa”. Mención que figuraba ya, en términos similares, dentro del Convenio núm. 177 de la OIT (1996) sobre el trabajo a domicilio⁸¹. Advertido, no obstante, cómo semejante principio de equiparación de derechos no se acompaña de ninguna prescripción sobre el contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo, ausencia que ha subrayado la doctrina⁸².

Del mismo modo que, inmediatamente después, dentro de ese mismo inciso, se incorpora con idéntico carácter expreso la excepción a la regla, cuando puntualiza “salvo aquéllos –derechos– que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”. Previsión limitativa cuya redacción, ciertamente abierta, puede constituir un motivo potencial de conflictos interpretativos a futuro, considerando los intereses contrarios de las partes dentro de cada supuesto concreto, en aras de identificar precisamente cuáles son los “derechos inherentes” a la realización de la prestación laboral en el centro de trabajo de la empresa de manera presencial.

Consciente el propio legislador del estado de indefinición en que deja la redacción del precepto en este punto, se afana en incorporar dentro del inciso siguiente un elemento corrector, una manifestación concreta que acredite esa vocación hacia la igualdad de derechos entre los trabajadores que desarrollan su prestación laboral a distancia y aquéllos que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, cuando señala el derecho del trabajador a distancia a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones (artículo 13.3 del ET)⁸³. Precisión que determinaría, por tanto, la necesidad de atender la jurisprudencia constitucional en materia de clasificación profesional, considerando aquellos criterios que resulten razonables y proporcionales en atención al tipo de actividad profesional que se va a exigir al trabajador, como ha subrayado la doctrina⁸⁴.

Previsión legal que, aun con el citado auxilio de la doctrina constitucional, parece no obstante insuficiente para evitar muchos de los problemas futuros de interpretación sobre

81 En relación con la regulación del trabajo a domicilio por parte de la OIT y su contribución a la realización de la justicia social, véase ESPÍN SÁEZ, M., “Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia”, cit., págs. 251 y ss.

82 GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., pág. 102.

83 Sobre el recorrido de semejante previsión, en relación con la retribución del teletrabajador conforme al grupo profesional, dentro del contexto del teletrabajo, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 97 y ss.

84 A este respecto, con cita de lo dispuesto en la STC 250/2000, de 30 de octubre, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., pág. 83.

cualesquiera hipótesis que puede suscitar una redacción de la norma tan poco precisa en este punto. Carencias que no mitiga tampoco lo dispuesto en el párrafo siguiente, todavía dentro del mismo apartado 3 del precepto citado, cuando refiere el deber del empresario de establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de los trabajadores a distancia a la formación profesional para el empleo, con el objetivo de favorecer su promoción profesional⁸⁵.

De igual forma que no elimina la situación de inseguridad creada, por más que sea una previsión favorable para los intereses de los trabajadores a distancia, esa apelación expresa que consigna la norma respecto al deber de información a los trabajadores a distancia en relación con la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo (párrafo segundo del artículo 13.3 del ET). Circunstancia ésta que no constituye sino un cauce idóneo, precisamente, para abandonar la condición de trabajador a distancia.

El “catálogo” de derechos dispuestos para con los trabajadores a distancia prosigue en el apartado siguiente, como corresponde a una materia sensible, cuando afirma el derecho de los trabajadores a distancia a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, disponiendo expresamente la aplicabilidad, en todo caso, de lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales*, así como su normativa de desarrollo (artículo 13.4 del ET)⁸⁶. Por la manera en que está formulado el precepto, pareciera como si esa invocación al derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultara más amplia, fuera más allá, de la protección efectiva que pudiera derivar de la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo, cuyas disposiciones resultan en cualquier caso aplicables, como se encarga de puntualizar la norma con buen criterio.

Técnica legislativa cuyo acierto corrobora después, sin ir más lejos, lo dispuesto en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, cuando refiere la responsabilidad del empresario respecto de la protección de la salud y de la seguridad profesional del teletrabajador conforme a la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*⁸⁷. Un Acuerdo Marco que tiene la particularidad de no comprometer directamente a los Estados, sino a las propias organizaciones empresariales y de trabajadores

85 En relación con el tratamiento de la formación profesional, dentro del contexto del teletrabajo, considerando lo dispuesto en el artículo 13.3 del ET, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 95 y ss.

86 Para un tratamiento extenso en relación con la seguridad y salud, dentro del contexto del teletrabajo, véase THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 165 y ss.

87 DOCE, núm. L 183, de 29 de junio de 1989.

firmantes, obligadas entonces a implementar el pacto en los Estados miembros atendiendo a los procedimientos y prácticas específicas de cada uno de ellos⁸⁸.

Llamada preferencial entonces al derecho en sí, cuyo resultado no tiene que verse agotado necesariamente por una determinada regulación del mismo en la norma –en este caso, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo-. Tratamiento que constituye así un elemento positivo, coherente con la importancia que concede el legislador, con acertado criterio, a las materias vinculadas con la seguridad y salud. También en este caso, por lo que nos ocupa ahora, desde su proyección específica con los trabajadores a distancia. Circunstancias todas que no obstan, sin embargo, para reconocer esa dificultad intrínseca que incorpora la anunciada previsión de garantizar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo respecto de aquellas hipótesis de trabajo a distancia, fuera por tanto del centro de trabajo, como ha puntualizado con buen criterio la doctrina, lo que resulta determinante para postular la implementación de una normativa específica atendiendo esa necesidad de adaptación desde las peculiaridades derivadas del trabajo a distancia⁸⁹.

Por más que alguna otra opinión relativiza mucho esa diferenciación, constatando cómo la mayoría de riesgos que presenta el teletrabajo son, en verdad, comunes a otras formas de prestación laboral desempeñadas mediante el uso de las nuevas tecnologías, de manera que el único factor de riesgo claramente diferenciador del teletrabajo vendría motivado por el aislamiento, cuya neutralización debería acometer el empresario con el fomento de una mayor interacción entre el teletrabajador y el resto de compañeros de la empresa⁹⁰.

Finalmente, el último apartado del precepto de referencia concluye validando la posibilidad para los trabajadores a distancia de ejercer los derechos de representación colectiva, según lo previsto en el propio Estatuto de los Trabajadores (artículo 13.5 del ET). Previsión que constaba ya en la redacción pretérita de la norma, bien que por alusión al contrato de trabajo a domicilio⁹¹. Por más que dicho reconocimiento aparezca condicionado, como

88 A este respecto, véase ESPÍN SÁEZ, M., “Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia”, cit., págs. 260-262. También, alrededor del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, véase PURCALLA BONILLA, M. Á., “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, cit., págs. 74 y ss.

89 En desarrollo de este argumento, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., pág. 219. A este respecto, véase también SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 84-85.

90 SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., pág. 85.

91 Bajo esa clave retrospectiva, en relación con algunas de las peculiaridades que suscita la representación unitaria y sindical, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 847 y ss.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 237 y ss.

se encarga de precisar la norma en el inciso segundo y último de este mismo apartado 5 para con esta concreta tipología de trabajadores, a la observancia de su deber de adscripción a un centro de trabajo concreto de la empresa.

Exigencia que puede interpretarse en clave para tratar de conjugar esa dificultad adicional que incorpora el teletrabajo a la hora de hacer efectivos los derechos de representación colectiva por los trabajadores a distancia⁹². Si bien el reconocimiento de esos derechos plantea desde luego problemas añadidos consecuentes con la indeterminación del legislador, sin ir más lejos, en relación con los interrogantes abiertos acerca del centro de trabajo en el que debe estar adscrito el trabajador a distancia; dificultades reconocibles también en materia de representación de los teletrabajadores, vinculados tanto con la configuración de los órganos de representación y el ejercicio de sus funciones, como con los derechos de participación; por no hablar de las carencias de regulación existentes respecto de otros derechos de carácter colectivo, huérfanos de una previsión legislativa específica, cual sucede por ejemplo en materia de huelga⁹³.

Como puede apreciarse, poco bagaje normativo el que presenta el Estatuto de los Trabajadores respecto de los trabajadores a distancia, considerando las múltiples especialidades que incorpora el desarrollo de la prestación laboral bajo esa modalidad de trabajo a distancia. Por no hablar de la complejidad ligada a cualquier proceso de implantación efectiva del teletrabajo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, por alusión a toda una serie concatenada de factores como el método, el estudio de viabilidad, el desarrollo de nuevos criterios de selección y procedimientos, el reclutamiento de teletrabajadores, la puesta en marcha del proyecto piloto, la evaluación del programa piloto, o la implantación formal⁹⁴. Concatenación de elementos sucesivos que trasciende, por tanto, de esa vertiente puramente ideológica, cualquiera sea su signo, proyectada tan comúnmente sobre el teletrabajo, para dar cuenta por el contrario de una aproximación más realista acerca de las dificultades inherentes a su realización efectiva.

Materialización acaecida tanto en el ámbito privado, con algún ejemplo significativo por alusión al supuesto de REPSOL, o en el caso de Vodafone⁹⁵; con una presencia constatable

92 En este sentido, véase MORENO VIDA, M^a N., “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, cit., pág. 219; SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 98 y ss. También, en relación con los aspectos colectivos del teletrabajo, véase PURCALLA BONILLA, M. Á., “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, cit., págs. 82 y ss.

93 En este sentido, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, cit., págs. 85 y ss.

94 A este respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 33 y ss.

95 Específicamente, vinculado con la implantación del teletrabajo que ha tenido lugar en la empresa Vodafone, véase LÓPEZ GARCÍA, P., *Teletrabajo: una visión diferente*, cit., págs. 147 y ss.

asimismo en distintos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva –en concreto, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007-, con continuidad después también en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014); junto con un desarrollo en el ámbito de las Administraciones Públicas, tanto a nivel de la Administración General del Estado como en el ámbito de alguna Administración autónoma (específicamente, el País Vasco)⁹⁶.

Del mismo modo que las dificultades vinculadas a la propia determinación conceptual del teletrabajo tienen una incidencia directa en la conformación de su régimen jurídico⁹⁷. Circunstancias que requieren asumir, por tanto, una posición previa a partir de esa combinación entre realidad jurídica y encuadramiento⁹⁸. Afirmaciones extensibles, igualmente, respecto de aquellas cuestiones proyectadas más específicamente con la ordenación del tiempo de trabajo y descansos, y por extensión, con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Expresado de un modo sintético, se antoja particularmente difícil acotar el régimen jurídico de una institución que no se sabe exactamente lo que es, o cómo se define, considerando el grado desigual de consenso existente sobre estos extremos entre la doctrina.

Dificultad reconocible, también, desde una aproximación al concepto de teletrabajo bajo una etiología sociológica, caracterizado gráficamente como un “cisma del concepto”⁹⁹. Carencias que, sin embargo, tampoco quedan resueltas por la existencia de otros instrumentos para la regulación del teletrabajo, como pueden ser los Acuerdos para la Negociación Colectiva, los convenios colectivos o las aportaciones de las resoluciones jurisdiccionales. Sobre todo si, como sucede respecto de estas últimas, los criterios vertidos resultan dispersos e incoherentes, según ha tenido ocasión de corroborar la doctrina¹⁰⁰.

De igual forma que parece un tanto impreciso hablar genéricamente de teletrabajo, conscientes de la existencia de una variada tipología de supuestos, como demuestran las

96 En este sentido, con un desarrollo específico de lo acaecido en las distintas hipótesis enumeradas, con datos tangibles y cuantificables, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 45 y ss.

97 A este respecto, alrededor del concepto de teletrabajo, véase SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, cit., pág. 21; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 23 y ss. También, sobre la noción y caracteres básicos del teletrabajo, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 29 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España (Perspectiva jurídico laboral)*, cit., págs. 15 y ss.

98 A este respecto, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 69-70.

99 En este sentido, véase ARIZA MONTES, J. A., “Conciliación de la vida privada y la actividad profesional: La alternativa del teletrabajo”, cit., págs. 632 y ss.

100 SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 79-80. También en relación con el desarrollo convencional del teletrabajo, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 95 y ss.

experiencias acaecidas en el orden práctico¹⁰¹. Así por ejemplo, algunos de los peligros señalados seguramente pueden diluirse o no según la realidad de que se trate. Por ejemplo, cuando la alternativa del teletrabajo se presenta bajo una fórmula de aceptación voluntaria y reversible para el trabajador, como constatan algunas experiencias habidas en España dentro de empresas grandes, por alusión al supuesto de Alcatel, Ericsson España, Indra Sistemas¹⁰². Escenario mucho menos alentador se suscita, desde luego, cuando la opción del teletrabajo se presenta al trabajador bajo esa fórmula de única alternativa posible¹⁰³.

No en vano, con acertado criterio la doctrina francesa ha llamado también la atención acerca de la problemática diferenciada que surge sobre multitud de cuestiones a partir de la diversidad de estatus contractuales de los teletrabajadores, bien que advirtiendo como conclusión de cierre que, en ausencia de reglas específicas para el teletrabajo, resultan aplicables las normas laborales “clásicas”¹⁰⁴. En línea también con los interrogantes que plantea la propia naturaleza jurídica del contrato del teletrabajador, a partir de disquisiciones según se trate de trabajador dependiente o trabajador autónomo¹⁰⁵; o desde la referencia del teletrabajador a domicilio, planteándose su posible caracterización como trabajador autónomo o como trabajador por cuenta ajena clásico¹⁰⁶.

101 A este respecto, para un análisis empírico sobre las prácticas de implantación del teletrabajo, contextualizado en el marco reducido que resulta de la elección de unas empresas determinadas, sin ninguna otra aspiración de conclusión extensiva o generalizable para con el resto de cualesquiera supuestos posibles, véase BELZUNEGUI ERASO, A., “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo itinerante”, *Sociología del Trabajo*, nueva época, núm. 45, 2002, págs. 69 y ss.

102 En este sentido, véase PURCALLA BONILLA, M. Á., “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, cit., págs. 85 y ss. También, alrededor de la experiencia acaecida en Vodafone con ocasión de la implantación del teletrabajo, véase LÓPEZ GARCÍA, P., *Teletrabajo: una visión diferente*, cit., págs. 147 y ss. Analizando ese juego conjunto de la voluntariedad y reversibilidad del teletrabajo a modo de hipótesis central, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 814 y ss.

103 Sobre el juego de la voluntariedad desde la dinámica propia del contrato de trabajo suscrito en el ámbito del teletrabajo, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 71-73.

104 En desarrollo de esta idea, distinguiendo distintos supuestos posibles, según que al teletrabajador se le aplique contractualmente el estatuto del trabajador por cuenta ajena, de un lado, bien que aparezca por el contrario inscrito como profesional autónomo pero respondiendo concretamente a los criterios del trabajador dependiente, de otro lado, véase EL HAGE, N., “Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail?”, págs. 48 y ss.

105 A este respecto, véase GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, cit., págs. 63 y ss.; POQUET CATALÁ, R., “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, cit., págs. 149 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., págs. 784 y ss.; THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 41 y ss.; BAYLOS GRAU, A., “Teletrabajo y legislación social”, AA. VV.: *Trabajar en la sociedad de la información (El teletrabajo: Problema o solución. Cómo contratarlo)*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, págs. 183 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España (Perspectiva jurídico laboral)*, cit., págs. 37 y ss.

106 En este sentido, véase RAY, J. E., “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, cit., págs. 125 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, R., “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, cit., págs. 23 y ss. También, sobre el tratamiento que merecen las notas características de la

Apelación a la figura del teletrabajador autónomo conceptualizada por algún representante de la doctrina como la alternativa de mayor potencial para materializar esa virtualidad del teletrabajo como bolsa de empleo, al tiempo que la modalidad más exigente en relación con la formación de todo tipo, profesional y técnica, básica y permanente¹⁰⁷.

Desde luego, con la mirada puesta en el tratamiento legal, pudiera aceptarse que el artículo 13 del ET, en su redacción vigente después de la macro reforma laboral de 2012, ha pretendido conscientemente asumir ese papel componiendo una regulación específica del teletrabajo. Sin embargo, el resultado visible de las modificaciones operadas con ocasión de esta temática concreta, confirma que aunque permite superar algunos de los obstáculos existentes para aplicar más fácilmente la normativa laboral al teletrabajo, continúa siendo excesivamente escueta, sobre todo en lo referente a la regulación de las condiciones laborales. Conclusión ésta extensible también plenamente respecto de la incapacidad temporal. Materia que precisaría, desde luego, de reglas especiales en su vinculación con el teletrabajo.

Por el contrario, el legislador, ajeno a la asunción de semejante compromiso, opta de nuevo por el recurso manido de dejar al albur de la negociación colectiva la responsabilidad de abordar muchas de las problemáticas inherentes a la compleja realidad del teletrabajo, como instrumento –en este caso, primero y último– para evitar que los teletrabajadores se conviertan en personal de segunda categoría. Solución que está en el origen de un más que previsible fracaso, si por tal se entiende la constatación del tratamiento insuficiente por parte de la negociación colectiva para regular con carácter integral, con la minuciosidad que merecen, el número tan extenso de cuestiones que plantea el teletrabajo como alternativa válida para la ejecución de la prestación laboral, bajo esa clave de salvaguarda de la posición del teletrabajador que no abandona su condición de parte débil del contrato de trabajo¹⁰⁸.

4. Incapacidad temporal y teletrabajo: interacción y perspectivas

Con carácter general, resulta constatable la desafección que ha evidenciado la doctrina hacia ese objeto de análisis que significa examinar, conjuntamente, el juego de la

relación laboral por cuenta ajena (voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución), contextualizadas dentro del ámbito del teletrabajo, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 71 y ss.

107 A este respecto, véase ORTIZ CHAPARRO, F., “Teletrabajo y nuevas oportunidades de empleo”, cit., págs. 118 y ss.

108 Para el estudio pormenorizado sobre la regulación en los convenios colectivos de aquellas materias vinculadas con el teletrabajo, véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T., *Teletrabajo*, cit., págs. 84 y ss.; SERRANO GARCÍA, J. M^a, “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, cit., págs. 213 y ss. También, sobre el juego de la negociación colectiva como salvaguarda de los derechos laborales, a partir de la experiencia acaecida en la empresa Vodafone con la correspondiente implantación del teletrabajo, véase LÓPEZ GARCÍA, P., *Teletrabajo: una visión diferente*, cit., págs. 311 y ss.

incapacidad temporal dentro del contexto específico del teletrabajo. Desinterés que evidencia, sobre todo, una muestra elocuente de insensibilidad, a partir de una manifestación doble. Primero, por la especialidad que incorpora el teletrabajo desde la perspectiva de la incapacidad temporal. Y en segundo lugar, por la indiferencia aparente que suscita en general la propia incapacidad temporal desde aquellos estudios de vocación omni-comprensiva hacia el teletrabajo.

Ello no obsta para afirmar, como posición de principio, que a efectos de Seguridad Social el teletrabajo está sujeto a las mismas obligaciones de aseguramiento que los trabajadores ordinarios, por mucho que en la aplicación práctica de estas medidas puedan surgir problemas adicionales derivados de las condiciones de trabajo y de las necesidades propias de los teletrabajadores a domicilio¹⁰⁹. Concretamente, desde su vinculación directa con la incapacidad temporal, la principal dificultad que se advierte tiene relación con el control del posible fraude, derivación de esa incompatibilidad entre percepción de una prestación a cargo de la Seguridad Social y la práctica del teletrabajo¹¹⁰.

Seguramente, a semejante situación de desapego ha contribuido también el silencio cómplice del legislador a la hora de dotar de cobertura legal las instituciones concernidas, incapacidad temporal y teletrabajo, respectivamente. Conclusión que refrenda un análisis somero del contenido que expresan, de un lado, en relación con la incapacidad temporal, los artículos 128 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*; y de otro lado, respecto del ahora denominado “trabajo a distancia”, el artículo 13 del ET.

Ausencia de regulación específica que, como posición de principio, merece desde nuestro parecer una única respuesta posible, para con cualquier cuestión interpretativa que pueda plantearse, de manera que esa anunciada laguna de regulación acerca de las especialidades que incorpora el juego conjunto de la incapacidad temporal y el teletrabajo, no puede conllevar en ningún caso la merma de derechos para el trabajador, potencial beneficiario de la prestación de incapacidad temporal. Tentación reductora que constituye, por lo demás, una pauta repetida en otras parcelas del régimen aplicable al teletrabajo, donde la especialidad o la dificultad según qué supuestos, siempre sobre esa base del desarrollo de la prestación laboral bajo la modalidad del teletrabajo, pueden utilizarse como argumentos de coartada para tratar de modelar, normalmente a la baja, el régimen de determinados derechos de reconocimiento indiscutible cuando se presentan al margen de la alternativa concreta que supone el teletrabajo.

109 En este sentido, véase THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., págs. 253 y ss.

110 A estos efectos, véase THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo (Análisis jurídico-laboral)*, cit., pág. 258; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Ponencia Temática III. Teletrabajo”, cit., pág. 71.

Por ejemplo, cuestionando la aplicación de determinados derechos aparentemente irrenunciables en otro contexto distinto del teletrabajo, vinculados por ejemplo a temáticas relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, en alusión al régimen respectivo de la jornada laboral, el horario de trabajo –con una mención específica a la teledisponibilidad-, las horas extraordinarias, el trabajo nocturno o las vacaciones; junto con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, discutiendo así la aplicabilidad de determinados permisos retribuidos (ya sea para el ejercicio de un deber inexcusable de carácter público, pero también por enfermedad de un familiar, por matrimonio o para asistencia a consulta médica).

Por otra parte, claro está, como solución de cierre queda abierto siempre el recurso a la negociación colectiva, en tanto que cauce potencial para la cobertura de aquellas insuficiencias advertidas en el plano legal, extensibles después como se ha visto en el ámbito de la atención doctrinal. Una alternativa que, sin embargo, parece trasladar una dosis excesiva de responsabilidad a la autonomía colectiva, que no debería servir sin embargo para camuflar errores ajenos, si por tal se entiende la inacción pretérita del legislador. Y por tanto, la apelación recurrente a la negociación colectiva no debería utilizarse, ahora tampoco, para reproducir de nuevo ese argumento manido que significa criticar la aparente displicencia de los actores colectivos, consecuente con el resultado netamente insatisfactorio sobre esta temática particular que pueda presentar, en un supuesto concreto, un determinado convenio colectivo. Consideraciones que, por el contrario, habrán de contextualizarse adecuadamente para situar el debate en sus justos términos, depositando en el debe de cada cuál la parte de culpa que en verdad le corresponde. Un reparto de responsabilidades donde el legislador, por las razones enumeradas, no debiera salir indemne.

5. Valoración conclusiva

Como se ha tenido ocasión de constatar, la incapacidad temporal constituye una institución jurídica relevante y con una importancia singular como factor dinamizador de las relaciones laborales. Además, si se toma como base la experiencia acaecida en el ordenamiento jurídico español, su complejidad intrínseca se ha visto acrecentada con ocasión de las sucesivas reformas que se han implementado sobre la misma, con mayor virulencia si cabe durante los últimos veinte años, ausente muchas veces un planteamiento claro y permanente que garantice unos mínimos estándares de uniformidad y coherencia cada vez que ha tenido lugar un cambio legislativo de cierta significación.

Un análisis que, necesariamente, debe completarse con el estudio de las técnicas de control dispuestas dentro de su propia ordenación jurídica, bien que a veces en clave de contradicción con los criterios de racionalidad, latente siempre esa apelación repetida a la construcción de un nuevo modelo de gestión y control.

Del mismo modo que resulta necesario reflexionar mínimamente sobre la necesaria interacción entre la incapacidad temporal y el contrato de trabajo. Aspectos todos que pueden servir de base para una aproximación científica a la regulación de la incapacidad temporal como factor dinamizador de las relaciones laborales, a partir de la experiencia que ofrece el ordenamiento español. Y elementos que deben analizarse también, en clave de actualidad, a la luz de lo dispuesto en la última manifestación legal, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*.

El conjunto de cuestiones enumeradas evidencia a las claras cómo la incapacidad temporal, seguramente más que otras contingencias de la Seguridad Social, tiene una ordenación sumamente compleja, caótica y desordenada, que dificulta su comprensión y aplicación, situándonos en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justificable. Situación que no se ha visto favorecida por el hecho de que en los últimos veinte años, desde 1992, la incapacidad temporal haya sido el centro de atención del legislador, realizando reformas continuas -y no siempre debidamente maduras- con la finalidad de construir un nuevo modelo de gestión y control, que permita recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso, reconducir su utilización -no siempre ortodoxa- y situar el gasto en parámetros de racionalidad.

Un entramado normativo que ha tenido como objetivo principal la creación de un modelo de gestión y control bajo la pretensión de centralizar los espacios de competencia. Y materia en la que incide como se ha visto, de manera directa, la aprobación por el Gobierno del Real Decreto 625/2014, citado, bajo esa pretensión declarada de afianzar el modelo en construcción y singularmente incorporar a la gestión los procesos telemáticos, con la finalidad de que todos los “agentes” intervinientes operen y dispongan de toda la información clínica del trabajador.

Por su parte, vinculado con el teletrabajo, resulta muy sintomático la aparición de continuos análisis bajo esa lógica, ciertamente didáctica, de contraponer ventajas e inconvenientes, a partir de una sistemática que distingue entre trabajador, empresario y la propia sociedad. Un modo de proceder revelador por situar al teletrabajo, interesadamente, como una especie de producto de marketing sobre cuya utilidad se debe convencer, en una doble dirección. En primer lugar, al empresario, facilitándole la posibilidad de que utilice el teletrabajo como fórmula para aumentar potencialmente la productividad del trabajador. Y en segundo lugar, a la sociedad, si se quiere a los operadores jurídicos, tratando de presentar el teletrabajo como un sistema equilibrado para responder a las pretensiones respectivas de las partes, trabajador y empresario.

Mucho menos necesario resulta, sin embargo, implicarse en el convencimiento del trabajador sobre las bondades que ofrece la alternativa del teletrabajo para el desarrollo

de la prestación laboral, toda vez que la propuesta que pueda realizarse, en su caso, será consecuencia de la iniciativa empresarial, quedándole al trabajador poco o nulo margen de maniobrabilidad -según que hipótesis- para condicionar la oferta del empresario.

Es verdad que semejante característica no resulta tampoco exclusiva del teletrabajo. Constituye por el contrario una técnica muy utilizada, por ejemplo, en relación con el trabajo a tiempo parcial. Esto es, una fórmula contractual “con trampa”. Si se quiere, otra manifestación donde prima el interés del empresario en términos de aumento de la flexibilidad, bien que condicionada formalmente a la aceptación del trabajador, que decide acogerse “voluntariamente” a esta concreta modalidad, por más que se trate de una voluntad necesaria pero ficticia, considerando sin ir más lejos los niveles de desempleo tan elevados que cualifican en negativo nuestro mercado laboral.

Por todo lo dicho, en relación específicamente con la promoción del teletrabajo, semejante modalidad de prestación laboral no es una consecuencia inevitable de la aplicación al mercado de trabajo de las denominadas nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Es, sobre todo, una elección consciente y querida -por acción o por omisión- para flexibilizar el mercado laboral, y lograr con ello la creación de nuevas oportunidades de empleo. El teletrabajo no es, por tanto, una consecuencia inevitable, es ante todo una opción asumida y promocionada por parte del legislador. Elemento intencional que debería ser objeto así de un reconocimiento legislativo explícito, como opción que lo es de política legislativa, con todas sus consecuencias, al tiempo que motivo continuo de atención por parte de la doctrina, afanada en la preservación de unas bases mínimas de equilibrio dentro del contrato de trabajo, considerando el aumento exponencial de las oportunidades de flexibilidad que incorpora semejante modalidad de ejecución de la prestación laboral.

De esta forma, la discusión sobre el teletrabajo debe enmarcarse justamente en el debate más amplio sobre la flexibilidad. Desde luego, frente a lo que se ha dicho en bastantes ocasiones, bajo una visión conscientemente reduccionista, no nos encontramos ante una fórmula más o menos “neutra” en términos laborales, cuya implementación precisaría solo de un cambio de mentalidad. En definitiva, el teletrabajo no es simplemente como se ha dicho desde una vertiente sociológica “una forma natural de trabajar”, ubicado en la confluencia de una serie de tendencias de la tecnología y de la empresa, de la economía y de la sociedad, que lo convierten en una herramienta idónea y natural¹¹¹. Es, por el contrario, una modalidad a la que seguramente no se puede en efecto renunciar, pero conscientes de su especialidad, vigilantes con los peligros que puede incorporar para el trabajador -como parte débil del contrato-; y atentos también para situar el teletrabajo en los términos que le

111 En este sentido, véase ORTIZ CHAPARRO, F., “Teletrabajo y nuevas oportunidades de empleo”, cit., págs. 110-111.

corresponden dentro del ordenamiento laboral, ni marginándolo –bien que garantizando el control que precisa-, ni poniendo en él exageradas expectativas como instrumento para la creación masiva de empleo. Exageración en las expectativas futuras que, dicho sea de paso, sería solo el prólogo, la antesala, de una más que probable frustración.

Como ha sucedido y sucede respecto de otras instituciones laborales, el teletrabajo ha constituido tradicionalmente un referente proclive para la defensa de posiciones maximalistas, a favor y en contra del mismo, respectivamente. En efecto, entre los partidarios, el teletrabajo suscita un interés a veces desproporcionado, hasta el punto de conceptuarse por parte de algún representante de la doctrina –conviene subrayarlo ahora en momentos donde la tasa de desempleo es elevada-, prácticamente cómo la panacea que permitirá resolver en el futuro el problema del desempleo dentro de las sociedades avanzadas. Por su parte, en el lado de los detractores, se ha señalado al teletrabajo bajo esa caracterización despectiva como la genuina expresión del trabajo basura.

Posicionamientos, ambos, erróneos por exagerados, ya sea con fundamento en las virtudes ya sea con apoyo en los defectos a corregir, siempre con esa referencia principal que constituye el teletrabajo. En efecto, nos decantamos por una línea de mesura, contraria a dar pábulo respecto de cualesquiera posicionamientos extremos que se han vertido –y se vierten-, a favor y en contra respectivamente, hacia el teletrabajo, sobre todo cuando el mismo se conecta con su virtualidad de cara a la creación de empleo¹¹². Desde luego, parece claro que, en las previsiones sobre el futuro próximo, el fenómeno del teletrabajo está destinado a observar un recorrido cierto al alza, como se corresponde con esas características que permiten al teletrabajo contribuir a la creación de empleo¹¹³.

Desarrollo que debería, también, tener consecuencias en términos de aumento paralelo de la vigilancia y las cautelas desde el Derecho del Trabajo, garantizando que ese crecimiento previsible del teletrabajo, no proyecte sin embargo una repercusión excesivamente negativa en relación con el deterioro de las condiciones laborales de los trabajadores potencialmente afectados. Sensibles con este peligro, algún representante de la doctrina francesa ha hablado gráficamente de “ruptura tecnológica” y “ruptura normativa”, como un binomio de contradicciones, de manera que no puede admitirse que un trabajador esté obligado a aceptar –como única alternativa posible- el trabajar en su domicilio, ni tampoco verse obligado a instalar en su propia casa sus informes y sus instrumentos de trabajo¹¹⁴.

112 En este sentido, también, véase ORTIZ CHAPARRO, F., “Teletrabajo y nuevas oportunidades de empleo”, cit., págs. 113 y ss.

113 A este respecto, incluyendo una sistematización de las características que permiten al teletrabajo la creación de empleo, véase ORTIZ CHAPARRO, F., “Teletrabajo y nuevas oportunidades de empleo”, cit., págs. 115 y ss.

114 Para el desarrollo de este argumento, véase RAY, J. E., “Métamorphoses du droit du travail”, cit., págs. 1168 y ss.

Lo que sí resulta incontrovertido es que, de consolidarse efectivamente en el futuro esa evolución expansiva del teletrabajo, no parece suficiente la regulación legal que contiene el artículo 13 del ET, según su redacción actual, a partir de lo dispuesto en la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Fenómeno éste de la insuficiente regulación legal, de general aceptación entre la doctrina española, sobre el que también ha puesto énfasis su homóloga francesa, valorando el papel a jugar por parte del Derecho del Trabajo ante el auge del teletrabajo, cuando se habla gráficamente sobre la posibilidad –o la necesidad- de instaurar un auténtico estatuto del teletrabajador¹¹⁵.

Circunstancia expresiva, tal vez, de una realidad todavía más desasosegante, más allá del teletrabajo, cual sería reconocer abiertamente que el Derecho del Trabajo, según su configuración actual, está construido sobre un modelo en vías de desaparición o cuando menos en un claro proceso de transformación. Seguramente por ello, instalados en esta fase de transición, algunas de las incoherencias o de las problemáticas que se vierten específicamente sobre el teletrabajo, deberían dirigirse en verdad, más certeramente, sobre el propio Derecho Laboral. Tarea mucho más difícil, que puede requerir si no la remoción sí el replanteamiento de algunas de las bases mismas del sistema.

Por su parte, como era previsible, desde la perspectiva concreta de esa interacción mutua entre el teletrabajo y la incapacidad temporal, la suma de insatisfacciones predicables individualmente respecto de cada una de las instituciones citadas, solo puede dar lugar a una solución insatisfactoria, también, cuando se analizan bajo una vocación conjunta o integradora, como ha tenido ocasión de argumentarse en epígrafes anteriores.

Situación que solo estaría en condiciones de revertir, por tanto, el tratamiento que pueda efectuar a modo de intersección entre ambas materias la negociación colectiva, llamada a jugar también aquí un papel de centralidad, cuando menos potencialmente. Protagonismo consustancial de la autonomía colectiva que, sin embargo, como se ha subrayado también, no debería servir de coartada, en ningún caso, para justificar cualquier tipo de inacción legal. De esta forma, para el caso de advertirse como hipótesis un resultado frustrante sobre el estado de la cuestión en los convenios colectivos, dicha conclusión solo vendría a amplificar indirectamente los efectos negativos del silencio legal que manifiesta el legislador a la hora de abordar, con las mínimas garantías para el trabajador, también en su condición de potencial beneficiario del sistema de Seguridad Social, ese factor de especialidad cualificada que incorpora el desarrollo de la incapacidad temporal dentro del contexto del teletrabajo.

115 En este sentido, véase RAY, J. E., “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, cit., págs. 121 y ss.

Temática que, por su trascendencia, no debería desde luego resultar ajena al interés del legislador, cuando menos, en aquello que significa la regulación de unos postulados mínimos como garantía de la posición del trabajador, ampliable asimismo a su condición como beneficiario potencial de la prestación de incapacidad temporal. En definitiva, como conclusión de futuro, vinculado específicamente con el juego de la incapacidad temporal dentro del contexto particular del teletrabajo, sería deseable que esa multitud de flecos pendientes de regulación vayan siendo acometidos por el legislador en el futuro, con la menor tardanza posible, configurando así unas bases mínimas que puedan servir de referencia para su observancia y, en su caso, desarrollo posterior por parte de la negociación colectiva.

LA INCIDENCIA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL DERECHO A LAS VACACIONES

FRANCISCO JAVIER TOROLLO GONZÁLEZ¹

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (torollo@ucm.es).

Resumen

Cuando la incapacidad temporal y las vacaciones coinciden en el tiempo, parece obligado cuestionarse que durante el proceso de IT el trabajador, aunque no trabaja, no puede realizar las actividades propias que los Tribunales reconocen como inherentes al período de vacaciones y que van mucho más allá del mero descanso recuperador del trabajo. De esta forma, prima el derecho a las vacaciones.

Desde esa perspectiva más amplia y más progresiva con la que se presenta este derecho en el marco de la UE, cabe plantearse si en las indicadas situaciones el derecho al disfrute o a la retribución de las vacaciones aplazadas por haberse frustrado su disfrute ante la concurrencia de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo pierde su naturaleza laboral. Específicamente, puede plantearse si las vacaciones así configuradas dejan de regirse por los principios sinalagmáticos propios del contrato de trabajo y se irrogan de la naturaleza de una prestación social, de un beneficio que podría formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social.

Palabras clave

Vacaciones; Derecho a la salud, Incapacidad temporal; Suspensión del contrato de trabajo.

1. La Incapacidad Temporal

La incapacidad temporal (en adelante IT) constituye una de las prestaciones básicas del Sistema de la Seguridad Española cuya protección abarca diversas prestaciones: la asistencia sanitaria, la recuperación profesional y las prestaciones económicas sustitutivas del

¹ La presente Comunicación se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamenta no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01).

salario. Todas ellas se integran dentro de la acción protectora de la Seguridad Social identificada en el art. 38 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, (en adelante, LGSS).

La IT se regula en los arts. 128 a 132 de la LGSS. En estos se diseña, para el Régimen General de la Seguridad Social, su concepto, nacimiento, duración y extinción, así como los beneficiarios de la misma

La actual regulación de la IT encuentra su base en la Ley de Seguridad Social de 1966. En esta norma se denominaba incapacidad laboral transitoria y constituía una situación previa, con una duración que llegó a ser de veinticuatro meses, a la de invalidez provisional, que contaba con una duración de hasta seis años. Como nota característica se encontraba también el hecho de que extendía su protección a las situaciones de maternidad, que en la actualidad está dotada de una protección autónoma y diferenciada².

No obstante, como es fácil de imaginar se trata de una institución que ha sido objeto de numerosas reformas. De hecho puede afirmarse que es la contingencia que más reformas ha padecido, afectando tanto a sus elementos configuradores como a su gestión. A una gran mayoría de ellas les mueve la implementación de un más adecuado control y una gestión más eficaz como lucha contra el fraude.

La IT, como es sabido, precisa de la concurrencia de dos elementos: de un lado, que el trabajador “reciba asistencia sanitaria” y, de otro, que “esté impedido para el trabajo” (art. 128.1 LGSS).

Dicha situación puede derivar de un accidente, sea de trabajo o no, o de una enfermedad común o profesional. Por una u otra causa, es evidente que se altera la salud del trabajador y esta alteración es precisamente la que le impide temporalmente la prestación de servicios profesionales y la provoca la necesidad de asistencia sanitaria.

El nacimiento de la IT, y su prestación económica, se produce automáticamente, al día siguiente, si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional o si deriva de los períodos de observación vinculados a ésta. Si, por el contrario, la incapacidad es producida por la concurrencia de enfermedad común su reconocimiento, su protección, se vincula a un período previo de cotización de ciento ochenta días y no tendrá lugar hasta el cuarto día, salvo que el convenio colectivo disponga una mejora en la prestación a cargo exclusivo del empresario o éste la asuma contractualmente o como consecuencia de una condición más beneficiosa. En todo caso, por enfermedad común o accidente no laboral la protección que se dispensa al trabajador desde el cuarto día hasta el decimosexto corre a cargo del empresario.

2 La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social incorpora como una nueva contingencia independiente a la maternidad, que se regula en nueve preceptos: los arts. 133 bis a 133 decies.

En la actualidad la duración máxima de la IT es de trescientos sesenta y cinco días³. Ésta cuenta con la posibilidad de dos prórrogas reconocidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social⁴: la primera, por otros ciento ochenta días “cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación” y, la segunda, cuando el trabajador continúe con la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejoría hasta un máximo de setecientos treinta días⁵.

La IT puede extinguirse, entre otras, por las siguientes causas: (i) por el transcurso del plazo máximo (quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica); (II) por alta médica por curación o mejoría que permita trabajar⁶; (iii) por alta médica con o sin declaración de incapacidad permanente; (iv) por jubilación y (v) por fallecimiento.

Lógicamente, durante la IT el contrato de trabajo no se extingue, sólo se suspende. Ello genera una serie de obligaciones a ambas partes. El trabajador procurará su recuperación funcional conforme a los principios de la buena fe y se someterá a las prescripciones médicas necesarias para que aquella tenga lugar. El empresario procederá a la cotización a la Seguridad Social durante la duración máxima de este período de tiempo (durante la primera prórroga corre a cuenta del INSS) y al abono de la prestación económica en su labor de “colaborador necesario”.

La IT persigue fin: curar las dolencias que padece el trabajador y procurar su recuperación funcional mediante las indicadas prestaciones económicas y de asistencia sanitaria.

Las vacaciones, como veremos, persiguen un fin distinto: procurar un tiempo de descanso y ocio al trabajador.

Por ello, parece obligado cuestionarse que durante el proceso de IT el trabajador, aunque no trabaja, no puede realizar las actividades propias que los Tribunales reconocen como inherentes al período de vacaciones y que van mucho más allá del mero descanso recuperador de las fatigas que el trabajo ocasiona.

De ahí que cuando el derecho al disfrute de las vacaciones se frustra por la concurrencia de una incapacidad temporal pueden darse dos situaciones: que el trabajador con ocasión de la concurrencia de la IT no pierda el derecho a las vacaciones y pueda desplazar

3 La duración máxima inicial de la IT durante la baja prescrita en períodos de observación de la enfermedad profesional, es de 6 meses.

4 Única entidad gestora competente para reconocer la prórroga, no los servicios públicos de salud, que constituyen el único órgano competente para su reconocimiento durante el primer período de 365 días de duración máxima.

5 Durante esta segunda prórroga no existirá la obligación de cotizar por el trabajador.

6 Lo más recomendable sería que la IT se extinguiera cuando el trabajador recuperase su capacidad laboral, esto es, por mejoría que permita trabajar, cuando sus energías físicas y psíquicas sean suficientes para alcanzar en el desarrollo de su actividad profesional el rendimiento esperado y, obviamente, en condiciones tales que no genere una mayor exposición a los riesgos y un peligro adicional para sí o sus compañeros de trabajo o a los clientes del servicio o destinatarios de su actividad profesional.

su disfrute a un período posterior, tras el alta médica o que el trabajador pueda ver compensado económicamente su derecho a las vacaciones no disfrutadas cuando tras el alta médica tiene lugar la extinción del contrato de trabajo.

2. Las vacaciones: derecho al descanso anual

El art. 40.2 de la Constitución Española (en adelante CE), con una clara intención de significar la importancia del instituto de las vacaciones proclama este derecho y le configura como medio con el que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario. Descanso que el legislador también vincula con la limitación de la jornada y la promoción de centros adecuados para el disfrute de las vacaciones.

Así, a las vacaciones el legislador constitucional le dispensa una concepción instrumental. Su configuración como descanso necesario las anida al trabajo.

Para el Tribunal Supremo las vacaciones constituyen un descanso con el que “procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación” (STS de 30 de abril de 1996).

Con esa misma concepción el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en su sentencia de 9 de septiembre de 2003, Asunto Jaeger, (C151/02) sostiene que “tales períodos de descanso deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo”.

Así pues, las vacaciones se vinculan al efecto reparador de las fatigas inherentes a toda prestación profesional de servicios, entroncando con su calificación de “descanso anual”. De ahí que la primera acepción del término “descansar” en el Diccionario de la Real Academia Española sea la de “cesar en el trabajo, reposar, reparar las fuerzas con quietud”.

Dado el indudable efecto recuperador que las vacaciones presentan sobre las energías del trabajador cabe presumir que el interés del empresario sea que, efectivamente, el descanso anual se disfrute. Por ello es fácil imaginar que este interés choque en ocasiones con el del propio trabajador que en su libertad de trabajo puede tener otros planes laborales y dedicarse a una actividad profesional, también retribuida, durante el tiempo inicialmente destinado a reposar y reparar las fuerzas consumidas. Ante un supuesto de hecho como el indicado, la STC 192/2003, de 27 de octubre, (en adelante STC) consideró que la interpretación llevada a cabo por el tribunal de instancia sobre las vacaciones concibiéndolas como un tiempo que el trabajador ha de dedicar exclusivamente al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales para que se encuentre en buenas condiciones para la reanudación de la actividad laboral atenta contra la dignidad de la persona

y es una interpretación que “resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo”. De ahí que, tratándose de un derecho fundamental que prima sobre el de la libertad de empresa, deba respetarse la voluntad del trabajador y su iniciativa de trabajar y no descansar.

Con tal concepción, muy alejada de la tradicional, las vacaciones constituyen un medio de expresión de la libertad y de la dignidad del individuo y se muestran mucho más afines a la perseguida sociedad del ocio. Las vacaciones superan su concepción clásica de descanso necesario para el reposo y se orientan con intensidad a la satisfacción del ocio de individuo, configurándose también como una medida adecuada en la consecución de la necesaria política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Así las vacaciones ya no pueden ser configuradas como un derecho que deriva de la potestad premial del empresario. Éste, indudablemente, tiene un interés directo en que las vacaciones constituyan un medio eficaz de recuperación de la capacidad física y psíquica del trabajador que le permita mantener, sino superar, esas cotas de diligencia y productividad previas al indicado y merecido descanso. Y ello, claro está, dentro del contexto de una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo, como “descanso necesario” y consecuencia natural de la fatiga que genera una previa y continuada prestación de servicios.

El derecho a las vacaciones presenta en la actualidad una concepción más amplia y un nuevo contorno de desenvolvimiento y disfrute. A ello ha ayudado, sin duda alguna, su configuración por parte del TJUE como un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia. Esta nueva concepción de las vacaciones mucho más amplia y enriquecedora es fruto de la doctrina que de este descanso anual ha ido conformando el TJUE en sus diferentes sentencias y que, obviamente, ha ido asumiendo, con mayores o menores reservas, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y el legislador interno de los Estados miembros de la UE.

El TJUE anuncia que su doctrina se ha construido con el fin de orientar a los legisladores nacionales. Es una realidad generalizada que las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE adolecían de una adecuada, actualizada y completa regulación de las vacaciones y ello ha provocado que los órganos judiciales, también los españoles, plantearan numerosas cuestiones prejudiciales.

3. La regulación del derecho a las vacaciones en el Estatuto de los Trabajadores

Es una característica unánimemente denunciada por la doctrina científica que el legislador nacional interviene en el derecho a las vacaciones con sobriedad. La ausencia de

unos perfiles claros delimitadores del derecho ha facilitado el tránsito a esa nueva y más amplia concepción, superando su originario carácter de descanso reparador y, como tal, de medida de seguridad y salud en el trabajo.

En efecto, la regulación legal de las vacaciones en el art. 38 del ET se ha caracterizado por ser parca en detalles, somera y generalista. Y aunque la situación haya cambiado parcialmente, desde la promulgación del ET en 1980 son sólo cuatro las reformas que han incidido en su regulación originaria. Por ello puede afirmarse que estamos en presencia de una de las instituciones laborales que menos se ha visto afectada por las múltiples y muy numerosas reformas laborales (un total de cincuenta y dos⁷) acaecidas desde la promulgación del ET hasta la actualidad.

La primera reforma del art. 38 del ET se llevó a cabo por la Ley 4/1983, de 29 de junio, sobre jornada legal y vacaciones, que estableció para éstas una duración mínima legal de treinta días naturales, frente a los veintitrés anteriores.

La segunda reforma se implementó por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que, en ese papel potenciador de la flexibilidad que la ha definido, articula un nuevo juego de complementariedad y subsidiariedad entre la autonomía individual, la colectiva y la norma heterónoma para la determinación del momento del disfrute de este descanso⁸.

Las dos últimas reformas del art. 38 del ET son las que han adecuado el contenido del art. 398 del ET a la doctrina del TJUE y han plasmado en la letra de la ley los nuevos espacios abiertos a este derecho en orden a su período de disfrute ante su frustración por la concurrencia de una causa suspensiva del contrato de trabajo.

La tercera reforma tuvo lugar por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta norma trasladó al precepto estatutario la doctrina sentada por la STJUE, de 18 de marzo de 2004, Asunto C-342/01, Paz Merino Gómez, reconociendo el derecho de las mujeres ante coincidencia del permiso de maternidad con las vacaciones a disfrutar éstas una vez agotado aquél.

La cuarta y última reforma se ha producido por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁹, que ha modificado el régimen de las vacaciones en dos aspectos de relevante trascendencia. De un lado, ha extendido esa posibilidad de disfrute posterior de las vacaciones a los supuestos en los que se superponga con los permisos de paternidad, al igual que ocurre con la maternidad. Y, de otro, introduce un tercer párrafo

7 A fecha de mayo de 2015.

8 Véase, I. GARCIA PERROTE ESCARTÍN, “Sobre el Derecho de vacaciones (en torno al artículo 38) en *REDT*, núm. 1000, 2000, *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Ed. Especial, págs. 809 y ss.

9 En redacción dada por la disposición final primera (“modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”), punto 4.

al apartado 3 del art. 38 ET, dando respuesta y solución a algunos de los interrogantes y conflictos suscitados en torno a la coincidencia de la IT y las vacaciones, en sus variadas manifestaciones. Establece una idéntica regla de traslado de las vacaciones anuales a fecha distinta y posterior si coinciden con un proceso de IT “por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior” y “siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”. Ahora bien, guarda silencio respecto al supuesto en el que la IT sobrevenga durante el período de vacaciones.

Esta última previsión legal no es fruto de una original y progresiva iniciativa del legislador nacional. Realmente, constituye la traslación a la norma interna de la doctrina sentada en la STJUE de 20 enero 2009, Asuntos acumulados Gerhard Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, que, en interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE¹⁰, reconoció que la baja por IT no constituye causa extintiva del derecho a vacaciones, aunque en esta situación se supere el año en que se han generado.

Conjuntamente con el art. 38 del ET claro está, aparece la regulación convencional de este derecho. No obstante, es una regulación poco innovadora, que fundamentalmente reproduce el art. 38 del ET y en algunos supuestos especifica el montante económico de su carácter retribuido.

4. Las vacaciones en la normativa internacional

Una de las explicaciones que se han vertido frente a la sucinta regulación de las vacaciones en el ET se encuentra en el alto grado de reconocimiento y desarrollo que de este derecho se contiene en las normas internacionales y en su aplicabilidad directa. Y es que, la norma internacional no solamente consagra el derecho a las vacaciones, además lo regula y le dota de un contenido más detallado al que se recurre por los tribunales para complementar las lagunas de la norma interna. Bien es cierto que en contra de esta tesis se postulaba la del extinto Tribunal Central de Trabajo, que negaba la aplicabilidad directa del Convenio 132 de la OIT¹¹.

En este marco, por una parte, nos encontramos con normativa extracomunitaria que consagra este derecho, como es el art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU¹², el art. 7 d) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

10 Que es de igual contenido a la anterior Directiva 93/104, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

11 Vid. M. RODRIGUEZ PIÑERO: Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I), *Relaciones Laborales*, nº 8, 2009, pág. 3.

12 “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

Culturales de 1948¹³ y el importante Convenio nº 132 de la OIT de 1970, ratificado por España en 1974.

El Convenio nº 132 de la OIT es la norma que ha contado con una mayor trascendencia y aplicación. La referencia a este convenio ha sido constante por los órganos jurisdiccionales españoles en la fundamentación jurídica de sus fallos. Y es que, bajo la denominación de “vacaciones anuales pagadas”, regula aspectos que silencia la norma interna. Así ocurre, entre otros aspectos, con su art. 5.4, que prevé que durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad sí se devengan vacaciones; con el art. 7.1 que especifica que su remuneración ha de ser la “normal o la media” o, en fin, con el art. 8.2 que obliga a que uno de los períodos en los que se puede dividir el descanso semanal, sin especificar un número máximo, cuente con al menos dos semanas ininterrumpidas de duración.

Por otra parte, dentro del marco jurídico que conforma la normativa comunitaria destaca, en primer lugar, el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDF) que prevé que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Consagración de especial relevancia al estar dotada la CDF *ex art. 6* Tratado de la Unión Europea del mismo valor jurídico que los Tratados.

En segundo lugar, está la Directiva 2003/88, (que deroga a la Directiva 93/104), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo. En su art. 7.1, dispone que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”¹⁴.

En su apartado 2 establece que “el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

13 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (...) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

14 Así configuradas, las vacaciones constituyen una obligación de medios (STS de 3 de octubre de 2007), no sujeta a condición alguna en cuanto a su aplicación, con un cierto margen de libertad a la hora de establecer los requisitos de obtención y concesión a los Estados miembros, pero siempre desde la perspectiva, bajo la denominación que se presenta, de la seguridad y salud en materia de ordenación de tiempo de trabajo.

Es importante resaltar que el art. 7 de la Directiva 2003/88 reúne los requisitos necesarios para producir efecto directo¹⁵, pues su contenido es claro, preciso e incondicional.

No obstante, sólo cabría invocar su dimensión vertical, tal como apunta la STJUE de 24 de enero de 2012, Caso Schultz-Hoff y Stringer, frente al Estado incumplidor por reparación de los daños y perjuicios de su inacción o frente a la Administración Pública como empleadora.

En efecto, la STJUE, de 26 de marzo de 2015, Asunto Gérard Fenoll, (C-316/13), es contundente al respecto: “el artículo 7 no puede ser invocado en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición anual contraria”. A mayor abundamiento, manifiesta que si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva 2003/88, el art. 7 no puede ser invocado en un litigio entre particulares para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria.

Consiguientemente, se ha defendido¹⁶ que en los conflictos suscitados entre particulares (prácticamente todos) la solución hubiera podido consistir en una exoneración a los empresarios del pago de las vacaciones no disfrutadas, así como de la obligación de cambiar la fecha de vacaciones. Con lo que los trabajadores hubieran tenido que ver reparado la vulneración de su derecho exclusivamente por el Estado mediante las oportunas acciones de responsabilidad de daños y perjuicios.

No obstante, la solución no ha discurrido por el cauce indicado. La doctrina formada por las numerosas sentencias del TJUE ha sido acatada por los Tribunales ordinarios, no sin reticencias, es cierto¹⁷.

5. La influencia de la incapacidad temporal sobre las vacaciones

5.1. *Introducción: la nueva concepción de las vacaciones al amparo de la doctrina del TJUE*

El TJUE ha diseñado una nueva configuración de las vacaciones a través de las resoluciones dictadas con ocasión de las múltiples cuestiones prejudiciales que se le han planteado en torno a la influencia que sobre ésta presenta la IT y supuestos “asimilados” de suspensión del contrato de trabajo.

15 Vid. M. RODRIGUEZ PIÑERO: “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, *RL*, nº 13, 2012, págs..11 y ss.

16 Vid. I. A. RODRIGUEZ CARDO: “Vacaciones, incapacidad temporal y efecto directo de las Directivas de la Unión Europea (A propósito de la STJUE de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, caso Domínguez)”, *AL*, nº 9, 2012, pág.. 6, versión *on line*.

17 Muy gráfico es el voto particular de la STS de 24 de junio de 2009.

La base de toda su fundamentación jurídica, reiterada en la gran mayoría de sus resoluciones judiciales, lo constituye esa concepción amplia de las vacaciones como “un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104/CE”.

Como se ha indicado, para el TJUE, al amparo de la citada Directiva 2003/88, la finalidad de las vacaciones era, y es, procurar la recuperación física y psicológica del trabajador, facilitándole un espacio dilatado de tiempo en el que poder distanciarse y abstraerse de las obligaciones cotidianas de su actividad profesional¹⁸. Este punto de partida permite al TJUE vincular las vacaciones, como medida mínima de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, con la prevención de los riesgos psicológicos en el trabajo¹⁹.

Esta concepción de las vacaciones como descanso adecuado y necesario está muy presente en las sentencias del TJUE. Así, en la sentencia de 6 de abril de 2006 Asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, (C124-05), que referida al efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador, anida la consecución de tal fin a su periodicidad anual, a que se disfruten en el año previsto, es decir, durante el año de su devengo. Ahora bien, también sostiene que “ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior”.

Desde esta perspectiva parece que las vacaciones deben disfrutarse, aunque su disfrute se demore en el tiempo, más allá del principio de *intra anualidad* que tradicionalmente ha enmarcado su devengo y su disfrute²⁰.

La Directiva 2003/88 opta por el disfrute aplazado de las vacaciones frustradas por la concurrencia de una incapacidad temporal, no por su compensación económica. La compensación económica sólo cabe en los supuestos en los que la imposibilidad de disfrute de las vacaciones aplazadas tenga lugar por la extinción del contrato de trabajo.

Tal posibilidad cobra sentido con la nueva concepción de las vacaciones que no sólo deben procurar al trabajador, como medida de seguridad y salud laboral, la indicada

18 Como nos indica la Directiva 2003/88, de conformidad al artículo 137 del Tratado de la Comunidad Europea, ésta apoyará y completará la acción de los Estados miembros con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores y a tales efectos garantizará a estos el disfrute de unos “descansos adecuados”. Obsérvese el paralelismo de esta regulación con la del art. 40.2 de la CE que consagra el deber de los poderes públicos a fomentar el descanso necesario mediante, entre otros medios, las vacaciones periódicas retribuidas.

19 Vid. M LARASTHEY SAHÚN, *Los riesgos psicosociales en la apreciación de los tribunales: algunas cuestiones sobre la aplicación práctica de la Directiva marco 1989/391/CEE*, “Relaciones Laborales”, nº 11, 2012.

20 Cfr. STS de 17.09.02. Sobre las distintas teorías al principio de anualidad, con detalle, A. BEJARANO HERNÁNDEZ, *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Comares, Granada, 2002, págs. 25 y ss.

recuperación de las fuerzas físicas y psíquicas, sino también han de dotarle de un tiempo dilatado y continuado en el que pueda dedicarse al esparcimiento (diversión, desahogo, re-creamiento), al ocio y, obviamente, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Con esta concepción amplia y moderna de las vacaciones se manifiesta de forma mucho más natural la posibilidad de desplazar su disfrute más allá del año en que se devengan cuando este descanso coincide con un permiso de maternidad, paternidad o una IT. Y ello con independencia de que en el año de su devengo haya tenido lugar o no una prestación previa de servicios por la concurrencia de alguna de esas causas. Así, las vacaciones se separan de la fatiga laboral a la que se le vinculaba como medio reparador.

Obviamente, durante la IT (también la maternidad y paternidad) el trabajador no trabaja, no se fatiga por el ejercicio de su actividad profesional pero, como se ha adelantado, aun así devenga y conserva el derecho al descanso anual (art. 5.4 del convenio nº 132 de la OIT)²¹.

Cuando la IT coincide con el período previsto para el disfrute de las vacaciones no puede desplazarse a aquella la consecución de los objetivos atribuidos a las vacaciones. Las vacaciones y la IT tienen causas y finalidades distintas. Si se logran abstraer las que presenta cada institución pierde su sentido plantearse si las vacaciones son necesarias cuando no hay fatiga previa anidada al trabajo y cuando la recuperación de las energías físicas y psíquicas se ha alcanzado por otros medios y muy especialmente por una IT de larga duración.

La actual concepción amplia de las vacaciones que le hacen portadora no sólo de los fines propios del descanso necesario para la recuperación física y psicológica del trabajador, sino también de los propios de un período de tiempo retribuido en el que el trabajador tiene la libertad de dedicarse a su enriquecimiento personal a través del esparcimiento y el ocio puede, no obstante, ser tachada de artificiosa, si se estima que con independencia de que existan dos finalidades, dos fundamentos distintos, ambas se asientan en una misma realidad, en una no prestación previa de servicios.

Ahora bien, la satisfacción del ocio, el esparcimiento y el tiempo libre tan sólo constituyen medios para la consecución de los fines del descanso anual, no para la recuperación funcional que persigue la IT. Ésta requiere no prestar servicios, pero esa inacción laboral no constituye descanso, pues durante este período de tiempo el trabajador también tendrá que someterse a las exigencias inherentes a las prestaciones sociales a las que debe vincular su tiempo de no trabajo. Y ello con independencia de que también pueda enriquecer su ocio con actividades compatibles con su incapacidad laboral que también llevaría a cabo en su tiempo de descanso.

21 El art. 5.4 del Convenio 132 de la OIT prevé que “las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios”.

Como sostiene el TJUE no deben confundirse ni la IT, ni las vacaciones, ni este descanso con la maternidad o la paternidad. Todos estos supuestos responden a finalidades distintas y, habría que precisar, cuentan con medios distintos para su consecución.

Tradicionalmente se ha vinculado el derecho de las vacaciones a un período de devengo previo del derecho, en el marco del principio de *intra anualidad*²², y su duración al principio de proporcionalidad. Tales principios se vinculaban a una concepción rígida de este derecho, portadora de un exclusivo carácter reparador de las energías físicas y psíquicas del trabajador y consecuencia de una actividad laboral previa. Superada tal concepción, como veremos, la IT y los distintos supuestos de suspensión del contrato de trabajo no afectan al derecho, ni a su disfrute, ni a su duración.

El proceso ha seguido distintas fases. En la primera, la maternidad, como causa de suspensión del contrato de trabajo, dejó de ser causa reductora e impeditiva del disfrute de las vacaciones ante coincidencia temporal de ambas. La segunda fase extendió ese tratamiento a la paternidad y, finalmente a la IT. Para cada uno de estos supuestos, el primer reconocimiento fue judicial y vino dado por el TJUE. Dado que la jurisprudencia de este Tribunal vincula a los órganos judiciales de los Estados miembros; el segundo paso fue la recepción de la misma por éstos. Y con tales precedentes, el proceso desembocó en las reformas de la normativa interna. Veámoslo con más detalle.

5.2. *La maternidad y la paternidad coincidente con las vacaciones*

La sentencia de referencia en el tema de las vacaciones y la maternidad es la de 18 de marzo de 2004, Asunto Merino Gómez, (C-342/2001). Ésta es fruto de dos cuestiones prejudiciales instadas por un Juzgado de lo Social de Madrid ante el supuesto de hecho de una trabajadora que solicitó disfrutar sus vacaciones tras el permiso de maternidad coincidente con el periodo inicialmente previsto para éstas.

El TJUE reconoció el derecho de la trabajadora a disfrutar de las vacaciones una vez agotado el permiso de maternidad. La fundamentación de tal doctrina es doble:

En primer lugar, sobre la base de la Directiva 92/85²³ la seguridad y salud laboral, así como la igualdad de trato y no discriminación y la protección de la mujer embarazada.

22 Como se sabe, bajo este principio cuando el período de disfrute de las vacaciones no se aplaza, “si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarla en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute” (cfr. STS 30 de abril de 1996). Para el TS “la expresión vacaciones anuales que utiliza el art. 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural”.

23 Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA: “El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad. (Aproposito de la STJUE, de

En segundo lugar, la dualidad de fines de ambas situaciones. Que la maternidad, protege primero la condición biológica de la mujer durante el embarazo y tras el parto su recuperación, así como “la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo”, mientras que la IT procura la recuperación funcional del trabajador.

Tal doctrina entraba en contradicción con la sentada previamente por el Tribunal Supremo, que optaba por la inamovilidad del período de vacaciones. Así, la STS de 7 de diciembre de 1988 equiparaba la maternidad al caso fortuito, al amparo, sin duda, de su protección como IT. Doctrina reiterada, entre otras, en las SSTS de 30 de noviembre de 1995 y de 27 de junio de 1996 para las que prevalece el pacto colectivo de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones frente al interés de la trabajadora con permiso de maternidad.

Tras la STJU, Asunto Merino, el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2005 cambia su postura y confirma la sentencia de instancia permitiendo el disfrute de las vacaciones en el mismo año de su devengo, una vez finalizada la baja por maternidad.

Por su parte, la STC 324/2006, de 20 de noviembre, consideró que constituye una discriminación directa por razón de sexo la negativa del empleador a que la trabajadora disfrutase sus vacaciones fuera del año inicialmente previsto para su disfrute y coincidente con el permiso de maternidad.

Tras estos pronunciamientos la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, modificó el art. 38 del ET, permitiendo el disfrute de vacaciones en otro tiempo, “aunque haya terminado el año natural al que correspondan”, cuando éstas deriven de IT derivadas de embarazo, parto, lactancia natural o los permisos por maternidad, adopción o acogimiento.

No obstante, la LO 3/2007 se olvidó de dar una solución equivalente a los supuestos de paternidad y de IT. Y, obviamente, tal omisión generó conflictos.

En cuanto a la paternidad, al margen de que también puede ser disfrutada por la madre (o por el otro progenitor), el punto de partida a su resolución se encuentra en el Acuerdo marco de la UE sobre el permiso parental²⁴. Acuerdo que participa de los objetivos fundamentales inscritos en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y de los arts. 8, 153.1.i) y 157 del TFUE, (antiguo art. 3.2 TCE) a cuyo tenor “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el

18 de marzo de 2004, en un caso de coincidencia temporal entre descanso por maternidad y período de vacaciones”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2004, págs.. 438 y ss.

24 El Acuerdo figura anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental.

hombre y la mujer y promover su igualdad”, promoviendo la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo y a su retribución.

La STJUE de 22 de abril de 2010, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, (C-486/08) interpreta la cláusula 2, punto 6, del citado Acuerdo marco sobre el permiso parental²⁵, y reconoce que dicho precepto garantiza al trabajador el disfrute de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso por paternidad, pudiendo disfrutar de los mismos al finalizar el permiso y sin modificaciones, como si se encontrase en la misma situación en que se hallaba antes del citado permiso.

En consecuencia, el citado art. 6.2 del Acuerdo marco impide que una norma interna disponga que “los trabajadores, que disfruten de su derecho al permiso parental de dos años, pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al nacimiento de su hijo”.

Con esta sentencia se da fin a la discriminación de la paternidad frente a la maternidad y, al igual que sucede con ésta, se permite el desplazamiento de las vacaciones para su disfrute a fecha posterior a la de este permiso.

La reacción del legislador español, subsanando el olvido, ha tenido lugar con la Ley 3/2012. Con ésta se da fin al trato peyorativo que tuvo con la paternidad, incorporando dentro del art. 38.3 del ET a esta causa de suspensión del contrato entre las que permiten el disfrute de las vacaciones en fecha distinta cuando ambos períodos se superpongan. No obstante, como la regulación no fue todo lo precisa que la situación demandaba volvieron a surgir nuevos conflictos.

5.3. *La ley 3/2012 y el derecho al disfrute aplazado de las vacaciones cuando concurre incapacidad temporal*

Tradicionalmente nuestros Tribunales consideraron que cuando las vacaciones coincidían con una situación de IT el disfrute de aquellas no se desplazaba a otro momento posterior, y que éstas se entendían agotadas²⁶. Ello, claro está, salvo que ese derecho contara con una previsión en el convenio colectivo aplicable o tal posibilidad fuera fruto de una condición más beneficiosa.

Esta jurisprudencia se mantuvo después de la citada STJUE 69/2004, de 19 de marzo, (Asunto Merino Gómez) que, como se ha indicado, obligaba a los Estados miembros

25 Artículo que puede ser invocado por particulares ante un órgano jurisdiccional nacional, como sostiene la STJUE, 229/2009, de 6 de julio, Caso, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, (C-537/07).

26 Por todas, SSTs de 30.11.1995 y 27.06.1996. En opinión de I. A. RODRIGUEZ CARDO: “Vacaciones, incapacidad temporal...”, op., cit. pág. 1 versión *on line*, “los tribunales consideraban que el descanso por maternidad o los procesos de incapacidad temporal debían prevalecer sobre el derecho a vacaciones”.

a permitir el disfrute de las vacaciones a un momento posterior al inicialmente previsto cuando éste coincidía con una situación vinculada a la maternidad de la trabajadora.

Obviamente, la influencia de la sentencia Merino Gómez se hizo notar. La STS de 10 de noviembre de 2005 se muestra favorable a extender el derecho propio de las situaciones de maternidad a los trabajadores en situación de IT por enfermedad o accidente. Pero dicha doctrina no se extendía de forma generalizada. El TS distinguió dos posibles supuestos: que el período de IT se inicie antes de las vacaciones o que acaezca durante éstas. Para el primer supuesto la solución que adopta es la de reconocer el derecho del trabajador a su disfrute posterior. Para el segundo negó este derecho argumentado que tal situación constituye un riesgo que ha de asumir el trabajador²⁷.

Con todo, sentencias posteriores se separan de esta doctrina y retoman la anterior más restrictiva. En efecto, con la STS de 3 de octubre de 2007²⁸ se vuelve a la concepción rígida de las vacaciones y se sostiene que la obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador “es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo la ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones”. Por lo tanto, en caso de coincidencia de la IT con la fecha pactada del disfrute de vacaciones, nos hallamos “ante un caso fortuito” que impide el disfrute del derecho a vacaciones del trabajador.

Tal decisión se asienta en el convencimiento de que los trabajadores no necesitan reparar la fatiga acumulada cuando han estado ausentes del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa plenamente justificada. Se piensa que sin trabajo (lo que, obviamente, acaece durante la IT) no hay por qué descansar.

Así, el TS distingue la situación de IT de la baja por maternidad, para la que presume que no se descansa, que no se produce una “inacción o total omisión de actividad”, mientras que la baja por incapacidad laboral no provoca fatiga y permite que compense y absorba al descanso anual.

Un segundo argumento del TS consiste en salvaguardar el necesario cumplimiento de los pactos que fijan la fecha de vacaciones, “que suponen un compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el periodo de vacaciones”²⁹.

Ahora bien, la STS de 3 de octubre de 2007, origen de esta jurisprudencia, cuenta con voto discrepante de cuatro magistrados que, acertadamente, consideraron, distanciándose

27 También en la STS de 21 de marzo de 2006.

28 Y la STS de 20 de diciembre de 2012.

29 En el mismo sentido SSTS de 20 de diciembre de 2007 y de 13 de febrero de 2008.

de la concreción restrictiva de la mayoría, que la finalidad de las vacaciones trasciende la protección de la salud laboral y constituye un derecho mucho más rico, pues permite la conciliación de la vida familiar, el acceso a la cultura, el esparcimiento, el ocio, las relaciones sociales y el libre desarrollo de la personalidad. Factores todos ellos a los que, dando forma a esta nueva y más amplia concepción, impiden que una concepción rígida de las vacaciones pudiera “reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente” (STC 192/03).

Consiguientemente, el voto particular de la citada STS subraya que la IT no es un tiempo de descanso, sino de recuperación funcional.

Asimismo, el voto particular se separa del segundo argumento de la mayoría y de esa concepción absolutista del acuerdo de determinación de las fechas de las vacaciones, manifestando que sobre estos pactos podrían tener incidencia el caso fortuito y la cláusula *rebus sic stantibus*.

El sentir del Tribunal constitucional no era muy diferente al del Tribunal Supremo. La STC 324/06 parece que excluye también la posibilidad de desplazamiento del período de vacaciones en la situaciones de baja por enfermedad o accidente, pues al diferenciar este supuesto de las bajas por maternidad argumentó que “el carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las vacaciones —e incluso su pérdida— en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente”. Argumento en el que el TS apoyaba su consideración de que cuando el trabajador debido a incapacidad laboral no puede disfrutar de las vacaciones “pierde el derecho a ellas”.

Este posicionamiento del TS y del TC legitimó que el legislador en la Ley 3/2007, de igualdad, eludiera extender la posibilidad de desplazar las vacaciones a fecha distinta a la inicialmente prevista cuando coincidiera con supuestos de suspensión del contrato de trabajo distintos a las bajas laborales no derivadas de embarazo, parto o lactancia natural. El legislador optó por evitar un perjuicio a la mujer por las situaciones indicadas y no por las derivadas de enfermedad o accidente.

Este panorama restrictivo cambia completamente con la STJUE de 20 de enero de 2009 (Asuntos acumulados Schult-Hoff y Stringer, C-350/06 y C-520/06). En esta sentencia son dos las cuestiones prejudiciales a las que se da respuesta. De un lado, se reconoce el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones con posterioridad a la situación de baja laboral por enfermedad o accidente y, de otro, se reconoce el derecho del trabajador a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas por la concurrencia de una IT ante la finalización del contrato de trabajo.

Como era de esperar, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 2009, dictada en Sala General, revisa su doctrina, haciendo suyo el razonamiento del TJUE y concluye que en los supuestos en los que la imposibilidad del disfrute de vacaciones trae causa en la baja por enfermedad previa al inicio del periodo vacacional el momento de su disfrute se desplaza.

Sumariamente indicado, se considera que el fin perseguido por “las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones”.

Ahora bien, suponiendo un avance, la STS de 24 de junio de 2009 reitera su postura restrictiva respecto a los supuestos en los que la IT sobreviene durante el período de vacaciones pues, tal como señaló la STS de 10 de noviembre de 2005, tal posibilidad es un riesgo que ha de asumir el trabajador.

La STS de 24 de junio de 2009 también cuenta con voto particular. En éste se discrepa del razonamiento del ponente y de las consideraciones con las que se justifica la postura de no plantear cuestión prejudicial. Los firmantes del voto particular consideraban que la citada Sentencia Schultz Hoff no trata de un supuesto litigioso sustancialmente igual al que se resuelve en la STS y por ello postulan la necesidad de ésta dado que las dudas de Derecho Comunitario sobre la incidencia de una IT sobrevenida en el período de vacaciones distan mucho de haber sido despejadas por la citada STJUE Schultz Hoff³⁰.

La posición del Tribunal Supremo ha coincidido con la mantenida posteriormente por la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-277/08), Caso Vicente Pereda. Ésta resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, que solicitaba del Tribunal se pronunciara sobre si cabe interpretar el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 /CE en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado coincide en el tiempo con una IT derivada de accidente de trabajo acaecido antes de la fecha prevista para su inicio el trabajador afectado, una vez dado de alta médica, tiene derecho a disfrutarlas en fechas distintas a las preestablecidas, haya concluido o no el año natural a que correspondan.

La STJUE, de 21 de junio de 2012, Caso Anged, (Asunto C- 78/11) da respuesta a la cuestión no resuelta relativa a la IT sobrevenida durante las vacaciones. Y, como era previsible, el TJUE reconoce el derecho del trabajador que incurra en situación de IT durante el período de vacaciones anuales retribuidas al disfrute posterior de éstas.

30 El voto particular de la STS de 24 junio de 2009 (de cinco Magistrados) entendía que para cambiar la jurisprudencia existente en la materia y ajustarla a la del TSJUE se debía plantear una cuestión de prejudicialidad. No obstante, esta cuestión nunca se planteó.

La consecuencia de esta doctrina no se hizo esperar y el TS cambia su posicionamiento con la Sentencia de 02 de octubre de 2012, dictada por el Pleno. Como novedad importante, en esta sentencia el Tribunal Supremo reconoce al trabajador el derecho, salvo situaciones de fraude, a cambiar la fecha de las vacaciones en todos los supuestos en los que éstas no se disfrutasen, total o parcialmente, por IT, esto es, haya acaecido ésta previamente a las vacaciones o durante las mismas. Obviamente, esta doctrina se ha mantenido en pronunciamientos posteriores³¹.

Y siguiendo el patrón de las anteriores reformas del art. 38 del ET, la llevada a cabo por la Ley 3/2012 ha incorporado a este precepto la indicada jurisprudencia y ha posibilitado el disfrute de las vacaciones en un momento posterior cuando se superpongan con la IT. A tales efectos, especifica un período marco para su disfrute: “siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”³². Cuestión de la que nos ocupamos seguidamente.

A. El período de devengo de las vacaciones ante una Incapacidad Temporal previa

La cuestión de si de durante el tiempo de IT se devenga derecho de vacaciones ha sido resuelta por el TJUE en su Sentencia de 20 de enero de 2009 (Asunto Schult-Hoff, C-520/06) considerando que la Directiva 2003/88 no sólo impide cualquier restricción a que la baja por enfermedad genere derecho a vacaciones, sino que, además, matiza, ello es así aun cuando el trabajador no haya prestado servicios durante todo el año natural, (período de devengo de las mismas), o su eventual prorroga. La conclusión es que el trabajador genera derecho a vacaciones durante la baja médica y con independencia de la duración de ésta, tanto si abarca el año natural de devengo como si lo supera.

Posteriormente, la STJUE, de 24 de enero de 2012, Asunto Domínguez, (C 282/10), sienta la doctrina por la que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 impide que un Estado miembro pueda supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo. En el presente caso, el conflicto se suscitó porque la normativa francesa lo vinculaba a un período previo de actividad de, al menos, diez días o de un mes, dependiendo, respectivamente, de que la IT del trabajador

31 Así, las SSTs de 29 de octubre de 2012; de 17 de enero, 28 de mayo, 19 de julio y 19 de octubre de 2013 y 4 de febrero de 2015.

32 La STS de 24 junio de 2009 (RCUD 1542/08), dictada en Sala General, contiene un voto particular de cinco Magistrados que entendían que para cambiar la jurisprudencia existente en la materia y ajustarla a la del TSJUE se debía plantear una cuestión de prejudicialidad. No obstante, esta cuestión nunca se planteó, quizás, por innecesaria, ante la confirmación de la doctrina del Tribunal Comunitario por las SSTs de 10 de enero de 2010, (RCUD 546/2009) y de 15 de noviembre de 2010, (RCUD 3990/09).

durante el período de devengo tuviera su causa en un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya fuera causa de una enfermedad profesional o no.

Así pues, las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE no pueden supeditar el devengo del derecho a las vacaciones al requisito de haber trabajado previamente.

B. Marco temporal de disfrute de las vacaciones aplazadas por concurrencia de Incapacidad Temporal

Ante la frustración de las vacaciones por una IT o por una causa vinculada a la maternidad y la paternidad, está claro que su disfrute se aplaza y que, lógicamente, la acumulación no solo será posible, sino habitual.

La cuestión, entonces, pasaba por limitar, o no, el derecho al disfrute de las vacaciones aplazadas y, en su caso, el número de éstas que podrían disfrutarse. La limitación, obviamente, se consigue con el establecimiento de un el marco temporal en el que puedan y deban disfrutarse.

El TJUE opta por la limitación temporal, aunque no concreta ese plazo. Su determinación lo supedita al caso concreto.

En efecto, la STJCE de 22 de noviembre de 2011, Caso KHS, (C 214-10), tomando en consideración el art. 9.1 del Convenio 132³³, como indica, no desautoriza la limitación temporal y, atendiendo al caso concreto, considera razonable un período de aplazamiento de quince meses.

No obstante, tal período no constituye la regla general, tan sólo es un período que se estima razonable para el supuesto concreto. Y lo es porque ese plazo máximo de disfrute “no perjudica la finalidad de ese derecho, dado que garantiza que éste conserve su efecto positivo para el trabajador, en su condición de tiempo de descanso”.

Tal doctrina no difiere de la sentada en la STJUE de 6 de abril de 2006, a cuyo tenor, “ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior” al año natural de devengo.

La opción del legislador español con la Ley 3/2012, como se sabe, ha sido la de establecer en el art. 38 del ET un período de referencia amplio para el disfrute de las vacaciones aplazadas: el de dieciocho meses “a partir del final del año en que se hayan originado”.

33 El art. 9.1 del Convenio de la OIT dice “la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha”.

Esta decisión es afín a la del Convenio nº 132 de la OIT pues, el art. 9.1 enmarca en el indicado período de dieciocho meses el disfrute de las vacaciones aplazadas³⁴.

No obstante, el ET diseña un diferente régimen para el período de aplazamiento de las vacaciones según sea la causa que frustra su disfrute:

- A) Si la imposibilidad de disfrute deriva del permiso de embarazo, maternidad, lactancia natural, paternidad o lactancia, no fija marco temporal alguno de disfrute, tan sólo reconoce el derecho a disfrutar las vacaciones “al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.
- B) Si la causa que frustra el disfrute total o parcial de las vacaciones deriva de una IT por contingencias distintas a las indicadas el trabajador podrá disfrutarlas en el indicado período de “dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”.

Así pues, mientras que para las vacaciones que hayan coincidido con una causa de suspensión del contrato de trabajo vinculada a la maternidad o paternidad no existe período marco de disfrute de las vacaciones, para las derivadas de IT sí. Por lo que cabe interpretar que mientras para aquellos supuestos el derecho al disfrute de las vacaciones aplazadas no decae con el tiempo y la acumulación es ilimitada para el resto de los supuestos el régimen no es tan permisivo y el derecho al disfrute decae.

El legislador español opta por fijar el *dies ad quem* del cómputo de este periodo en el que deben disfrutarse las vacaciones aplazadas en el primer día del año siguiente a aquel en el que se hayan originado y no el día en el que tiene lugar el alta médica. Con esta opción el plazo de prescripción del derecho de las vacaciones es más amplio. Tal régimen parece que busca conjugar los intereses de ambas partes. Por un lado, el interés del empresario en evitar el riesgo de una acumulación demasiado prolongada de períodos de inactividad y las dificultades organizativas inherentes y, de otro, el derecho e interés del trabajador de disponer de un tiempo libre remunerado.

C. La limitada acumulación del disfrute de las vacaciones aplazadas por concurrencia de incapacidad temporal

La cuestión de si es ilimitada la posibilidad de acumulación de las vacaciones ante diversos períodos de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo dentro de estos el

³⁴ El art. 9.1 del Convenio 132 de la OIT dispone que “1. La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha”.

supuesto más común de una IT recurrente y reiterada por diversas patologías, o no, durante los cuales no se disfrutaron vacaciones en varios años sucesivos, encuentra respuesta en la limitación del marco temporal de referencia para su disfrute aplazado establecida en el precepto estatutario.

En efecto, en el supuesto indicado, más común de lo que parece, sólo se pueden acumular las vacaciones devengadas cuyo disfrute puede llevarse a cabo en el período de referencia indicado de dieciocho meses a partir del final del año en el que se hayan generado. A efectos prácticos, las vacaciones devengadas y frustradas en el 2015 sólo se podrán disfrutar hasta junio del 2017 y en este período podrán acumularse con las del año 2016 y 2017. Si, por ejemplo, el trabajador permanece en IT los años 2014, 2015 y 2016, las vacaciones correspondientes al primero de estos años, 2014 se perderán si no e han disfrutado antes de junio del 2015.

Respecto a la compensación económica de las vacaciones que no han podido disfrutarse en ese período por IT, que en nuestro ejemplo serían las del año 2014, nada se dice en el art 38.3 ET. Por lo que hay que entender que ésta no es exigida legalmente si el contrato de trabajo permanece vigente. Si, por el contrario el contrato de trabajo se extingue, por ejemplo por el reconocimiento de una incapacidad permanente total o absoluta, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica por las vacaciones frustradas y no disfrutadas, con independencia del año en el que se devengaron. Y es que, el legislador no ha limitado su compensación económica, tan sólo ha limitado las posibilidades de su disfrute.

En fin, con este régimen jurídico el principio de anualidad de las vacaciones se va diluyendo y va perdiendo consistencia jurídica y eficacia práctica³⁵.

D. La determinación del momento de disfrute de las vacaciones aplazadas

Para la determinación del momento en el que pueden y deben disfrutarse las vacaciones aplazadas está claro que el acuerdo colectivo, si no vulnera ningún derecho mínimo necesario ni se separa de la doctrina del TJUE, vinculará a las partes. No obstante, tal vinculación presenta limitaciones, como veremos.

Por su parte, el acuerdo individual, que conjuga el interés de ambas partes y puede ser adoptado en el marco de un acuerdo colectivo o no, también será de obligado cumplimiento siempre que no encubra una renuncia prohibida del trabajador a un derecho.

³⁵ Además, puede llevar a equívocos. Y es que, si una empresa no cuenta con un calendario de vacaciones y el trabajador no ha disfrutado las correspondientes al año en curso y en éste ha padecido una situación de IT tiene abierta la posibilidad de alegar la coincidencia temporal de ambos eventos frente a la alegación de caducidad de la otra parte. Posiblemente tal postura pueda ser considerada como un fraude del trabajador o, quizás, como una medida para evitar el fraude del empresario. Fuera como fuese, lo que sí es cierto es que la posibilidad de fraude está presente en el sentir del Tribunal Supremo y, como indica, el desplazamiento de las vacaciones es posible “salvo fraude” (por todas, STS de 17 de enero de 2013).

Entre el acuerdo colectivo y el acuerdo individual, prevalece éste. Prevalece, en definitiva, la elección del trabajador frente a un calendario establecido colectivamente.

Al margen de la determinación consensuada, y en principio no conflictiva, del momento de disfrute de las vacaciones aplazadas cabe plantearse si el trabajador puede imponer su voluntad al empresario o éste a aquél.

La STJUE, de 12 de septiembre de 2009, Asunto Pereda, (C-277/06), dando contestación a la cuestión prejudicial española indicada más arriba, ha declarado que el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, ante la coincidencia de baja laboral, está sometido a las disposiciones nacionales. Además, puntualiza, se trata de una cuestión que puede quedar supeditada a los intereses de la empresa.

Por lo tanto, es aplicable el art. 38 del ET. Y conforme a éste, se debe estar al acuerdo colectivo y, en su caso, al acuerdo individual. Quede claro que ambos acuerdos podrán establecer un período de disfrute que supere el máximo legal de los dieciocho meses de referencia, que a estos efectos constituye un mínimo de derecho necesario.

Al margen de las situaciones consensuadas y en principio no conflictivas, la Sentencia Pereda en caso de conflicto parece que opta por dar un mayor peso a la voluntad del trabajador, pues si éste traslada al empresario un período de disfrute de las vacaciones aplazadas éste sólo puede oponerse si existe un interés empresarial. Ahora bien, esta oposición no le dispensa de facilitar al trabajador un período de disfrute de las vacaciones diferente al elegido por éste.

Esta es una de las cuestiones a las que da respuesta el Auto del TJUE, de 21 de febrero de 2013, Asunto Concepción Maestre García, (C-194/12), con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Benidorm. Este Juzgado, en relación a la situación de IT de un trabajador durante el tiempo de vacaciones determinado por la empresa, plantea al TJUE las siguientes cuestiones:

- (i) si las razones organizativas y productivas alegadas por la empresa para oponerse al disfrute en el período solicitado por el trabajador de las vacaciones aplazadas o si existe acuerdo con los representantes de los trabajadores se opone al art. 7.1 de la Directiva 2003/8;
- (ii) si también se opone a dicho precepto una determinación unilateral por parte del empresario;

El TJUE considera que el artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la normativa nacional según la cual un trabajador que se encuentra en situación de IT por enfermedad durante el período de vacaciones anuales fijado unilateralmente en el calendario de vacaciones de la empresa en la que trabaja no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales, al término de dicha

IT, durante un período distinto al fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia correspondiente, por razones de tipo productivo u organizativo de la empresa”.

La oposición del empresario puede fundamentarse en razones productivas u organizativas. No obstante, tales razones no pueden impedir que el trabajador disfrute de sus vacaciones en otro momento.

En definitiva, como sostiene el indicado Auto del TJUE de 21 de febrero de 2013, el hecho de que se tengan en cuenta los intereses de la empresa, las razones productivas y organizativas, sólo puede traducirse en la facultad del empresario de negarse a conceder el período elegido por el trabajador, pero ello no le dispensa de la obligación de fijar en lugar de éste otro período distinto, incluso situado fuera del período de referencia.

5.4. Derecho a la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas por concurrencia de incapacidad temporal

Entre las distintas normas que conforman el marco jurídico de las vacaciones es unánime el reconocimiento del carácter retribuido de las mismas y la prohibición de su compensación económica.

No obstante, dicha compensación tiene sus excepciones. Ésta es posible a tenor del art. 7.2 de la Directiva 88/2003 cuando se extingue el contrato de trabajo y las vacaciones no se han podido disfrutar durante la vigencia de éste. Claro que, realmente en este supuesto lo que se establece no es una excepción, sino un derecho a ser retribuido³⁶.

Ante el TJUE se han planteado distintas cuestiones prejudiciales sobre la compensación económica de las vacaciones. La STJUE de 6 de abril de 2006, asunto *Federatie Nederlandse Vakbeëging*, da respuesta a la cuestión prejudicial planteada sobre si un trabajador tiene derecho a la compensación económica cuando ve frustradas sus vacaciones por la concurrencia de una causa de suspensión del contrato y no puede disfrutarlas en el período de referencia que la norma interna establezca, (que en el supuesto español es de dieciocho meses a contar desde el final del año en que se hayan originado).

El TJUE en su respuesta lo primero que reconoce es el derecho del trabajador a desplazar las vacaciones frustradas a otro año posterior, pese a que en este supuesto no desplieguen plenamente sus efectos. Una vez reiterado este principio, su pronunciamiento es contundente: el art. 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una disposición nacional permita que los días de vacaciones no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica durante la vigencia el contrato de trabajo.

36 Cfr. J. GORELLI HERNÁNDEZ: “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *RL*, nº 1, 2014, pág. 43.

Tal decisión se adopta porque una solución en sentido contrario tendría como consecuencia la incitación al trabajador a la renuncia a sus vacaciones a cambio de la compensación económica.

En la misma línea se pronuncia el indicado Auto del TJUE, de 21 de febrero de 2013, Asunto Concepción Maestre, que da respuesta a la cuestión prejudicial que se le plantea de si se puede proceder a una compensación económica cuando el contrato de trabajo no se ha extinguido y concurren razones productivas y organizativas que impiden su disfrute. La respuesta es concluyente e indubitada: mientras esté vigente el contrato de trabajo no cabe la compensación económica.

Consiguientemente, si el contrato está vigente, como no cabe la compensación, sí es posible la pérdida del derecho. Para que esto ocurra se requiere que la normativa interna del Estado miembro haya limitado la acumulación de las vacaciones³⁷. Lo que tiene lugar con la limitación de un tiempo de referencia para su disfrute aplazado.

Ahora bien, la respuesta es en sentido contrario si el contrato de trabajo se extingue. En este supuesto el trabajador podrá reclamar la compensación económica de las vacaciones aplazadas que no haya podido disfrutar.

En efecto, la STJUE de 20 de enero de 2009, Asunto Schultz-Hoff, manifiesta que si la relación de trabajo se extingue, sea cual sea la causa de extinción, tiene lugar la compensación económica³⁸.

La cuestión a resolver, entonces, es la determinar cuántas vacaciones pueden y deben ser compensadas económicamente en estos supuestos en los que no han sido disfrutadas las vacaciones correspondientes a varios años y el contrato de trabajo se extingue.

La Sentencia, de 3 mayo de 2012, Asunto Neidel, resuelve la cuestión prejudicial que se suscita ante una situación de incapacidad para trabajar por motivos de salud que desemboca en la jubilación del trabajador y tal hecho le impide el disfrute de las vacaciones aplazadas y acumuladas correspondientes a tres años (de 2007 a 2009).

El TJUE considera que “el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el funcionario tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad”.

37 Para P. RABANAL CARBAJO: Incapacidad temporal y vacaciones”, *Aranzadi Social*, 16/2010, versión *on line*, pág. 10, la no compensación económica sólo tiene lugar “siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva”.

38 En este sentido también la STS de 25 de febrero de 2003 (rcud 2155/2012)

El TJUE no se pronuncia sobre si ha prescrito el derecho a la compensación económica de las vacaciones correspondientes a uno de estos años. Parece ser que no, pues sobre todos ellos reconoce el derecho del trabajador a ser compensado económicamente.

Cuestión importante a tener en cuenta es que el TJUE permite que la norma interna limite la compensación económica de las vacaciones a un máximo de cuatro semanas, esto es, al período mínimo de vacaciones que reconoce la Directiva 2003/88. Para el TJUE el derecho a la compensación económica por unas vacaciones frustradas por IT puede quedar limitado a las indicadas cuatro semanas. Ahora bien, pero sólo por cada período de vacaciones que ha de ser compensado, no en su totalidad.

La jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht consideraba que cuando la relación laboral concluye por el fallecimiento del trabajador no nace un derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas. Tal postura fue cuestionada por los órganos judiciales ante el TJUE y la sentencia, de 12 de junio de 2014, Asunto Gülay Bollacke, (C-118/2013), da un nuevo paso y abre nuevas posibilidades y estima que ante el fallecimiento del trabajador la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas constituyen un derecho que puede ser disfrutado por la viuda heredera.

Para el TJUE el art. 7 de la Directiva 2003/88 no puede interpretarse en el sentido de que tal derecho pueda extinguirse por el fallecimiento del trabajador. Considera el Tribunal que “si la obligación de pago de las vacaciones anuales cesara al finalizar la relación laboral por el fallecimiento del trabajador, tal circunstancia tendría como consecuencia que un hecho fortuito, que escapa del control tanto del trabajador como del empleador, supondría la pérdida total del propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas”.

Asimismo, esta sentencia en contestación a la cuestión que se le plantea de si la compensación económica se puede supeditar a la solicitud previa de la misma por parte del trabajador, contesta negativamente.

En consecuencia, este derecho debe ser satisfecho por el empresario sin esperar solicitud previa al respecto. Y si no es el caso, si el trabajador o el cónyuge superviviente tienen que reclamar judicialmente este derecho, que como apunta el TJUE no se supedita a una solicitud previa, la pasividad o la negativa del empresario puede ser calificada como una actitud temeraria sobre la que podría recaer las consecuencias de dicha conducta obstinada, además de las costas por un proceso innecesario.

6. A modo de conclusión: el debilitamiento de la naturaleza laboral de las vacaciones aplazadas y su posible inclusión como un riesgo inherente a la incapacidad temporal

Los efectos positivos de la labor hermenéutica del TJUE son indudables en aras a asegurar el disfrute de las vacaciones. Máxime, cuando a las vacaciones se les configura

como un Derecho social de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos en las Directivas y en la jurisprudencia del Tribunal.

No obstante, esta interpretación auténtica provoca si no la pérdida de su eficacia plena como medida reparadora de la fatiga del trabajador, como medida de salud laboral, sí el alejamiento progresivo de su originaria concepción. Y es que, cuando se reconoce y se asegura bien el disfrute aplazado de las vacaciones frustradas, aunque no exista trabajo previo, bien el derecho a su compensación económica ante la extinción del contrato de trabajo, las vacaciones dejan de ser ese “descanso temporal de una actividad habitual, principalmente del trabajo remunerado” con el que se define en su primera acepción este término por la RAE.

Desde esa perspectiva más amplia y más progresiva con la que se presenta este derecho en el marco de la UE, cabe plantearse si en las indicadas situaciones el derecho al disfrute o a la retribución de las vacaciones aplazadas por haberse frustrado su disfrute ante la concurrencia de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo pierde su naturaleza laboral. Específicamente, puede plantearse si las vacaciones así configuradas dejan de regirse por los principios sinalagmáticos propios del contrato de trabajo y se irrogan de la naturaleza de una prestación social, de un beneficio que podría formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social. Como si de una nueva prestación de la Seguridad Social se tratara o con un tratamiento menos forzado y más ortodoxo configurarla como una prestación inherente o adicional a la propia que articula el Sistema de la Seguridad Social frente a la causa o al acacimiento del riesgo que genera la suspensión del contrato.

Cabe plantearse, pues, si estamos en presencia de un descanso remunerado o de una prestación asistencial a cargo del empresario.

En definitiva, si la nueva configuración del derecho del trabajador a estas vacaciones aplazadas (o a su remuneración) transforma su naturaleza, pues incide en un ámbito que trasciende el estrictamente laboral. Asistimos a una institución (laboral) que en cuanto que procura “la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” abre un debate sobre la oportunidad de que pudiera ser sufragada por el Sistema de la Seguridad Social y no por el empresario, como “principio rector de la política social y económica”, como parte integrante de su acción protectora, bajo el paraguas del principio de solidaridad propio del Estado social.

7. Referencias

ALZAGA RUIZ I.: “*El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria*”, RL, 2014, nº 11; BEJARANO HERNÁNDEZ,

A.: El derecho a vacaciones anuales retribuidas, *Comares, Granada, 2002*; BORRAJO DACRUZ, E.: «Descanso por maternidad en periodo de vacaciones», AL, núm. 22, 2004; «Vacaciones: disfrute en años posteriores y compensación económica», AL, núm. 14, 2006; «Permiso por paternidad y vacaciones coincidentes: comentario a la STSJ Andalucía de 5 de octubre de 2010», AL, núm. 20, 2010; «Vacaciones e incapacidad temporal: comentario a la STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 2010», AL, núm. 21, 2010; CHARRO BAENA, P.: «El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente», AS, 2006-I; CHARRO BAENA, P.: «Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones», en AA. VV.: *La Presencia femenina en el mundo laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 183 y ss.; CUENCA ALARCÓN, M.: «Vacaciones e incapacidad temporal: pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales», RL, núm. 7, 2008; DILLA CATALÁ, M^a. J.: «Vacaciones: disfrute en años posteriores y compensación económica», AL, núm. 3, 2003, págs. 1602 y ss.; ESPÍN SAEZ, M.: «Nuevas claves para interpretar el alcance del derecho a las vacaciones: a propósito de la STJUE de 20 de enero de 2009, caso Gerhard Schultz-Hoff y otros», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2009; FITA ORTEGA, F.: «El despido de la trabajadora que, tras la maternidad, se encuentra disfrutando de sus vacaciones anuales retribuidas», AS, núm. 3, 2006, págs. 21 y ss.; GARCÍA NINET, J. I.: «Maternidad y vacaciones en la Sentencia 324/2006 del Tribunal Constitucional: pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber terminado el año natural?», TS, núm. 193, 2007; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)», TS, núm. 38, 1994; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)», TS, núm. 38, 1994, págs. 41 y ss. y, del mismo autor, «Sobre el derecho de vacaciones (en torno al artículo 38)», REDT, núm. 100, 2000, págs. 809 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R.: «Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto Merino», JL núm. 28, 2006, págs. 5 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. R.: «Coincidencia de las vacaciones anuales con la incapacidad temporal: una vuelta de tuerca», JL, núm. 33, 2008, págs. 5 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad. (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 2004, en caso de coincidencia temporal entre descanso por maternidad y periodo de vacaciones)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2004; GONZÁLEZ VELASCO, J. Y VIVES USANO, P.: «Vacaciones concurrentes con incapacidad temporal», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 285, 2006, págs. 83 y ss.; GOÑI SEIN, J. L.: «Efectos de la superposición de la situación de incapacidad laboral al

período de vacaciones», AL, 1987-I, págs. 2409 y ss., Matía Prim, J.: «*Vacaciones anuales*», en AA. VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII, Civitas, Madrid, 1982, págs. 398 y ss.*; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «*El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria*», RL, núm. 1, 2014; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «*La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia comunitaria al Derecho comunitario*», RL, núm. 1, 2004, págs. 639 y ss.; LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «*Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional*», AS, nº5, 2010; MARÍN CORREA, J. M.: «*Vacaciones y baja por maternidad. Nueva doctrina*», AL, núm. 4, 2006, págs. 438 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: «*Las líneas de evolución del derecho a vacaciones*», RPS, núm. 83, 1969, págs. 65 y ss.; MARTÍNEZ MORENO, C.: «*Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad*», AS, núm. 3, 2004, págs. 19 y ss.; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «*El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad*», AS, núm. 1, 2005, págs. 89 y ss.; MOLINER TAMBORERO, G.: «*Vacaciones e incapacidad temporal*», Diario La Ley, Nº 7364, 2010; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «*La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad*», TL, núm. 77, 2004, págs. 305 y ss.; PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: «*La compatibilidad entre maternidad y vacaciones; el caso Merino Gómez*», RMESS, núm. 102, 2013; RABANAL CARBAJO, P.: «*Incapacidad temporal y vacaciones*», Aranzadi Social, 16/2010; RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «*Vacaciones e incapacidad temporal*», AL, núm. 6, 2009, págs. 650 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «*Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)*», RL, núm. 7, 2009; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «*Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (y II)*», RL, núm. 8, 2009; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «*De nuevo sobre el derecho a vacaciones y el impacto de la Directiva 2003/88/CE*», RL, núm. 7-8, 2013, pág. 2; ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «*Acceso y mantenimiento de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes tras la extinción del contrato: efectos de las vacaciones devengadas y no disfrutadas*», Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 279, 2006, págs. 105 y ss.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «*Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones*», Aranzadi Social, núm.4, 2012; SEMPERE NAVARRO, A. V. Y CHARRO BAENA, P.: «*El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengó, pero no compensable económicamente*», AS, núm. 4, 2006, págs. 25 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V. Y CHARRO BAENA, P.: «*Imposibilidad de disfrutar de vacaciones in natura por coincidir con baja por enfermedad*», AS, núm. 32, 2009, págs. 21 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «*Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas*», RPS, núm. 130, 1981, págs. 99 y ss. y, del mismo autor, «*Régimen jurídico de las vacaciones anuales retribuidas*», RPS, núm. 131, 1981; SEMPERE NAVARRO, A. V. Y CHARRO BAENA,

P.: «*Libertad de trabajo durante las vacaciones*», AS, 2003-V; SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.: «*Los efectos de la incapacidad temporal sobre el período de vacaciones fijado con antelación*», RL, 2010; VALDES ALONSO, A.: «*Disfrute aplazado de vacaciones por incapacidad temporal*», *Documentación Laboral*, nº 86, 2009; VELASCO PORTERO, M. T.: «*El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador*», AL, núm. 1, 2010; DE LA VILLA GIL, L. E.: «*Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas*», RPS, núm. 81, 1969, pág. 93.

LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOL Y LA TRANSFERENCIA DE TRABAJADORES INDEFINIDOS DE LAS EMPRESAS Y FUNDACIONES PÚBLICAS A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

M^a JOSÉ SERRANO GARCÍA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

Los procesos de reestructuración del sector público español realizados en los últimos años han puesto de manifiesto las dificultades que rodean a la articulación del régimen jurídico de la sucesión de empresas, cuando el empresario cedente es una entidad de Derecho Privado y el cesionario una entidad de Derecho Público. En particular, la incorporación en las Administraciones Públicas de trabajadores indefinidos de empresas y fundaciones públicas plantea la necesidad de determinar cómo debe ser entendida la obligación que poseen los empresarios cesionarios de respetar los derechos de los empleados afectados por la sucesión. En las siguientes páginas, se realiza esa labor, tras poner de manifiesto que se encuentra fuertemente condicionada, por la diversa naturaleza de las empresas participantes en la subrogación. Una vez sentada esta premisa, se pone de manifiesto que la susodicha diversidad también está detrás de que tales empleados deban ser equiparados a los trabajadores indefinidos no fijos en la entidad de Derecho Público en la que han pasado a prestar servicios. Seguidamente, se individualizan las bases jurídicas que llevan a admitir la licitud de las normas que prevén su sometimiento a un proceso de selección, para convertirlos en trabajadores fijos en la correspondiente Administración Pública; y, asimismo, aquellas otras que hacen posible su despido por razones empresariales, si no superan dicho proceso de selección.

Palabras clave

Sucesión de empresas; Despidos; Sector público.

Abstract

The restructuring processes in the Spanish public sector of the last years have shown the difficulties surrounding the orchestration of the legal framework of company

succession, when the assignor business owner is a Private Law entity and the assignee is a Public Law one. In particular, the introduction of indefinite workers from companies and public foundations into the Public Administrations requires determining how to understand the assignee business owner's obligation to respect the rights of the employees affected by the succession. In the following pages, we will carry out this task after stating that it is strongly influenced by the different nature of companies participating in the subrogation. After introducing that premise, we will show that such diversity is also behind the need of putting those employees on the same level as indefinite non-permanent workers in the Public Law entity to which they have been transferred. Immediately thereafter, the legal framework that allows accepting the lawfulness of the rules that foresee their submission to a selection process to become indefinite workers in the appropriate Public Administration will be identified; and also those that allow lay-offs due to business reasons if they do not pass the selection process.

Palavras-chave

Sucessão de empresas; Demissões; Setor público.

1. Introducción

Desde mediados de 2010, en España, se han tomado medidas destinadas a racionalizar las estructuras administrativas y empresariales del sector público, con la declarada finalidad de mejorar su eficiencia y reducir el gasto público. Detrás de estos fenómenos, entre otros instrumentos, se encuentra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, que aprueba el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal. A nivel de Comunidad Autónoma, el Acuerdo 1/2010, de 22 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013; y el Acuerdo 5/2012, de 17 de enero, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se adoptan compromisos en materia de reordenación y racionalización del sector público instrumental autonómico y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo. Y, a nivel local, destacan los acuerdos adoptados entre el Gobierno de la Nación y las Entidades locales, a través de la Comisión Nacional de Administración Local, en sendas reuniones celebradas el 7 de abril de 2010 y el 25 de enero de 2012.

En general, el diseño de los planes de reestructuración del sector público español ha terminado siendo aprobado en forma de leyes o decretos leyes que, al haberse elaborado a marchas forzadas, plantean serios problemas interpretativos, con el agravante de que poseen una clara incidencia, cuando no en la vigencia de numerosos contratos de trabajo, en las condiciones laborales de los trabajadores afectados, en el redimensionamiento de

las plantillas, en la redistribución de puestos y en la reasignación de efectivos, en tanto en cuanto contemplan medidas como las agrupaciones, las fusiones y las extinciones de entidades.

Limitándonos a lo que en el presente estudio interesa, las recientes reestructuraciones han puesto de manifiesto las dificultades que rodean a la articulación del régimen jurídico de la sucesión de empresas, en aquellos casos en los que uno de los empresarios que participa en ella es una entidad de Derecho Privado, mientras que el otro una entidad de Derecho Público. Concretamente, obliga a cuestionarse los efectos que sobre el carácter, las condiciones y la vigencia de las relaciones laborales posee el hecho de que los empleados procedentes de empresas y fundaciones públicas no hayan superado un proceso de selección para prestar servicios en la Administración Pública a la que han sido transferidos. Y, derivadamente, a preguntarse si son ajustadas a Derecho determinadas normas que no han atribuido a este tipo de empleados la condición de fijos, imponiéndoles, para adquirirla, la superación de un proceso de selección abierto, al margen de que el vínculo laboral que les uniera con la entidad de Derecho Privado en la que venían prestando servicios antes de la reestructuración fuera de carácter indefinido.

En este orden de ideas, no cabe olvidar que, a pesar de que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del status del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas (Sentencia Tribunal Constitucional 110/2004, de 30 de junio, Fundamento Jurídico 6.º)¹, se encuentra obligado a actuar con sujeción plena al ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) (Sentencia Tribunal Constitucional 34/2004, de 8 de marzo, Fundamento Jurídico 3.º). Pero, como se desprende de lo señalado en las siguientes páginas, lo cierto es que la licitud de previsiones normativas del género de las mencionadas se asienta sobre bases jurídicas que hunden sus raíces, tanto en el régimen jurídico de la sucesión de empresas, como en las normas destinadas a regular el empleo público, entre las que, lógicamente, ocupa un lugar destacado la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP). Debiendo destacarse, de manera muy especial, que, en plena política de recortes, se ha extendido, con algunas especialidades, al personal laboral de las Administraciones Públicas las reglas jurídicas que regulan las medidas de flexibilidad interna y los despidos basados en razones empresariales contenidas en Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

1 En idéntica dirección, se ha señalado que “las Administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio” (Sentencia Tribunal Constitucional 126/2008, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 5º).

2. La Aplicación del Régimen Jurídico de la Sucesión de Empresas en las Reestructuraciones del Sector Público

En la configuración del régimen jurídico aplicable a las sucesiones de empresas, al margen de que las entidades participantes en la trasmisión sean entidades de Derecho Público o de Derecho Privado, así como de que tengan o no ánimo de lucro, interviene el art. 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Esta directiva acoge el concepto de trabajador asalariado elaborado por los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados miembros (art. 2.1 d) Directiva 2001/23/CE), de modo que sus mandatos no afectan a la definición de contrato de trabajo contenida en cada uno de ellos (art. 2.2 Directiva 2001/23/CE)².

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la Directiva 2001/23/CE no debe aplicarse, cuando la transmisión afecta a actividades propias del ejercicio del poder público, en tanto en cuanto preceptúa que quedan fuera de su ámbito de actuación las simples reorganizaciones administrativas de las autoridades públicas y los traspasos de funciones administrativas también entre autoridades públicas (art. 1 c) Directiva 2001/23/CE). Pero ha añadido que, por el contrario, ha de articularse, cuando incide sobre una actividad económica. Lo que significa que lo determinante es la presencia de un traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad o, con otras palabras, la transmisión de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria (arts. 1 b) Directiva 2001/23/CE y 44.2 ET), al margen de que se encuentren implicados sujetos de Derecho Público o de Derecho Privado y de que la sucesión forme parte de un proceso de reestructuración de una Administración Pública³. Con ello, se evita que importantes categorías de trabajadores queden privadas

2 Los Estados miembros no podrán excluir del ámbito de aplicación de la directiva los contratos o relaciones de trabajo “únicamente por a) el número de horas de trabajo realizadas o por realizar; b) que se trate de relaciones laborales regidas por un contrato de trabajo de duración determinada tal como se define en el punto 1 del artículo 1 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendientes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, o c) que se trate de relaciones laborales temporales tal como se definen en el punto 2 del artículo 1 de la Directiva 91/383/CEE y que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que se haya traspasado sea la empresa de trabajo temporal que asuma las funciones de empresario o una parte de ella. número de horas de trabajo realizadas o por realizar, o bien porque se trate de relaciones laborales temporales” (art. 2.2 Directiva 2001/23/CE).

3 Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-298/94, de 15 de octubre de 1996, asunto Annette Henke contra Gemeinde Schierke; 173/96 y C-247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Francisca Sánchez Hidalgo y otros contra Asociación de Servicios Aser y otros; C-343/98, de 14 de septiembre de 2000, asunto Pollino y Chiappero contra Telecom Italia SpA; C-298/94, de 15 de octubre de 1996, asunto Annette Henke contra Gemeinde Schierke y otros;

de la protección de la norma comunitaria y se valora adecuadamente que las excepciones a su aplicación deben interpretarse de manera estricta, dado su objetivo de protección social (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-108/10, de 6 de septiembre de 2011, caso Ivana Scattolon contra Ministero dell'Instruzione, dell'Università e della Ricerca, apartado 58).

En España, son trabajadores asalariados aquellas personas físicas que voluntariamente prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (art. 1.1 ET, en conexión con el art. 1.2 ET). Esta definición no ha sido matizada, en el sector público. El EBEP se limita a mencionar al personal laboral y a situarle, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, entre los empleados públicos (arts. 8 y 11.1 EBEP). Y la incorporación de la referencia a los indefinidos que realiza este cuerpo normativo no tiene por objeto recoger la figura del indefinido no fijo creada por la jurisprudencia, ni dar cobijo a un tercer tipo de trabajador, situado entre fijos o temporales, sino contemplar a los profesores de religión católica, a causa de que, según su regulación específica, no son temporales, pero tampoco fijos, dado que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 EBEP (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013, Fundamento Jurídico 6.º [RJ 2013, 7657], citada por la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013, 8000]).

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha recordado la inclusión de los trasposos de actividades económicas entre Administraciones Públicas, o bien entre entes públicos y privados, en el ámbito de actuación del art. 44 ET. De hecho, recientemente, ha dictado diversas sentencias sobre el proceso de reorganización de la Comunidad Autónoma de Andalucía en las que ha afirmado la aplicación del citado precepto y ha puesto de manifiesto que pretende favorecer la estabilidad laboral y, por lo tanto, actuar en favor del pleno empleo (art. 40.1 Constitución Española, en adelante, CE) (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de abril de 2014, Fundamento Jurídico 8.º [JUR 2014, 125165]; en igual dirección, entre otras, Sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de abril de 2014 [JUR 2014, 125164], de 26 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1762], de 24 de marzo de 2014 [RJ 2014, 2137] y de 9 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7355]. Asimismo, ha considerado nulo en fraude de ley un despido colectivo efectuado en una entidad pública de la Comunidad

C-175/99, de 26 de septiembre de 2000, asunto, Didier Mayeur contra Association Promotion de l'information messine (APIM); C-425/2002, de 11 de noviembre de 2004, asunto Johanna Maria Delahaye contra Ministro de Función Pública y Reforma Administrativa; y STJUE C-108/2010, de 6 de septiembre de 2011, asunto Scattolon.

Autónoma de Andalucía, al entender que estaba destinado a vaciar de contenido la obligada sucesión contemplada en las normas que regulan la reorganización del sector público de la mencionada comunidad autónoma (Sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2014 [RJ 2014, 2071 y 2014, 2070]).

3. La Naturaleza de la Prestación de Servicios de los Trabajadores Proce- dentes de Entidades de Derecho Privado en una Administración Pública

3.1. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por una sucesión de empresas

El art. 3 de la Directiva 2001/23/CE prevé que los derechos y obligaciones que resulten para el empresario cedente de una relación laboral existente en la fecha de producirse la sucesión deben ser transmitidos al empresario cesionario⁴. Partiendo de lo declarado por la jurisprudencia comunitaria, la aplicación de estos mandatos impide que los empleados transferidos se encuentren, a causa únicamente de la sucesión, en peor situación que antes de que ésta se llevara a cabo; de modo que la transmisión de empresas no pueda constituir, por sí misma, el motivo de una modificación que les perjudique. Si bien, ello no priva a los Estados miembros de la facultad de permitir que los empresarios cesionarios modifiquen las relaciones laborales en un sentido desfavorable para los trabajadores transferidos, muy especialmente, respecto a la protección contra el despido y a las condiciones retributivas (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-108/10, de 6 de septiembre de 2011, caso Ivana Scattolon contra Ministerio dell'Instruzione, dell'Università e della Ricerca, apartado 59).

En el seno del ordenamiento jurídico español, el art. 44.1 ET recoge la obligación del empresario cesionario de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. Y, al enfrentarse a la interpretación de este precepto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado: en primer lugar, que la subrogación únicamente alcanza a los derechos y obligaciones que existieran en el momento de producirse la transferencia; en segundo lugar, que se produce, al margen de la naturaleza pública o privada del nuevo empresario, por lo que el mantenimiento de esas condiciones rige, aunque el sucesor sea un ente de Derecho Público; y, en tercer lugar, que el principio de

⁴ Esta directiva sólo permite la rebaja de los condiciones de trabajo, en los supuestos de situación económica grave, en los términos que ella misma señala. En este orden de ideas, preceptúa que “salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente” (art. 5 Directiva 2001/23/CE).

continuidad no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriormente disfrutadas por los empleados afectados; pues, si así fuera, se impediría la presencia de una regulación homogénea de todas las relaciones laborales existentes en la entidad sucesora tras producirse la transmisión (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de junio de 1999, Fundamento Jurídico 2.º [RJ 1999, 6442]).

Consecuentemente, las sucesiones de empresas situadas en el marco de procesos de reestructuración del sector público que poseen como efecto la colocación de trabajadores procedentes de entidades de Derecho Privado en entidades de Derecho Público, por sí solas, no alteran la naturaleza laboral de las prestaciones de servicios de estos trabajadores; y, adicionalmente, deben respetar los derechos y obligaciones que los susodichos empleados hubiesen ya consolidado y adquirido antes de la subrogación empresarial (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10508]).

3.2. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de una entidad de Derecho Privado por una entidad de Derecho Público

Cuando se produce una sucesión de una entidad de Derecho Privado por una entidad de Derecho Público, surge la pregunta de cómo debe interpretarse la exigencia normativa dirigida a mantener los derechos y obligaciones ya consolidados y adquiridos por los trabajadores afectados por la sucesión.

Para responder a esta cuestión, debe valorarse que la naturaleza pública del nuevo empresario obliga a acudir a las reglas jurídicas a las que se encuentra sujeto el ingreso en las Administraciones Públicas; y, muy significativamente, a no dejar de lado la necesidad de que las personas interesadas en prestar servicios en una entidad de Derecho Público superen un proceso de selección convocado al efecto. Detrás de esta exigencia, se encuentran diversos preceptos de las Constitución. Por un lado, el art. 23.1, que establece que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes”. Y, por otro lado, el art. 103, que proclama que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y el Derecho” (primer apartado). A lo que añade que “la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad” (tercer apartado)

A pesar de que su literalidad se encuentra vinculada a los funcionarios públicos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han extendido estos mandatos al personal laboral de las Administraciones Públicas. Si bien, el Tribunal Constitucional justifica su decisión, en los principios recogidos en el art. 103.1 de la Constitución; mientras que el Tribunal Supremo se apoya directamente, en sus arts. 23.2 y 103.3 (Sentencia Tribunal

Supremo, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2010, Fundamento Jurídico 2.º [RJ 2010, 2839]). No obstante, esta diferencia no ha impedido al legislador ordinario extender a todo el personal del sector público los principios a los que se encuentra sometido el acceso a la función pública. Así, el EBEP preceptúa que debe respetarse la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso y en la promoción profesional del personal funcionario y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.3 EBEP), y somete a los trabajadores que prestan servicios en una empresa o en una fundación pública a los dispuesto, entre otros, en el art. 55 EBEP (Disposición Adicional Primera EBEP)⁵, a la par que sujeta a un proceso de selección previo de oposición, concurso-oposición o concurso de méritos al personal laboral de las Administraciones Públicas (art. 61.7 EBEP).

Las reglas contenidas en el EBEP deben ser respetadas a niveles inferiores, puesto que dan forma a un régimen jurídico homogeneizador destinado a asegurar los intereses generales y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad y certeza. De ahí que pueda afirmarse que tales mandatos constituyen un mínimo común a partir del cual cada Comunidad Autónoma o, en su caso, entidad local está facultada para introducir las particularidades que estime convenientes, siempre que tales particularidades no den lugar a una configuración radicalmente distinta del modelo establecido a nivel estatal (Sentencia Tribunal Constitucional 132/2012, de 19 de junio, Fundamento Jurídico 7.º). En la misma dirección, entre otros instrumentos encargados de reestructurar el sector público, el antes citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 señala expresamente que “en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la Ley 7/2007, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica” (apartado 8º).

Por lo tanto, no puede permitirse la adquisición de la condición de trabajador fijo de una Administración Pública a sujetos que no han superado los correspondientes procesos de selección, aunque nos encontremos ante un fenómeno de sucesión de empresas incardinado en una reestructuración del sector público y, del igual modo, al margen de que esta reestructuración se haga a nivel estatal, autonómico o local. Y, si ello es así, no cabe

5 Literalmente, el art. 55 EBEP señala que “1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.

más remedio que asimilar inicialmente los empleados que han pasado a prestar servicios, desde una empresa o función pública, a un Administración Pública a los trabajadores indefinidos no fijos.

Precisamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al enfrentarse al proceso de reestructuración del Sector Público andaluz, ha tenido ocasión de abordar los términos en los que los trabajadores de una entidad de Derecho Privado pueden prestar servicios en la Administración Pública andaluza y ha elaborado una doctrina que se acerca a la creada por la Sala de lo Social del mismo Alto Tribunal respecto a la figura de los trabajadores indefinidos no fijos. Esta figura fue elaborada por los órganos judiciales para dar respuesta a aquellas situaciones en las que existían irregularidades en la contratación laboral llevada a cabo por las Administraciones Públicas. Desde una perspectiva temporal, el carácter indefinido del contrato conlleva su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término; pero, sin embargo, ello no implica que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla, en la medida en la que esta solución iría en contra de las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013, Fundamento Jurídico 3.º [RJ 2013, 7657], citada por la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013, 8000]).

4. La Superación de un Proceso de Selección para Adquirir la Condición de Trabajador Fijo en una Administración Pública

4.1. La imposibilidad de convalidar el proceso de selección exigido para trabajar en una entidad de Derecho Público con el superado en una empresa o fundación pública

A pesar de que los principios de igualdad, mérito y capacidad deben guiar el acceso al empleo público, sea en una entidad de Derecho Privado, o bien en una Administración Pública, no es posible equiparar el proceso de selección que es necesario para adquirir la cualidad de trabajador indefinido en una empresa o fundación pública, con el que se debe superar para ser personal laboral fijo en un ente de Derecho Público. Por ello, a pesar de que haya aprobado el primer proceso de selección indicado, un trabajador asalariado no puede comenzar a prestar servicios en una Administración Pública como personal laboral fijo, sin someterse al segundo. En el caso de que se mantuviera la posición contraria, realmente se estaría dando al régimen jurídico al que se encuentra sujeto el acceso al empleo público una conformación radicalmente distinta del modelo contenido en la Constitución y en la legislación ordinaria.

La diversa naturaleza de los empresarios implicados en este tipo de sucesiones está acompañada de la diferente naturaleza de los procesos de selección necesarios para ser

trabajador fijo en cada uno de ellos. En los entes de Derecho Privado, estos procesos no poseen naturaleza administrativa; y, en los entes de Derecho Público, nos encontramos ante actos de la Administración Pública en los que ésta actúa como poder público y, por lo tanto, sujeta al Derecho Administrativo. En estos últimos, hasta que no surge la relación laboral propiamente dicha, la Administración no se comporta como un verdadero empresario laboral sometido al Derecho privado (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 1993, Fundamento Jurídico 2.º [RJ 1993, 1849]; en similar dirección, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2000 [RJ 2000, 661] y de 17 de mayo de 2010 [RJ 2010, 526]). Si bien, las empresas con participación mayoritaria del capital público y las entidades de Derecho Público que por ley deben ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado se rigen por el Derecho Privado, con ciertas excepciones, que, por lo demás, no afectan al proceso de selección de sus trabajadores asalariados (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2012, Fundamento Jurídico 3.º [RJ 2012, 8975]).

Por otro lado, la diversa naturaleza de las empresas implicadas también se encuentra acompañada de la diversidad del régimen jurídico de los empleados que comienzan a prestar servicios en cada una de ellas por los cauces ordinarios. En efecto, si una entidad de Derecho Público actúa como empresario laboral, los vínculos laborales quedan sujetos al ordenamiento jurídico laboral, aunque con importantes matizaciones que han llevado a un sector de la doctrina científica a mantener que nos situamos ante relaciones laborales de carácter especial (LÓPEZ, 2009). Más concretamente, sus trabajadores se encuentran sometidos al EBEP y a las leyes de la función pública, en los extremos que éstas así lo prevén⁶; y, sólo en lo no previsto en tales cuerpos normativos, se aplica la legislación laboral. Sin embargo, los empleados de una entidad de Derecho Privado poseen un régimen jurídico más cercano al común, fundamentalmente porque no les resulta aplicable lo dispuesto en el EBEP, salvo en los extremos recogidos en su Disposición Adicional Primera⁷.

Por último, también debe tenerse en cuenta la posibilidad de que no exista adecuación entre el contenido del proceso de selección superado por un trabajador asalariado

6 Como sucede, entre otras materias, con la obligación de respetar la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso y en la promoción profesional (art. 1.3 EBEP), con la determinación de los puestos de trabajo (art. 11.2), con la duración de los contratos y las modalidades contractuales (art. 11.1) y con el acceso al empleo público (arts. 55, 56, 59 y 60).

7 La Disposición Adicional Primera del EBEP señala que “los principios contenidos en (sus) artículos 52 (deberes de los empleados públicos), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores) y 59 (personas con discapacidad) serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”. Sobre esta materia, también se pueden consultar las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (Resolución de la Secretaria General para las Administraciones Públicas de 21 de junio 2007).

para prestar servicios en una empresa o fundación pública y las funciones o tareas que ese mismo trabajador desarrolla en la Administración Pública en la que comienza a prestar servicios tras un proceso de reestructuración (art. 55 EBEP).

4.2. El establecimiento de un límite temporal a la realización del nuevo proceso selección

El Tribunal Constitucional ha declarado que las Administraciones Públicas poseen un amplio margen de actuación, a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio. Y ello, en especial, cuando se trata de resolver situaciones particulares que precisan, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes jurídicos y retributivos, destacándose expresamente las que nacen de procesos de transferencias (Sentencia Tribunal Constitucional 330/2005, de 15 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º). De ahí que, en principio, pudiera pensarse que el personal laboral integrado en una entidad de Derecho Público, desde una entidad de Derecho Privado, puede permanecer como personal asimilado a los trabajadores indefinidos no fijos, sin límite temporal alguno. Ahora bien, para encauzar sus prestaciones de servicios dentro de los cauces de la normalidad y, de esa manera, poner término a las situaciones irregulares generadas por la reestructuración, es dable imponer la necesidad de que dicho personal supere un proceso de selección en un determinado período de tiempo, con fundamento en el contenido de las normas encargadas de dar forma al régimen jurídico, tanto de la sucesión de empresas, como del empleo público.

Ya se ha señalado anteriormente que las reglas jurídicas que rigen la sucesión de empresas no vetan la adopción de medidas que incidan sobre los trabajadores afectados por la transmisión, sino sólo que la transmisión, en sí misma considerada, constituya la base de cualquier cambio que pueda perjudicarles. Por otro lado, uno de los fundamentos de la actuación de las Administraciones Públicas es la eficacia en la planificación y en la gestión de los recursos humanos. Partiendo de esta premisa, el EBEP ordena que dicha planificación posee la finalidad de contribuir a alcanzar la eficacia en la prestación de los servicios y la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles, a través de la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad (art. 69.1 EBEP; este precepto debe relacionarse, con el art. 2.3 f) EBEP). Y, asimismo, que las Administraciones Públicas pueden aprobar planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras medidas, la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen, o bien medidas de promoción interna (art. 69.2 EBEP).

En consecuencia, los principios de economía, eficacia y eficiencia deben guiar la planificación de los recursos humanos en las entidades de Derecho Público y, como se

ha adelantado en líneas precedentes, pueden justificar los instrumentos necesarios para asegurar su respeto, incluido el desarrollo de pruebas selectivas con la única finalidad de regularizar las situaciones del personal laboral que inicialmente trabajaba en empresas o fundaciones públicas; y, de este modo, igualar su régimen jurídico al de aquellos empleados que ya prestaban servicios en la entidad de Derecho Público en la que el mismo ha quedado integrados tras la reestructuración.

En la misma dirección, actúa la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo respecto al ya citado proceso de reestructuración del sector público andaluz, que, entre otras cuestiones, prevé que el personal transferido de una entidad de Derecho Privado a una de Derecho Público ha de superar un proceso de selección. Concretamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal considera que no cabe apreciar en el mencionado proceso “un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado, está amparado en lo que establec(en) (las normas que regulan la reorganización llevada a cabo en la Comunidad Autónoma de Andalucía); y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 (ET). Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohonstar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus adicional al status laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a la empresa pública suprimida y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración General del Junta de Andalucía” (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de abril de 2014, Fundamento Jurídico 8.º [JUR 2014, 125165]).

Además, el proceso de reestructuración “no implica una actuación dirigida a sustraer a funcionarios o personal laboral de otros entes públicos de la Junta de Andalucía puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar” (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de abril de 2014, FJ 9.º [JUR 2014, 125165]; en igual dirección, entre otras, SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de abril de 2014 [JUR 2014, 125164], de 26 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1762], de 24 de marzo de 2014 [RJ 2014, 2137] y de 9 de octubre de 2013 [RJ 2013,7355]).

4.3. El principio de igualdad y las diferencias entre los trabajadores procedentes de una empresa o fundación pública y una Administración Pública

El principio de igualdad consagrado en el primer inciso del art. 14 de la Constitución prohíbe al legislador utilizar elementos de diferenciación arbitrarios o carentes

de una justificación razonable, a la vez que exige que las consecuencias jurídicas que se deriven de una legítima desigualdad sean proporcionadas a la finalidad perseguida con ella, evitándose los resultados excesivamente gravosos o desmedidos (Sentencia Tribunal Constitucional 104/2004, de 28 de junio, FJ 2.º). Lo que significa que estaremos ante una desigualdad prohibida, cuando una norma introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre trabajadores que están en una misma situación de hecho; no, por el contrario, si la desigualdad afecta a colectivos que, aun perteneciendo a la misma entidad, realizan funciones distintas o poseen diversa caracterización profesional o se encuentran, por alguna otra razón, ante una diferente situación en relación con el elemento de que se trate (Sentencia Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo, Fundamento Jurídico 3.º).

Partiendo de esta doctrina, puede negarse la presencia de una desigualdad prohibida, en aquellos casos en los que, para adquirir la condición de empleado fijo en una entidad de Derecho Público, se exige superar un proceso de selección a los trabajadores que proceden de una entidad de Derecho Privado, pero no a los que lo hacen de una Administración Pública. En primer lugar, no estamos ante supuestos de hecho comparables, debido a la diversa naturaleza de los empresarios de origen, a la diferente naturaleza de los procesos de selección de los trabajadores que prestan servicios para cada uno de ellos y a la diversidad del régimen jurídico de las respectivas prestaciones de servicios. Y, en cualquier caso, si esta argumentación se considerara excesiva, sería factible afirmar que concurre una justificación razonable de la diferencia de trato señalada, precisamente por las indicadas diferencias; y, asimismo, que las consecuencias de la distinción son proporcionales a la finalidad perseguida, que no es otra que impedir que los trabajadores que proceden de una entidad de Derecho Privado pasen a ostentar el mismo régimen jurídico que aquellos que lo hacen de una entidad de Derecho Público, sin superar el proceso de selección ordenado normativamente al efecto⁸.

Al margen de lo anterior, también ha de afirmarse la inexistencia de supuestos de hecho comparables o, como poco, la presencia de una justificación razonable de la diferencia de trato, respecto a la convivencia, dentro de una misma entidad de Derecho Público, de personal sometido a diversos regímenes jurídicos. Y, más concretamente, respecto a la

8 El propio Tribunal Constitucional ha declarado que “la contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues el carácter de Administración pública del empleador es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (...). En el sector público ha de apreciarse (...) la concurrencia de un interés general relevante y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado, en cuanto que la creación de una situación de irregularidad puede ser una vía utilizada para dar lugar a un ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente correctos, sin respetar los principios de mérito y capacidad” (ATC 122/2009, de 28 de abril, FJ 4.º).

eventual concurrencia de dos tipos de trabajadores: por un lado, los que son contratados directamente por dicha entidad o que pasan a prestar servicios en ella desde una entidad de Derecho Público; y, por otro lado, aquellos que proceden de una entidad de Derecho Privado. El Tribunal Constitucional ha destacado que los empleados transferidos tienen derecho a ser tratados en igualdad, con el resto del personal que presta sus servicios en la Administración Pública receptora; pero también que pueden existir diferencias de trato, durante el período transitorio en el que se procede a su plena integración en las estructuras de dicha Administración. Sólo una vez consolidado su proceso de integración “existirá identidad de situaciones entre transferidos y personal propio de la Administración receptora, y deberán aplicarse idénticas condiciones económicas y laborales a quienes ocupen los mismos puestos de trabajo, independientemente de la Administración de origen” (Sentencia Tribunal Constitucional 330/2005, de 15 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º).

Por último, respecto a la opción de legislador entre someter a los empleados afectados por una sucesión de empresas a un proceso de selección abierto o cerrado, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional considera que los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución contienen una prohibición en virtud de la cual no cabe restringir injustificadamente las condiciones de acceso a la función Pública y, podría añadirse, a la condición de personas laboral de una Administración Pública. Si bien, también reconoce que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en favor de unos y en perjuicio de otros puede ser razonable, proporcionada y no arbitraria, si constituye “un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración” (Sentencia Tribuna Constitucional 130/2009, de 1 de junio, Fundamento Jurídico 3.º). De lo que puede derivarse la eventual adecuación a Derecho de los procesos de selección destinados únicamente al personal afectado por la reestructuración del sector público, en detrimento de los procesos de selección abiertos⁹.

9 En este mismo orden de ideas, entre otros, el Tribunal Constitucional no ha entendido lesionado el art. 14 CE, en un supuesto en el que una norma establecía para la selección y provisión de plazas de facultativos especialistas de área del Instituto Nacional de la Salud, que durante 1988, y por una sola vez, se procedería a convocar, por un lado, pruebas selectivas para ingresar en la categoría de facultativo especialista de área por el sistema de concurso-oposición y, por otro, concurso de traslado; así como que esta segunda modalidad quedaría reservada para que pudieran optar a determinadas plazas los facultativos que ostentaran nombramiento en propiedad, quienes, por el contrario, quedaban excluidos de participar en el concurso-oposición para acceder a aquellas otras plazas reservadas para este sistema. Literalmente, el Alto Tribunal ha declarado que “*la decisión legislativa impugnada tampoco supone una situación de desigualdad de trato respecto de los facultativos interinos, contraria a las exigencias del art. 23.2 CE (...), ya que (...), desde la concreta dimensión del derecho a la igualdad en el desarrollo de la función pública, salvaguardados los requisitos de mérito y capacidad, cabe que el legislador tome en cuenta criterios distintos*”

5. El Despido de los Trabajadores Procedentes de Empresas y Fundaciones Públicas que no han Superado el Proceso de Selección Destinado a Regularizar su Situación

Los trabajadores procedentes de una fundación o empresa pública que no superen el proceso de selección destinado a regularizar su situación en el seno de la Administración Pública en la que han pasado a prestar servicios tras un proceso de reestructuración pueden ser despedidos, con fundamentado en razones empresariales. Como se ha señalado en líneas anteriores, el régimen jurídico de la sucesión de empresas cierra el paso sólo a la posibilidad de que, por sí misma, la subrogación sea el fundamento de la ruptura de los contratos de trabajo de los empleados afectados (arts. 4.1 Directiva 2001/23/CE, y 44.1 y 44.9 ET). Además, la reforma de 2012 ha extendido, con ciertas especialidades, el régimen jurídico de los arts. 52 c) y 51 ET a todos los trabajadores del sector público, al margen de que presten servicios en una entidad de Derecho Público o en una entidad de Derecho Privado (Disposición Adicional 20.^a ET). Y, a ello, debe sumarse el giro que el Tribunal Supremo ha dado en su doctrina sobre la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores indefinidos no fijos, de acuerdo con la senda abierta por el reformador de 2012.

Tradicionalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que las rupturas de los contratos de trabajo de los trabajadores indefinidos no fijos podía llevarse a cabo, con fundamento en la provisión en forma reglamentaria o en la amortización de sus respectivos puestos de trabajo, utilizando como base normativa el art. 49.1 b) ET, que alude a las causas de extinción consignadas válidamente en el contrato (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013, Fundamento Jurídico 3.º [RJ 2013, 7657], citada por la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2013 [RJ 2013, 8000]; y Auto Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de abril de 2014 [JUR 2014, 148378]). Sin embargo, en sus últimos pronunciamientos, el Alto Tribunal ha declarado que esta jurisprudencia anterior contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (art. 35.1 CE) y a minorar los derechos de los trabajadores. Entre otras bases jurídicas, sitúa este giro en su doctrina, en el último párrafo de la Disposición Adicional 20.^a ET, que da prioridad de permanencia al personal fijo de las Administraciones Públicas; y entiende que ello se hace por el legislador español, en contraposición al

dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (...). De este modo, una medida como la prevista (...) puede estimarse adecuada a la finalidad y proporcionada respecto de los bienes constitucionalmente protegidos, encontrando su fundamento en la mejora de las condiciones organizativas y de la propia eficacia del Sistema Nacional de Salud así como en la protección de otros bienes constitucionales, como son el derecho a la protección de la salud (...) (art. 43.1 y 2 CE); sin olvidar tampoco la efectividad del derecho al trabajo y la promoción a través del mismo (art. 35.1 CE) de quienes, ya integrados en la función pública, no ostentan plaza en propiedad dentro de ella” (Sentencia Tribunal Constitucional 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6.º).

personal interino por vacante e indefinidos no fijos. Por otro lado, sin prestar atención a la necesidad de tener que echar mano de recursos públicos, el Tribunal Supremo destaca que nos encontramos ante un acto que supone la extinción de un contrato antes de que llegue su vencimiento, derivando de esta circunstancia la necesidad de que sea indemnizado el perjuicio causado al trabajador que ve truncadas sus expectativas de empleo. Lo que, en el ordenamiento jurídico español, afirma que sólo se puede canalizar, a través del abono de las indemnizaciones establecidas en los arts. 51, 52 y 56 ET; y en los procedimientos establecidos al efecto (Sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2014 (Recursos núms: 2680/2013, 1807/2013 y 1847/2013), de 24 de junio de 2014 [RJ 2014, 4380], de 15 de julio de 2014 [RJ 2014, 5107], de 16 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 4951] y de 8 julio de 2014 [RJ 2014,4503]).

Con este giro de la jurisprudencia, se ha dado un paso adelante, en la prevalencia del interés privado, sobre el público (ARUFE, 2015, p. 102), equilibrándose los intereses de gestión eficiente de las Administraciones Públicas y la necesaria seguridad de sus trabajadores. A día de hoy, la aplicación del Derecho del Trabajo a las relaciones laborales de los entes de Derecho Público conlleva, en términos generales, las mismas repercusiones que para los empresarios privados (ESTEBAN, 2014, p. 147).

6. Conclusiones

La crisis económica por la que atraviesa España ha llevado a los poderes públicos a efectuar una reestructuración del sector público destinada fundamentalmente a reducir el gasto público, de la manera más rápida posible. Ello ha provocado situaciones irregulares en el seno de las Administraciones Públicas, entre las que se sitúa la recepción de empleados procedentes de empresas y funciones públicas en sus centros de trabajo. Y, si bien es cierto que estos trasposos resultan más beneficiosos para los empleados afectados que las rupturas de sus contratos de trabajo por razones empresariales, también lo es que poseen serias consecuencias sobre sus vínculos laborales, debido a la necesidad de armonizar las normas que regulan la sucesión de empresas, con aquellas a las que se encuentra sometido, limitándonos al objeto del presente estudio, el acceso a la condición de personal laboral fijo de una Administración Pública.

Aplicando el art. 44 ET a la sucesión de una empresa o fundación pública por una entidad de Derecho Público, esta última debe quedar subrogada en los derechos y obligaciones laborales de las entidades de Derecho Privado señaladas. No obstante, esta premisa ha de hacerse compatible, con la exigencia normativa que impone, en atención a los principios de mérito y capacidad, que las personas que desean prestar servicios en una Administración Pública superen un proceso de selección convocado al efecto (arts. 23 y 103 Constitución, y arts. 1.3 y 55.1 EBEP, entre otros). De modo que la prestación de servicios en una entidad de Derecho Público por los empleados procedentes de empresas

y fundaciones públicas sin superar dicho proceso de selección constituye una irregularidad, que, sin lugar a dudas, lleva a equipar tales empleados a los trabajadores indefinidos no fijos. Y ello, a pesar de que accedieran a su inicial puesto de trabajo en la entidad de Derecho Privado de la que proceden, tras superar un proceso de selección. En esta dirección, actúa la diversa naturaleza de los empresarios implicados, la desigual naturaleza de los procesos de selección necesarios para prestar servicios en cada una de ellos y el diferente régimen jurídico de sus empleados. Además, a lo anterior, debe sumarse la eventual posibilidad de que no exista adecuación entre el proceso de selección inicial y el puesto ocupado finalmente en una Administración Pública.

En cualquier caso, la situación en la que quedan los trabajadores procedentes de empresas y fundaciones públicas inmediatamente después de producirse la sucesión es dable de ser calificada de transitoria, en la medida en la que la obligación que poseen las Administraciones Públicas de conseguir la eficacia en la planificación y en la gestión de los recursos humanos puede llevar a someterles a un proceso de selección en un plazo determinado, al objeto de permitirles adquirir la condición de trabajadores fijos y, derivadamente, equipar su régimen jurídico al que corresponde al personal laboral propio de las entidades de Derecho Público que ocupan la posición de empresario tras el correspondiente proceso de reestructuración. Esta solución se adecúa a las normas a las que está sometida la sucesión de empresas, en tanto en cuanto sólo prohíben que, por sí sola, la subrogación sea el motivo de cualquier cambio que perjudique a los trabajadores afectados.

Por último, debe destacarse que los empleados procedentes de empresas y fundaciones públicas podrían ser despedidos por motivos empresariales, si no superaran el proceso de selección iniciado para regularizar su situación en la Administración Pública en la que prestan servicios. La reforma de 2012 ha extendido, con ciertas especialidades, el régimen jurídico de los arts. 52 c) y 51 ET a todos los empleados del sector público; y, por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado aplicable estos preceptos a los trabajadores indefinidos no fijos, alejándose de su anterior doctrina que vinculaba las rupturas de sus contratos a la provisión en forma reglamentaria y a la amortización de sus puestos de trabajo —inclinando ambas circunstancias en las causas de extinción consignadas válidamente en los contratos de trabajo—. Afortunadamente, este giro de la jurisprudencia ha dado un paso adelante, en la prevalencia del interés privado, sobre el público, con la finalidad de equilibrar los intereses de gestión eficiente de las Administraciones Públicas y la necesaria protección de los intereses de sus trabajadores.

7. Referencias

ARUFE, A. Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal, **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, España, n. 40, p. 84-110, 2015.

- ESTEBAN, A. La amortización de plazas en la administración pública no extingue los contratos de interinos por vacante y de indefinidos no fijos. Novedades en la interpretación judicial, **Revista de Información Laboral**, España, n. 9, p. 147-164, 2014.
- LÓPEZ, J.M. *La relación laboral especial de empleo Público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*. Navarra: Civitas, 2009.
- VILA, F. Personal laboral en la administración pública: situaciones de acceso irregular y despido colectivo. **Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo**, España, n. 168, p. 269-304, 2014.

REFORMA Y TRANSFORMACIÓN ACELERADA DEL SISTEMA DE RETIRO DEL GOBIERNO CENTRAL DE PUERTO RICO

CARLOS ALÁ SANTIAGO RIVERA

El Prof. y Dr. Carlos Alá Santiago es catedrático en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Escuela Graduada de Administración Pública de la Facultad de Ciencias Sociales del Recinto de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico. Actualmente, está disfrutando un destaque académico compartido entre el Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS) de la Universidad de Castilla la Mancha (UCLM) y su Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en Ciudad Real, y el Departamento de Sociología del Trabajo III del Campus de Somosaguas de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).

Resumen

En este trabajo abordamos la reforma del Sistema de Retiro de los Empleados Públicos de Gobierno Central de Puerto Rico.¹ En el mismo, discutimos la estructura del Sistema, las causas de su crisis y los elementos característicos de la reforma. El Sistema de Retiro es una de las tres dimensiones en que se dividen los programas de bienestar social en Puerto Rico. La salubridad y el seguro social son las dos restantes y funcionan independientemente, aunque con cierta interacción. La Seguridad Social de Puerto Rico está parcialmente integrada a los programas de bienestar social de los Estados Unidos de América, lo que hace que funcione de manera diferente a la experiencia de Europa y América Latina.²

Especialmente nos interesa develar las características de la reforma del sistema de retiro más grande³, de los existentes en Puerto Rico, que fue provocada por la aprobación de la Ley Núm. 3 del de 4 de abril de 2013. Como pudimos apreciar, el Sistema ha sufrido un proceso de transformación que podríamos describir como acelerado y dirigida a

1 Este Sistema de Retiro funciona con independencia del gobierno federal y goza de autonomía financiera y administrativa. Solamente los empleados federales y los de la gran industria privada en Puerto Rico están protegidos por las leyes federales pertinentes al retiro, como es el caso de la Ley de Seguridad del Ingreso del Retiro de Empleados

2 Employee Retirement Income Security Act (ERISA, por sus siglas en inglés] 29 U.S.C. sec. 1001 et. seq. Esta ley reglamenta los planes de pensión, salud y bienestar para proteger los intereses de la inversión económica de los trabajadores y sus beneficiarios. El estatuto requiere que se informe a los participantes y beneficiarios de información financiera u otra información relacionada con los planes. La misma establece estándares de conducta, responsabilidad y obligaciones a los fiduciarios de los planes. También establece remedios apropiados cuando hay mal uso de los fondos, las sanciones disponibles y el acceso a las cortes.

3 Estableció por virtud de la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951

la disminución de los beneficios que provee. Todo ello justificado en la existencia de una crisis económica que ciertamente no es culpa de los trabajadores que cotizan en el Sistema. Los esfuerzos del gobierno de reducir su plantilla de trabajadores ha provocado inestabilidad en el Sistema. Esto añadido a la falta de una buena administración y errores del manejo de las inversiones ha colocado al Sistema cerca de un colapso financiero. El pueblo de Puerto Rico busca formas de conciliar esta realidad con el reto de ofrecer sostenibilidad al Sistema y proteger los derechos de los empleados públicos y sus pensiones.

En el trabajo identificamos y discutimos 7 causas que han motivado el déficit del Sistema de Retiro de Empleados Públicos. Éstos son las siguientes: mala planificación en la concesión de beneficios; deficiencias en la estructura de beneficios; alta incidencia de participantes por incapacidad; cambios demográficos; pobre política de inversión; reducción en la plantilla gubernamental y el retiro temprano. También, hemos analizado las contradicciones entre las actuaciones gubernamentales, la distribución de responsabilidades, los retos sociales del Sistema de Retiro y las determinaciones de los tribunales al respecto.

Summary

In this paper we address the reform of the Public Employee Retirement System of the Puerto Rican Government. In it, we discuss the structure of the system, the causes of its crisis and the characteristic elements of the reform. The Retirement System is one of the three dimensions in which social welfare programs are divided in Puerto Rico. The health and social security are the two remaining and operate independently, although with some interaction. The Social Security of Puerto Rico is partially integrated into the social welfare programs of the United States, which makes it work differently to the experience of some European and Latin American countries.

Especially, we want to reveal the reform characteristics of the larger retirement system, of those organized in Puerto Rico, that was caused by the enactment of Public Law 3 of April 4, 2013. As we discuss, the system has undergone a transformation we might describe as accelerated and directed to decreasing services. All it justified by the existence of an economic crisis that is certainly not the fault of affiliated workers in the System. Government efforts to reduce its workforce has caused instability in the system. This added to the lack of proper administration and management errors on investments, has placed a financial system near collapse. The people of Puerto Rico seeks ways to reconcile this reality with the challenge of providing sustainability to the system and protect the rights of public employees and their pensions.

In this study, we identify and discuss seven reasons that motivated the deficit of the Puerto Rican Retirement System of Public Employees. These are: poor planning in granting benefits; deficiencias in the structure of benefits; high incidence of disability participants; demographic changes; poor investment policies; reduction in the government

workforce and early retirement. We have also analyzed the contradictions between governmental actions, distribution of responsibilities, the social challenges of the retirement system and the decisions of the courts involved.

1. Introducción

Los Sistemas de Retiro de Puerto Rico son un fenómeno del sector público de la economía. Actualmente, funcionan cuatro sistemas regidos por leyes puertorriqueñas.⁴ El objeto de este trabajo es analizar la evolución del más grande de éstos, es decir, el que pertenece a los empleados de las 196 agencias que componen el gobierno central y la Judicatura. También, existen sistemas para los maestros de educación en las escuelas públicas y otro de la Universidad de Puerto Rico. El cuarto Sistema, el más pequeño, incluye a los empleados de la Autoridad de Energía Eléctrica, que es una corporación pública que funciona como un negocio privado. Este último sistema es resultado del proceso de negociación colectiva. Todos los sistemas han estado recientemente sometidos a una serie presiones, incluyendo pero sin limitarse, a enmiendas dirigidas a aumentar los requisitos exigidos para ser parte del plan y limitar los beneficios del mismo, a corto y largo plazo. En este trabajo, analizaremos la controversial reforma de la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, mejor conocida como la Ley del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico.⁵

Durante los últimos años, la Ley Núm. 447 fue enmendada en tres ocasiones: (1) por la Ley Núm. 3 de 4 de abril de 2013, (2) por la Ley Núm. 191 de 20 de agosto de 2012 y (3) por la Ley Núm. 116 de 6 de julio de 2011. La Ley Núm. 3 fue la enmienda

4 En esencia, Puerto Rico funciona administrativamente como un Estado de la Unión, tiene representación limitada en el Congreso y derecho a recibir partidas económicas de esta entidad. Sin embargo, sus poderes políticos y económicos son menores que los que disfrutaban los Estados y se le trata como un territorio no incorporado a la Unión. En fin, el archipiélago es una colonia forzada por las circunstancias de subordinación política impuestas por los Estados Unidos de América (USA por sus siglas en inglés) desde su invasión en 1898. El Congreso Federal es el poder máximo en Puerto Rico, como en cualquiera de los estados, sobre asuntos federales, aunque goza de poderes limitados en la estructura de gobierno de la Unión. La forma de gobierno en Puerto Rico, tiene algunas características particulares. Sus habitantes son ciudadanos de EUA, escogen sus gobernantes en Puerto Rico directamente, en elecciones cada 4 años, y cuando residen en Estados Unidos tiene derecho pleno a trabajar, recibir ayudas gubernamentales y participar efectivamente en las elecciones de ese país e incluso postularse para las mismas. Por otro lado, los puertorriqueños tienen una Constitución y gobierno propio, como cualquier estado de la Unión. Sin embargo, el Congreso reglamenta el seguro social y el sistema de salubridad. Esto a cambio de la cotización de los puertorriqueños en el seguro social americano y el pago de contribuciones del sector privado y los empleados federales al erario estadounidense.

5 3 L.P.R.A. secs. 761 et. seq. También ha sido controversiales las reformas aprobadas para los jueces en la judicatura y el intento fallido de reformar el sistema de retiro de los maestros del sistema de educación pública de Puerto Rico en el 2013 y el de la Universidad en el 2014. Por otro lado, la negociación colectiva del retiro de los empleados de la AEE ha enfrentado problemas y el proceso se ha alargado inusualmente por dos años. Esas reformas se han sucedido en torno a las deficiencias actuariales de los sistemas.

más significativa porque ha tenido un impacto trascendental en la cotización del retiro. El número de años necesarios para retirarse se aumentó abruptamente de 30 a 40 años, lo que impulsó a que miles de trabajadores se vieran forzados a acogerse al retiro sin haber cumplido con la edad exigida originalmente y para evitar tener que trabajar por 10 años adicionales para alcanzar el tope máximo de su cotización. Para estas personas, su retiro adelantado significó la pérdida de entre 30 al 50% del monto de sus pensiones, resultando en el virtual empobrecimiento de servidores públicos que en promedio tenían más de dos décadas de antigüedad en su trabajo.

Esta enmienda, según las autoridades gubernamentales, se justificó en la necesidad de enfrentar un déficit creciente en el balance del sistema que amenazaba con colapsarlo. En esos términos, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha determinado que los administradores de los sistemas de retiro pueden alterar el contrato que supone el mismo y lesionar las obligaciones contractuales hacia los reclamantes estimando como razonables las medidas dirigidas para preservar la solvencia económica del plan.⁶ Es decir, que el menoscabo de obligaciones contractuales por parte del sistema de retiro no debe interpretarse como la pérdida de un derecho adquirido. Esto obviamente si no se trata de juzgar los derechos adquiridos de los propios jueces, como veremos a continuación.

Parte de esa reforma, fue la aprobación de la Ley del Sub-Sistema de Retiro de la Judicatura⁷ y que fue enmendada por la Ley Núm. 162 de 24 de diciembre del 2013. En este caso, la Asociación de Jueces y un juez en particular demandaron al Estado Libre Asociado (ELA). Sus casos fueron consolidados y juzgados en el Tribunal Supremo siendo el ponente principal, en ese momento, nada menos que el propio ex - Juez Presidente del Tribunal en ese momento, hoy retirado, el Lcdo. Federico Hernández Denton. Convenientemente, éste resultó ser un beneficiario por su propia decisión. La determinación final del Tribunal, entre otras cosas, fue que la reforma le aplicara sólo a los jueces nombrados por primera vez a partir del 1ro. de julio del 2014, manteniendo inalterado el derecho de los jueces nombrados antes del 23 de diciembre del 2013 sobre sus pensiones de retiro.

Es decir, que los jueces del Tribunal Supremo fueron inconsistentes porque en su caso y para beneficio propio rechazaron una dosis de la propia “medicina amarga” que avalaron cuando el Estado determinó, de forma retroactiva y unilateral, la aplicación de la reforma impuesta por la Ley Núm. 3, supra a todos los empleados cotizantes del Sistema de Retiro del Estado Libre Asociado. En su caso, los jueces no aceptaron las enmiendas encaminadas a cambiar la fórmula que establece su pensión máxima y que aumentaba su

6 Trinidad Hernández v. ELA, 2013 TSPR 73 del 24 de junio del 2013 y Bayrón Toro v. Serra, 119 DPR 605 (1987)

7 Ley Núm. 12 de 19 de octubre de 1954, 4 LPRA Secs. 233 et. seq.

contribución.⁸ Los jueces defendieron efectivamente sus derechos adquiridos mientras socavaron los mismos para la inmensa mayoría de los trabajadores del sector público. Su error no fue la determinación en su caso sino su inconsistencia en aprobar para sí, precisamente lo contrario que al del resto de los empleados públicos del gobierno central. A éstos, se les penalizó con diez años de trabajo adicional, menos beneficios a largo plazo y se debilitó la disposición de protección a la integridad de los contratos que manda la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico y otras disposiciones de la Constitución Norteamericana.

Por otro lado, la antigua Ley Orgánica para el Sistema de Retiro para Maestros del ELA, Ley Núm. 91 de 29 de marzo de 2004, fue enmendada en dos ocasiones (Ley Núm. 240 de 13 de septiembre de 2012 y la Ley Núm. 114 de 5 de julio de 2011), antes de ser finalmente derogada por la Ley Núm. 160 de 24 de diciembre del 2013. Acción que, como veremos, estuvo en efecto por cuatro meses, dado que el Tribunal Supremo paralizó la reforma al retiro de maestros el 14 de enero del 2014, justo antes de su efectividad pautada para el 15 de febrero de ese mismo año.⁹ También, paralizó los efectos de la reforma hasta que se evaluara el caso en sus méritos. Esta reforma propuso cambios similares a los aprobados para los empleados cotizantes del sistema de retiro de los empleados del ELA e incluyó incentivos económicos para adelantar la jubilación de los maestros.

Luego de varios incidentes procesales¹⁰, el Tribunal Supremo en decisión dividida de 5 contra 3 determinó que la Ley Núm. 160, supra era inconstitucional, en particular sus artículos 3.6, 3.9, 4.3(a), 4.4, 4.6 (a) (b) y (c) y 5.1 a 5.5.¹¹ El Alto foro entendió que estos artículos “menoscaban sustancialmente y de forma irrazonable el derecho contractual que tienen los peticionarios demandantes en cuanto a su plan de retiro, conforme los términos de la Ley Núm. 91 del 2004.”¹² El Tribunal fue más allá y permitió la reforma parcial del sistema de retiro, manteniendo el carácter prospectivo del impacto de algunas de las medidas aprobadas, al declarar constitucionales varios artículos de la Ley Núm. 160, supra.

En específico, declaró constitucional la Sección 2 de la Ley donde se especificaba la derogación de varias leyes especiales que no formaban parte de la pensión de retiro: (1)

8 2014 TSPR 26, Germán J. Brau v. ELA de PR (CT-2013-21) 21 de febrero de 2014. (Consolidado con el caso Asociación Puertorriqueña de la Judicatura v. ELA.)

9 2014 TSPR 4, Asociación de Maestros de Puerto Rico v. Sistema de Retiro para Maestros de Puerto Rico. (CT-2014-2), 14 de enero de 2014.

10 2014 TSPR 31, Asociación de Maestros de Puerto Rico v. Sistema de Retiro para Maestros de Puerto Rico. (CT-2014-2, CT-2014-3), 6 de marzo del 2014.

11 2014 TSPR ___, Asociación de Maestros de Puerto Rico et. al. v. Sistema de Retiro para Maestros de Puerto Rico et. al. (CT-2014-2) y Educadores por la Democracia, Unidad, Cambio, Militancia y Organización Sindical, Inc. por sí y en Representación de sus Miembros, et. al. v Sistema de Retiro para Maestros de Puerto Rico et. al. (CT-2014-3). 11 de abril del 2014. p. 1

12 Ibid.

la Ley del Bono de Verano (Ley Núm. 38 del 2001); (2) la Ley del Bono de Medicamentos (Ley Núm. 162 del 2003) y (3) la Ley de Aguinaldo de Navidad para los Maestros Jubilados (Ley Núm. 49 de 23 de mayo de 1980). También, declaró constitucional el Artículo 4.9 que eliminó los siguientes beneficios adicionales para aquellos maestros que se retiraran a partir del 1ro. de agosto del 2014: (1) el Bono de \$100 mensuales para Medicamentos; (2) el Aguinaldo de Navidad de \$200; (3) la aportación de \$100 mensuales del gobierno para el beneficio de salud de los pensionados cubiertos por los planes de beneficios de salud bajo la Ley Núm. 95 del 29 de junio del 1963. En ese contexto, se permitió un periodo de tres meses para que los maestros ya cotizantes que no quisieran ser afectados por estas medidas pudieran retirarse. Por otro lado, el Tribunal determinó que todo aquel que entrara al Sistema de Retiro a partir del 24 de diciembre del 2013 tenía derecho a la pensión que establece la Ley Núm. 160, supra. El contenido de esa Ley se reconoce como la nueva obligación contractual que el Estado asumió con ese grupo nuevo de empleados cotizantes.

Entendemos problemático, que el Tribunal Supremo declarase inconstitucional el compromiso del ELA de aportar \$1,675 por pensionado (viejo o nuevo cotizante) al Sistema de Retiro de parte de Fondo General a partir del año fiscal 2014-2015 y de forma permanente hasta solventar el Sistema. Ésta era una medida responsable que proveía una alternativa a largo plazo para atender la realidad deficitaria que enfrenta el Sistema del Gobierno Central y que no se atendía con las reformas aprobadas. En este trabajo, elaboraremos sobre los elementos particulares de los beneficios y obligaciones de los sistemas de pensión reformados y las expectativas que deben tener los demás empleados públicos que pagan sus prospectivos sistemas de retiro.

2. El Sistema de Retiro de Empleados Públicos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico

El Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno estableció un medio económicamente solvente para proveerles una serie de beneficios a sus participantes. El mismo persigue que los empleados públicos cuenten con un ingreso que les permita vivir dignamente luego de su retiro. De esta manera se busca asegurar y proteger el futuro económico de éstos una vez cumplan con los requisitos para recibirla. El sistema trabaja como un fideicomiso que es administrado por una Junta de Síndicos. Esta entidad está compuesta por 11 miembros, 6 de éstos designados por Ley de acuerdo a la posición que ocupan en el gobierno.¹³ El Gobernador de Puerto Rico está llamado a nombrar los restantes 5 por

13 Los miembros son: El Secretario de Hacienda; el Comisionado de Asuntos Municipales; el Presidente del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico; el Director de la Oficina de Capacitación y

un término de 3 años. Éstos ejercerán sus funciones hasta que sea nombrado su sucesor y tomen posesión del cargo. Los miembros nombrados por el gobernador incluirán dos participantes del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno del Estado Libre Asociado, un participante del Sistema de Retiro de la Judicatura, un pensionado del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno del Estado Libre Asociado y un pensionado del Sistema de Retiro de la Judicatura.¹⁴ La Junta tiene la facultad de nombrar a un administrador del sistema y fijarle un sueldo. El administrador “dirigirá y supervisará toda la actividad técnica y administrativa del sistema, designará una persona que bajo su acción inmediata estará a cargo y será responsable del debido funcionamiento del sistema, adoptará las medidas necesarias para el establecimiento de un sistema de personal para su administración”.¹⁵ Éste se tiene que encargar de que el sistema mantenga invertidos todos los recursos a su disposición y que no estén siendo usados para su administración diaria.

La participación en el sistema es compulsoria para toda persona que ocupe un puesto regular de carrera, de confianza o de estatus probatorio en cualquier entidad gubernamental de la rama ejecutiva. También será compulsoria para los empleados regulares de la Rama Judicial, los Empleados de la Asamblea Legislativa y los Municipios, incluyendo a los alcaldes.¹⁶ Los miembros de la Policía de Puerto Rico, del Cuerpo de Bomberos; y los Empleados de las corporaciones públicas e instrumentalidades del gobierno son parte del mismo.¹⁷

Actualmente el sistema cuenta con tres principales fuentes de ingreso para su sostenimiento. En primer lugar, están las aportaciones individuales que hacen todos los empleados públicos participes del Sistema. A éstos, se les descuenta un por ciento de su sueldo para tener una fuente recurrente de dinero en caja. En segundo lugar, se encuentran las aportaciones patronales pagadas por cada empleado acogido al Sistema, lo que se añade a la aportación individual de cada empleado para sostener los beneficios otorgados. Como norma general el patrono aportará al Sistema un porcentaje mínimo igual al 9.275% por ciento de la retribución que regularmente reciban los participantes. En tercer lugar, el Sistema cuenta con el ingreso proveniente de sus inversiones. Una Junta de Síndicos coordina los trabajos de un administrador que está a cargo de invertir todo el dinero no utilizado para pago de los beneficios a las personas ya pensionadas. Las inversiones se

Asesoramiento en Asuntos Laborales y de Administración de Recursos Humanos (OCALARH); el Presidente Federación de Alcaldes de Puerto Rico y el Presidente de la Asociación de Alcaldes de Puerto Rico. Véase Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada 3 LPRR §761 et. seq.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Ley Núm. 3 de 13 de febrero de 1996.

17 El ingreso al Sistema es opcional para el Gobernador, los Secretarios de Gobierno, los jefes de agencias e instrumentalidades públicas, los ayudantes del Gobernador, los miembros de juntas y comisiones nombrados por el Gobernador, los miembros de la Asamblea Legislativa y para el Contralor.

pueden realizar en bonos, acciones, cuentas y certificados de ahorro, otorgar préstamos personales e hipotecarios y cobrar intereses para incrementar sus ingresos mejorando la calidad de los beneficios otorgados. En la medida que todas esas inversiones generan ganancias, serán utilizadas para financiar el otorgamiento de los beneficios a los participantes. De igual manera, las pérdidas serán absorbidas y se le añaden al déficit existente. La suma de estas tres aportaciones debe ser suficiente para cubrir los pagos de las pensiones y los beneficios que han de ser provistos a todos los participantes del sistema.¹⁸

El Sistema divide los beneficios otorgados en dos planes de pensión: uno de **beneficio definido** y otro de **contribución definida**. El plan de beneficio definido se divide, a su vez, en dos estructuras de beneficios regidas por dos leyes principales. La Ley Núm. 447 del 1951 que aplica a los participantes que comenzaron a cotizar antes del 1 de abril de 1990 y la Ley Núm. 1 de 1990 que aplica a los que comenzaron a cotizar después del 1ro de abril de 1990 y antes del 31 de diciembre de 1999. El plan de contribución definida, mejor conocido como “**Reforma 2000**”, se rige a través de la Ley Núm. 305 de 1999.¹⁹

En el 2013, se estableció el **Programa Híbrido de Contribución Definida**, que combina ambos sistemas de aportación, bajo la Ley Núm. 3 del 4 de abril de 2013 del 1 de julio de 2013, fecha en que se hizo vigente. Éste será objeto de discusión más adelante. Antes resulta imprescindible discutir la estructura de beneficios anterior a la Ley Núm. 3 para entender las últimas enmiendas.

Los empleados públicos cuyo plan de retiro se rige por la Ley Núm. 447 tienen derecho a recibir una anualidad equivalente al 1.5% de su salario promedio durante los primeros 20 años de servicio y 2.0% de su salario promedio durante los años subsiguientes. El salario promedio se computa a base de los salarios más altos durante cualesquiera 3 años de servicio acreditables. Bajo el plan, la edad de retiro mínima es de 58 años (55 años si tiene 25 años de servicio) con por lo menos 10 años de servicio y la pensión mínima que recibe cada participante asciende a \$400 mensuales. También, tienen derecho a recibir la llamada “pensión por mérito” que consiste en una anualidad equivalente al 75% de su salario promedio si cuentan con 30 años de servicio o más y con al menos 55 años, o una anualidad equivalente al 65% del salario promedio con 30 años de servicio sin requisito de edad.²⁰

En el caso de el regido por la Ley Núm. 1, sus participantes tienen derecho a recibir una anualidad equivalente al 1.5% del salario promedio durante los últimos cinco (5) años de servicio. Bajo este sistema, la edad de retiro mínima es los 65 años y la pensión

18 La condición deficitaria del Sistema se produjo porque sus insumos monetarios no eran suficientes, las aportaciones patronales inadecuadas y las existentes todavía no se han pagado. Por otro lado, el Sistema ha incurrido en una serie de inversiones no rentables.

19 La Ley aplica a los empleados públicos que comenzaron a cotizar a partir del 1ro de enero de 2000.

20 Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada. 3 LPRA §761 et. seq.

mínima que recibe cada participante asciende a \$400 mensuales.²¹ Por último, la Reforma 2000, que cubre a todos los empleados públicos que ingresaron al gobierno a partir de enero del 2000, es un plan de aportación definida que solamente depende del participante y el rendimiento que genere la alternativa de inversión que seleccione.²² Estos no recibirán un beneficio definido, porque sólo tienen derecho a recibir el dinero que han aportado durante su vida en el servicio público, más el rendimiento de dicha aportación. La aportación obligatoria que hace el participante es de 8.275% de su salario mensual y si lo desean pueden aportar hasta un máximo de 10% de éste. Entre las alternativas de inversión ofrecidas se encuentran: el ingreso fijo y la cartera de inversiones del sistema. La primera alternativa no tiene riesgos y su rentabilidad está garantizada, en la segunda los hay, por requerir la inversión en bonos y acciones, por lo que provee la oportunidad de obtener hasta un 75% de las ganancias que genere la inversión. La edad de retiro mínima bajo la Reforma 2000 es de 60 años.

3. Reformas Provocadas por la Ley Núm. 3 del 4 de abril de 2013

La Ley Núm. 3, creó un Nuevo Programa de Beneficios Híbrido, que consiste en el establecimiento de una “cuenta”, compuesta de las aportaciones individuales de cada participante del Sistema de Retiro, a partir del 1 de julio de 2013. Esta ley le aplica a todos los participantes activos, que al 1 de julio de 2013, sean parte de los cotizantes del Sistema de Retiro y a los nuevos empleado que ingrese al Sistema. El nuevo programa afecta directamente a los participantes y tiene unas implicaciones que cambian la estructura de beneficios descrita anteriormente, como resultado de las **8 enmiendas** cruciales que estableció.

En primer lugar, se transfirió a los empleados públicos que cotizaban al sistema bajo el plan de beneficio definido establecido, bajo la Ley Núm. 447 y la Ley Núm. 1, a un plan híbrido con un componente de contribución definida adicional. Esto supuso una reducción en los pagos que recibirán los que se retiren eventualmente porque se congeló la acumulación de beneficios de los empleados activos, al eliminar la adquisición de nuevos beneficios bajo el Sistema actual. Esto, respetando toda acumulación ganada por estos empleados públicos hasta el presente. De esta forma, el empleado recibirá al retirarse una pensión equivalente a lo acumulado hasta el 30 de junio de 2013 bajo la Ley Núm. 447 o la Ley Núm. 1, junto a una anualidad correspondiente a las aportaciones que hiciera a partir del 1 de julio de 2013. La Ley no afectó las pensiones que ya reciben los participantes

21 Ley Núm. 1 del 16 de febrero de 1990.

22 Santos Serrano, Yomaira. *Análisis del Sistema de Retiro de los Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Crisis, retos y alternativas*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración pública”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración Pública Roberto Sánchez Vilella. Río Piedras, 2001, páginas 80-86.

del Sistema. La misma preserva todos sus beneficios acumulados hasta el 30 de junio de 2013. Sin embargo, se eliminó la pensión por mérito bajo la Ley Núm. 447. Desde el punto de vista del gobierno esta medida fue razonable al honrar los beneficios acumulados de los empleados públicos activos mientras alivia significativamente el déficit anual futuro del Fondo General. El reto que enfrentan los empleados públicos con este tipo de plan es que no tienen la certeza de lo que van a recibir al momento de acogerse al retiro, por lo que será difícil planificar para el mismo. La congelación de los beneficios, con el cambio al nuevo plan híbrido de contribución definida, significará pérdidas sustanciales de beneficios para los futuros retirados.

En segundo lugar se aumentó la edad de retiro de una manera escalonada de tal forma que aquellas personas que estaban más cerca de cumplir con la edad requerida bajo las leyes vigentes pudieran hacerlo a una edad menor y no se vieran afectadas.²³ En tercer lugar, se dispuso un aumento en la aportación del empleado a un mínimo de 10%, del 8.275% que aportaba antes de la enmienda. En adición se eliminó la aportación patronal a favor del empleado. En adelante, la aportación iría directamente al Sistema de Retiro.²⁴

La cuarta enmienda modificó varias leyes especiales y así eliminar sus beneficios para futuros retirados. En cuanto a los actuales pensionados, dichas leyes se enmendaron para reducir algunos de los beneficios brindados. Para aquellos retirados que recibían una pensión menor a \$1,500 se hicieron las siguientes modificaciones: (1) se redujo en 30% el bono de Navidad (de \$600 a aproximadamente \$425); (2) se redujo en 50% la aportación adicional al plan médico (de un máximo de \$1,200 a un máximo de \$600 anuales); (3) se eliminó un bono de verano de \$100 y (4) se aumentó en 25% el bono para medicamentos de \$100 a \$125. La idea detrás de estas enmiendas era disponer el ahorro para sufragar parte del déficit actuarial del Sistema y así contribuir al pago de las pensiones.

En quinto lugar, se eliminó el pago global que se les hacía a los empleados públicos que se jubilaban bajo la Reforma 2000 a una anualidad que provee un ingreso mensual fijo y vitalicio a los servidores públicos. La enmienda trata de garantizar que el Sistema no tenga que desembolsar de forma súbita decenas de miles de dólares, afectando negativamente el flujo de fondos del Sistema. Por su parte, la sexta enmienda impidió el retiro de aportaciones al Sistema, excepto si en el Programa Híbrido, estos empleados hubiesen

23 A los empleados bajo la Ley Núm. 447, cuya edad de retiro era de 58 se le aumentó a 65 años. A aquellos bajo Ley Núm. 1, de 65 años se le aumentó a 67 años de edad; a los empleados bajo Reforma 2000, de 60 a 67 años de edad; y a Policías y Bomberos, que se retiraban a los 50 años (bajo Ley Núm. 447 y Reforma 2000) o a cualquier edad tras cumplir 30 años de servicio (Ley Núm. 1) se les ajustó a 58 años de edad.

24 Anualmente, la Administración del Sistema de Retiro recibirá una aportación de \$2,000 por cada pensionado. El Administrador enviará a la OGP y a cada Corporación Pública y Municipio una certificación que indique la cantidad que le corresponde de la aportación adicional. Véase Ley 3 de 4 de abril de 2013, Artículo 5- 106-107.

cotizado menos de \$10,000.00 o por menos de 5 años. Estas aportaciones se mantendrán en las cuentas del Sistema hasta que cumplan con la edad de 67 años y se solicite una anualidad. Antes de la aprobación de la Ley Núm. 3, los participantes que se separaran permanentemente del servicio público tenían el derecho a solicitar el reembolso total de sus aportaciones más los intereses devengados. En caso que el participante reingresara a trabajar en el servicio público podía reembolsarle al sistema el monto devuelto con los intereses devengados y seguir cotizando al sistema.

En séptimo lugar, se eliminó por completo la pensión por incapacidad. Bajo el sistema de retiro anterior, existían beneficios de pensión por incapacidad que incluían pagos de un 40 hasta 50% del último salario del pensionado, dependiendo de su fecha de entrada al sistema. Los beneficios bajo este tipo de pago de pensión dependían de la clasificación de la incapacidad que podría ser ocupacional o no-ocupacional. En el nuevo acuerdo, el empleado estaba obligado a comprar un seguro por incapacidad, cuyo costo sería determinado por el Administrador del sistema.²⁵ Para cubrir el costo de ese seguro, se le ofreció al participante la alternativa de utilizar parte del 3% que se le descuenta como miembros de la Asociación de empleados de Gobierno de Puerto Rico. Esto tiene el efecto de minimizar los ahorros de estas personas en la Asociación.

Por último, se determinó que los hijos y/o viudos de un beneficiario no tendrán derecho a una pensión ni una compensación por la muerte del empleado beneficiario. Bajo el sistema de retiro anterior, el cónyuge que sobrevivía al fallecido tenía derecho a recibir una pensión por razón de muerte cuyo importe podía alcanzar hasta un 50% del salario devengado, dependiendo de si la muerte era por causas ocupacionales o no-ocupacionales.²⁶ En la nueva versión, sólo tendrán derecho a que se le devuelva el exceso, si lo

25 La incapacidad ocupacional es aquella en la que el empleado que queda incapacitado para el servicio como resultado de una incapacidad por causa de su empleo o en el curso del mismo. Cuando nos referimos a pagos por razón de incapacidad no-ocupacional, se trata del pago de beneficios a los trabajadores asegurados que han perdido el ingreso económico como consecuencia de una incapacidad ocasionada por una enfermedad o lesión que no está relacionada con el empleo ni con accidente de automóvil. El beneficio por incapacidad, en ambas instancias, podía ser temporero o permanente según determinara el médico del sistema. Véase *López Echevarría v. Administración de Sistemas de Retiro* 2006 TSPR 137.

26 Si se determinaba que la muerte del empleado público se debió a razones ocupacionales y el fallecido participaba del sistema desde antes de abril de 1990, el cónyuge que le sobrevivía tenía derecho a recibir una anualidad igual al 50% del tipo de retribución que estuviere percibiendo el participante en la fecha de su fallecimiento y la misma será pagada al cónyuge durante el tiempo que durara su viudez". Si el participante ingresó al sistema luego de la enmienda ocurrida en abril de 1990 el cónyuge sobreviviente solo tenía derecho a recibir el 40% del tipo de retribución que estuviere percibiendo el participante en la fecha de su fallecimiento. Cuando un participante fallecía por razones no ocupacionales el importe del beneficio a recibir por parte del cónyuge sobreviviente era igual a 1 año de sueldo del empleado fallecido, si durante un período de 12 meses antes de la fecha de su muerte, el participante estuvo recibiendo salario. Si el participante estuviere jubilado o recibiendo pensión por incapacidad, el beneficio por muerte consistirá de la diferencia entre lo aportado y lo recibido en pensión.

hubiere, de las aportaciones acumuladas a favor del participante desde el 30 de junio de 2013 hasta la fecha de su retiro, siendo necesario restar de ese monto todos los pagos de anualidad por retiro recibidas por la persona antes de su muerte.

En conclusión, podríamos argumentar que el conjunto de estas enmiendas buscó reducir el déficit de efectivo en la caja del Sistema, así como el déficit actuarial. De esta manera, se intentaba pagar los beneficios de los pensionados mientras se aliviaba el problema presupuestario acumulada en el Fondo General, restando a éste una obligación monetaria sustancial. El problema con la Ley Núm. 3 es que su orientación a aliviar el problema presupuestario del Fondo y evitar la degradación crediticia, no consideró el impacto que esto conllevaba a la vida de los pensionados y demás empleados gubernamentales.

El plan de beneficios definidos bajo la Ley Núm. 447 y la Ley Núm. 1, suponían un sistema de ahorro que era mantenido por el patrono con un fondo donde se iban a ir acumulando una serie de activos. De manera que llegada la fecha de retiro del empleado, se le hicieran los pagos correspondientes. Esos pagos eran calculados a base de un porcentaje del salario de ese empleado, durante sus últimos años de trabajo. El patrono era el responsable de acumular los fondos necesarios para que el empleado se pudiera retirar con lo que se le prometió, cuando firmó su contrato de trabajo con el Gobierno. En este plan, tanto el patrono como el empleado aportaban directamente al fondo, el problema surgió cuando el patrono gubernamental dejó de realizar las aportaciones necesarias y correspondientes al sistema.

En el plan de contribución definida, el patrono aportaba a un fondo junto con el empleado que aportaba la otra parte. La lógica detrás de este programa era que lo que quedaba al final del camino, al retiro del empleado era lo que se le pagaría de pensión. El problema de este plan es que se asume que ambos (patrono y empleado) van a contribuir al fondo, pero como observamos a lo largo de este estudio, el patrono tampoco aportaba lo necesario y en muchas instancias todavía adeudan la totalidad de esas aportaciones al Sistema.

El plan híbrido por su parte, supone la acumulación de todos los beneficios que el empleado tenga en el Sistema, sumado a la nueva aportación que tiene que realizar, que no será menos del 10% de su salario. En este programa el patrono hace una aportación de 12.275%, que aumentará 1% anualmente.²⁷ A partir del 1 de julio 2013, todas las aportaciones pueden ser utilizadas por el Sistema para servir como fondos de inversiones en búsqueda de mejor rendimiento. El problema es que si ocurriese un desbalance en la bolsa de valores o en el negocio de inversión, el pensionado asume el riesgo, ya que los fondos arriesgados son los que aporta a su pensión. En ese sentido, este plan híbrido es

27 Estos fondos se inyectan a las arcas del sistema para aumentar sus activos, reducir su déficit y dar estabilidad al Sistema para poder cumplir con sus obligaciones.

similar a la Reforma 2000. Todas estas enmiendas fueron dirigidas a enmendar el sistema de beneficios de los empleados públicos. Sin embargo, ninguna enmienda fue realizada que cambiara la estructura administrativa del Sistema y evitar los mismos problemas que han llevado al Sistema de Retiro a la crisis fiscal en que se encuentra. Bajo este plan híbrido se creó una nueva reducción a los beneficios que recibirán los pensionados, acogidos a cualquiera de los tres planes de retiro existentes (Ley Núm. 447, Ley Núm. 1 y Reforma 2000). Bajo ninguno de esos escenarios lo propuesto garantizaba una anualidad que atendiera adecuadamente las necesidades de una persona cuando se acoge a la jubilación.

4. Doctrina e Interpretación Jurídica sobre los Sistemas de Retiro en Estados Unidos y Puerto Rico

En gran parte de los Estados Unidos, prevaleció por muchos años la teoría de que las pensiones eran concesiones y gratificaciones gubernamentales y que un empleado participante no adquiriría derecho alguno sobre las mismas.²⁸ Las pensiones eran vistas como privilegios del Estado, que éste podía alterar con entera libertad, ya que no contaban con aportación económica alguna por parte de los empleados y beneficiarios.²⁹ En caso **Pennie v. Reis 132 U.S. 464 (1889)**, del Tribunal Supremo de California, recoge la teoría en la que se fundamenta el concepto de la pensión como un privilegio. Su hipótesis es que en un sistema de retiro de participación compulsoria, la contribución del empleado al fondo no es parte de su salario, sino dinero del Estado que nunca pasa al control o dominio del participante. Por lo tanto, siempre continúa como un fondo público.³⁰ Como mencionamos anteriormente, siempre ha existido una diferenciación entre los planes de retiro compulsorios y aquellos de tipo voluntario. A éstos últimos, los tribunales le reconocen validez contractual dada la naturaleza de la relación formada entre las partes.³¹ Por esta razón, la teoría de la dádiva perdió apoyo, mientras que la teoría contractual ganó terreno entre los tribunales estatales.³²

28 Hursh, Daniel. “Vested right of pensioner to pension”. 52 A.L.R.2d 437, 442 (2011). Véase además, *Pennie v. Reis*, 132 U.S. 464 (1889); *United States v. Teller*, 107 U.S. 64 (1882); *Dodge v. Board of Education*, 302 U.S. 74 (1937); *Board of Trustees v. People*, 203 P.2d 490 (Colo. 1949); *Campbell v. Michigan Judges Retirement Bd.*, 143 N.W.2d 755 (Mich. 1966); *Board of Trustees v. Cary*, 373 So. 2d 841 (Ala. 1979); *State v. City of Jacksonville Beach*, 142 So. 2d 349 (Fla. 1962); *Board of Tr. of Pub. Emp. Ret. 7 v. Hill*, 472 N.E.2d 204 (Ind. 1985).

29 Slowinski, Kenneth. “Pensions: Public employee pension plans as contractual obligations granted constitutional protection”. 20 Washburn L.J. 169 (1980). *United States v. Teller*, 107 U.S. 64 (1882).

30 *Pennie v. Reis*, 132 U.S. 464, 471 (1889); *Board of Trustees v. People* 203 P.2d 490 (Colo. 1949). *Campbell v. Michigan Judges Retirement Bd.*, 143 N.W.2d 755 (Mich. 1966).

31 Véase Greenough, William & King, Francis. *Pension plans and public policy*. Columbia University Press, New York, 1976, página 154. Véase además, “Public employee pensions in times of fiscal distress”. 90 Harv. L. Rev. 992, 998 (1977).

32 *In re State Employeeae’s Pension Plan*, 364 A.2d 1228 (Del. 1976); *Miles v. Tennessee Consolidated Retirement System*, 548 S.W.2d 299 (Tenn. 1976); *Pyle v. Webb*, 489 S.W.2d 796 (Ark. 1973);

La teoría contractual, aplicada a los sistemas de retiro, no tiene una interpretación uniforme en la doctrina.³³ Por un lado, hay Estados que han reconocido, mediante disposición constitucional que la participación en un sistema de retiro público da origen a una relación contractual que no puede ser alterada o modificada.³⁴ Otros Estados le reconocen al pensionado un derecho adquirido sobre su pensión una vez éste se retira o cumple con los requisitos para esto. Nueva Jersey, por ejemplo, ha adoptado una posición que parte de la premisa que, aún cuando el plan sea de participación compulsoria, las contribuciones de dinero hechas por el empleado provienen del sueldo devengado, lo que le confiere al empleado un interés propietario en el fondo, aunque no así en los beneficios de la pensión.³⁵ En California, el empleado contratado comienza a desempeñarse en su puesto y adquiere un derecho de naturaleza contractual sobre su anualidad de retiro. Antes de jubilarse, ese empleado no tiene derecho a unos beneficios en particular, fijos y definidos, sólo tiene derecho a una pensión razonable.³⁶ El sistema de pensiones está sujeto a modificaciones, siempre que éstas sean razonables y estén relacionadas con el interés de proteger la integridad y solvencia económica del Sistema de Retiro.³⁷ Una vez el participante se retira y comienza a recibir el pago de su pensión, ésta no puede ser enmendada en forma que resulte en un menoscabo para el pensionado.³⁸

En Puerto Rico, el estado de derecho en materia de pensiones de retiro, fue influenciado por la decisión del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Primer Circuito en el caso *McLeod v. Fernández*, 101 F.2d 20 (1938). Hasta ese caso, el Tribunal, había establecido que una pensión concedida no confería un derecho adquirido a su beneficiario y el disfrute de la misma podía ser suspendido retroactivamente. El tribunal adoptó la teoría de que una pensión era una dádiva otorgada como acto de gracia del soberano, que no origina ninguna obligación de naturaleza contractual.³⁹ Sólo las pensiones

Christensen v. MPLS. Mun. Emp. Retire. Bd., 331 N.W.2d 740 (Minn. 1983); Smith v. City of Dothan, 188 S.2d 532 (Ala. 1966); Police Pension & Relief Bd. v. Bills, 366 P.2d 581 (Colo. 1961); State Teachers Retirement Bd. v. Giesel, 106 N.W.2d 301 (Wis. 1960); Eisenbacher v. City of Tacoma, 333 P.2d 642 (Wash. 1958); Wright v. Retirement Bd., 134 A.2d 231 (Pa. 1957); Wallace v. City of Fresno, 265 P.2d 884 (Cal. 1954); Tait v. Freeman, 57 N.W.2d 520 (S.D. 1953); Payne v. Board of Trustees, 35 N.W.2d 553 (N.D. 1948); Gossman v. State Employees, 129 N.W.2d 97 (Neb. 1964); Bayrón Toro v. Serra, 119 D.P.R. 605, 616 (1987).

33 "Contractual Aspects of Pension Plan Modification", 56 Colum. L. Rev. 251, 254-258 (1956).

34 Ibid.

35 Klam v. State, 126 N.E.2d 487 (Ind. 1955); Rockenfield v. Kuhl, 46 N.W.2d 17 (Iowa 1951); Louisville v. Bd. of Education, 163 SW.2d 23 (Ky. 1942); Spina v. Consolidated Police & Firemen's Pension Fund, 197 A.2d 169 (N.J. 1964).

36 Kern v. City of Long Beach, 179 P.2d 799 (Cal. 1947); Wallace v. City of Fresno, 265 P.2d 884 (Cal. 1954); Allen v. City of Long Beach, 287 P.2d 765 (Cal. 1955),

37 Allen v. City of Long Beach, 287 P.2d 765, 767 (Cal. 1955).

38 Terry v. City of Berkeley, 263 P.2d 833, 836 (Cal. 1953).

39 Domenech v. Junta de Pensiones, 42 D.P.R. 604, 608 (1931); Luján v. Comisión de la Policía Insular, 38 D.P.R. 58 (1928).

devengadas y no pagadas constituían un derecho adquirido.⁴⁰ En *Fernández v. McLeod*, 52 D.P.R. 899, 911 (1938), el Tribunal declaró:

[...] que si bien la Asamblea Legislativa tiene amplia facultad para enmendar las condiciones de un plan de pensiones, esta autoridad cesa una vez el empleado cumple con las condiciones necesarias para el retiro y desde que en efecto comienza a recibir la pensión, ya que entonces el empleado tiene un derecho adquirido sobre su anualidad. Además, establecemos la distinción entre los sistemas de pensiones de aportación compulsoria y los voluntarios, consideramos que de estos últimos surgían relaciones contractuales.

Esta decisión fue revocada por el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito.⁴¹ Dicho foro adoptó la teoría de que dado que el dinero del fondo nunca está bajo el control ni a la disposición del participante, éste no adquiere derecho alguno sobre el mismo, por lo que el Gobierno retiene la facultad de modificar los términos de la pensión, al grado de poder eliminarla del todo.⁴² Sentada la jurisprudencia, los Tribunales puertorriqueños se vieron forzados a reiterar que los pensionado no tenían derechos adquiridos sobre sus aportaciones.⁴³ Sin embargo, mediante decisiones posteriores, el Tribunal Supremo de Puerto Rico sentó las bases para la eventual eliminación de la doctrina tradicional, que dominó, hasta el caso de *McLeod v. Fernández*, 101 F.2d 20, 25 (1938). Una secesión de opiniones ilustra la nueva doctrina jurisprudencial.

Con el advenimiento de las democracias populares y la desaparición de los regímenes monárquicos, el fundamento jurídico de la pensión no lo constituye un acto de recompensa del soberano, sino una obligación moral del Estado. Se rechaza, pues, el carácter de donación de la pensión.⁴⁴

Las pensiones son una retribución final y bien ganada por el empleado público que honrando una vocación de servicio, en muchas ocasiones conlleva sacrificio, renuncia de bienes materiales y dedica los años fructíferos de su vida al bien común.⁴⁵

40 Escartín v. Comisión Policía Insular, 52 D.P.R. 725, 727 (1938).

41 Hasta el 1961 las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico eran revisadas por el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Primer Circuito. Véase Amadeo Murga, Antonio. "Distribution of power between federal and local courts and the rise of federalism in the Commonwealth of Puerto Rico". 20 Rev. Col. Abo. P.R. 29 (1959).

42 *McLeod v. Fernández*, 101 F.2d 20, 25 (1938); *Bayrón Toro v. Serra*; 119 D.P.R. 605, 615 (1987); *Pennie v. Reis*, 132 U.S. 464 (1889).

43 *García v. Gallardo*, 56 D.P.R. 166 (1940); *Torres v. Winship*, 56 D.P.R. 693 (1940); *Esteves v. Junta de Retiro*, 60 D.P.R. 98 (1942).

44 *Rivera v. Rodríguez*, 93 D.P.R. 21, 24 (1966).

45 *Román Mayol v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 807, 811 (1973); *Maldonado v. Tribunal Superior*, 100 D.P.R. 370 (1972); *Sánchez Nieves v. A.S.R.E.G.J.*, 116 D.P.R. 372 (1985).

Para el patrono, un plan de retiro representa un incentivo que facilita el reclutamiento y retención del personal de calidad. Con este tipo de sistema, se hace posible la renovación periódica de los recursos humanos gubernamentales, en la medida que los empleados de más edad se acogen a los beneficios de la jubilación. Desde el punto de vista del empleado, un sistema de retiro es un beneficio marginal de considerable importancia. Para muchos el Sistema significa una fuente de ingreso futuro que les permitirá a las personas disfrutar su vejez con razonable seguridad económica. El derecho a pensión de retiro por años de servicio del empleado público tiene un respetable contenido ético y moral y constituye un seguro de dignidad para el hombre o la mujer que habiendo dedicado al servicio público sus años fecundos, no debe encontrarse en la etapa final de su vida en el desamparo, o convertido en carga de parientes o del Estado.⁴⁶

Para el Gobierno, estos objetivos son particularmente significativos, ya que en muchas instancias no puede competir con los salarios que ofrece la empresa privada. Sólo si se ofrecen beneficios marginales tales como un atractivo plan de retiro, puede el Gobierno atraer personal competente, que de otra forma ofrecería sus servicios a la empresa privada.⁴⁷ Es natural que cuando alguien solicita, considera y posteriormente acepta una oferta de empleo, toma en consideración y descansa en la seguridad que le brinda el sistema de retiro que le ofrece dicho empleo.⁴⁸ Cuando una persona ingresa al servicio público acepta como parte esencial de su contrato de empleo, los términos y condiciones del plan de retiro. Es difícil argumentar que las aportaciones de un empleado al fondo de retiro no son propiedad de ese cotizante. Por el contrario, el hecho de que el empleado contribuya al fondo abona a la conclusión de que este empleado tiene un interés adquirido de naturaleza contractual.⁴⁹ El elemento definidor de este contrato se centra en el acuerdo de voluntades entre el Estado y el empleado, dirigido a producir un efecto jurídico vinculante para las partes.⁵⁰

Años después el Tribunal Supremo se apartó y aclaró que la protección contractual y el interés propietario que el empleado está recibiendo no es absoluto. Ese interés puede ceder en la medida que perjudique el poder del Estado de reglamentar para propender el bien común y proteger la solvencia y perpetuidad del Sistema de Retiro.

46 Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada. 3 LPRÁ § 761. Bayrón Toro v. Serra; 119 D.P.R. 605, 616 (1987); Véase además Román Mayol v. Tribunal Superior, 101 D.P.R. 807, 811 (1973). Rosa Resto v. Rodríguez Solís, 111 D.P.R. 89, 92 (1981). Rafael Domingo Pagán v. Administración de los Sistemas de Retiro; 185 D.P.R. 341, (2012)

47 "Contractual Aspects of Pension Plan Modification", 56 Colum. L. Rev. 251, 254 (1956); Bayrón Toro v. Serra; 119 D.P.R. 605, 617 (1987).

48 Pineman v. Oechslein, 494 F. Supp.525,539 (1980); Wright v. Retirement Bd., 134 A.2d 231 (Pa. 1957); Bayrón Toro v. Serra; 119 D.P.R. 605, 617 (1987)

49 Ibid.

50 Bayrón Toro v. Serra; 119 D.P.R. 605, 618 (1987)

En el caso *Bayrón Toro v. Serra* el Tribunal se enfrentó a enmiendas propuestas a los requisitos de elegibilidad para ser pensionado, aprobadas por la Universidad de Puerto Rico en el reglamento que administraba su sistema de retiro.⁵¹ El argumento de los perjudicados era que tenían un derecho adquirido sobre sus pensiones, dada la garantía constitucional contra el menoscabo de obligaciones contractuales y las enmiendas al mismo les contravenían y perjudicaban directamente.⁵² El Tribunal resolvió que un participante en un plan de retiro, tiene un interés propietario de naturaleza contractual protegido por la Constitución. Ese interés surge con la aportación del ingreso del empleado al sistema, independientemente de que la participación sea voluntaria o compulsoria. Una vez el empleado se ha retirado y ha cumplido con todas las condiciones para el retiro, su pensión no está sujeta a cambios o menoscabos.⁵³ Ahora bien, antes de que pueda acogerse a la jubilación, los términos del sistema de retiro pueden ser enmendados por el Gobierno siempre que las enmiendas sean razonables y con el fin de adelantar la solvencia actuarial del mismo.⁵⁴ El Tribunal Supremo dictaminó:

La solución más adecuada es aquella que nos permita armonizar, por un lado, el interés de proteger los derechos de los participantes y, por el otro, el de permitirle al Estado la libertad de adoptar cambios que garanticen la estabilidad y solvencia del sistema⁵⁵[...] Debemos tener presente que subyacente en todo sistema de retiro público está el interés primordial, tanto del Estado como de los participantes, de establecer y conservar un fondo monetario suficiente para garantizar la solvencia económica del sistema. Este es un factor importante en la relación entre el Estado como patrono y el empleado participante en lo que respecta al pago de la pensión. Dentro del contexto de esta relación, el Estado debe tener la capacidad y la flexibilidad para hacer cambios y enmiendas razonables que sean necesarias para adelantar los intereses del Sistema de Retiro y fortalecerlo tanto en sus cimientos como en sus estructuras.⁵⁶ Variaciones en condiciones y requisitos tales como años de servicio, aportaciones al fondo y

51 *Ibíd.*

52 Las enmiendas propuestas por el Consejo de Educación Superior en este caso eran: (1) fija en 55 años la edad mínima para que un participante pueda ser elegible a recibir una anualidad; (2) reduce el importe de la pensión que reciben aquellos participantes que se jubilen antes de haber cumplido 58 años, y (3) aumenta la aportación de los participantes al fondo del sistema. Las mencionadas enmiendas le eran aplicables a aquellos participantes que ingresaron al sistema después de 1ro de julio de 1978 y a los que en dicha fecha tenían acumulados menos de 20 años de servicio.

Los demandantes eran empleados del Recinto Universitario de Mayagüez y participantes del Sistema de Retiro de la Universidad de Puerto Rico. A julio de 1978, ninguno había alcanzado veinte años de servicio cotizable para efectos de la pensión, por lo que las enmiendas introducidas al Sistema de Retiro de la U.P.R. les afectaban directamente.

53 *Bayrón Toro v. Serra*; 119 D.P.R. 605, 618 (1987); *Fernández v. McLeod*, 52 D.P.R. 899, 911.

54 *Ibíd.*

55 *Bayrón Toro v. Serra*; 119 D.P.R. 605, 619 (1987).

56 *Bayrón Toro v. Serra*; 119 D.P.R. 605, 623 (1987).

edad para recibir los beneficios son esenciales para mantener el fondo en estado solvente. Esta flexibilidad es vital para que el Sistema de Retiro pueda enfrentarse a situaciones inesperadas y para que pueda también mantenerse a la par con avances en las ciencias actuariales. Reconocerle al Estado la facultad de adoptar modificaciones en los sistemas de retiro dentro de los parámetros aquí expresados, es indispensable para que estos planes puedan operar exitosamente.⁵⁷

Posterior a ese dictamen, el Tribunal hizo un análisis sobre el origen y desarrollo de la protección constitucional contra el menoscabo de obligaciones contractuales del Artículo 2, sección 7 de la Constitución de Puerto Rico. Antes de realizar un análisis de esa disposición a la luz del caso de *Trinidad Hernández v. ELA*, resulta importante hacer referencia de la opinión emitida por el Juez Asociado Señor Alonso Alonso en el caso de *Bayrón Toro v. Serra*. En su voto particular éste coincidió con la lógica arriba citada de la mayoría del Tribunal, con relación a la protección del Sistema de Retiro. Aclaró, sin embargo, que adoptar un enfoque como éste, donde se concilian intereses encontrados, no debe interpretarse como un cheque en blanco para que el Estado pueda modificar los derechos de los participantes de un sistema de retiro. Su argumentación fue la siguiente:

Los criterios de razonabilidad y necesidad del cambio para salvar la solvencia actuarial del sistema deben interpretarse restrictivamente en favor de los participantes del sistema de retiro. La política pública del Estado es fomentar servidores públicos de carrera. Para éstos, un adecuado sistema de retiro es no sólo un beneficio marginal importante, sino una seguridad de que luego de prestar servicios al Estado con grandes sacrificios personales y económicos, contarán al momento del retiro con al menos una razonable seguridad económica. Tal expectativa no debe tomarse livianamente. Hemos contado con servidores públicos ejemplares que han dedicado los mejores años de sus vidas a servirle a su país con desprendimiento, dedicación y anteponiendo el interés público a su interés personal. Tal tradición no debe debilitarse por el contrario, debe fortalecerse. El Estado y las entidades que tienen responsabilidad sobre la administración y buena marcha de los sistemas de retiro tienen sobre sus hombros una gran responsabilidad de mantener la solvencia de los sistemas de retiro y de administrarlos con debido cuidado y prudencia. El Estado no debe justificar cambios al sistema de retiro al alegar que son necesarios y razonables para mantener la solvencia económica de éste cuando la debilidad fiscal del mismo se debe al descuido y a la falta de cuidado del Estado propiamente. En el caso de autos, ello no ocurrió. Por esa razón, he dado mi conformidad.⁵⁸

Analicemos otro caso relevante.

57 Ibid.

58 *Bayrón Toro v. Serra*; 119 D.P.R. 605, 625 (1987)

5. Trinidad Hernández v. ELA y el Menoscabo de Obligaciones Contractuales

En el caso de *Trinidad Hernández v. ELA*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico entró a considerar la validez y constitucionalidad de la Ley 3 del 4 de abril de 2013, que enmendó el Sistema de Retiro de Empleados Públicos. Los hechos de este caso son muy sencillos. Ante la aprobación de la Ley 3 de 2013, varios empleados públicos recurrieron al Tribunal alegando que la misma era inconstitucional, ya que menoscababa sustancialmente el contrato laboral que el Gobierno había suscrito con ellos. Éstos solicitaron un *interdicto permanente* para detener su implementación.⁵⁹ Luego de una serie de trámites procesales en el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Apelativo, el Tribunal Supremo decidió acoger el caso y resolver la controversia en sus méritos.

En una opinión de 12 páginas, *Per Curiam*, el Tribunal Supremo sostuvo la constitucionalidad de la Ley Núm. 3 de 2013, que reformó el Sistema de Retiro de Empleados Públicos, en una votación 5-4 con los Jueces Asociados Federico Hernández Denton, Liana Fiol Matta, Anabelle Rodríguez Rodríguez, Roberto Feliberti y Rafael Martínez para conformar la mayoría. Antes de entrar en los méritos de la decisión resulta importante discutir el desarrollo e implementación de la protección constitucional contra el menoscabo contractual, para poder entonces emitir un juicio crítico sobre el análisis del Tribunal Supremo.

El Artículo 2 sección 7 de la Constitución de Puerto Rico garantiza que en el actual sistema democrático “no se aprueben leyes que menoscaben las obligaciones contractuales.”⁶⁰ En iguales términos, el Artículo 1 sección 10 de la Constitución de los Estados Unidos se expresa y prohíbe que los diferentes estados promulguen estatutos que perjudiquen las relaciones contractuales. La segunda función de esta disposición es incentivar el comercio, promoviendo la confianza y la estabilidad de las relaciones contractuales, entre personas privadas y el gobierno.⁶¹

Cuando se reclama que el Gobierno, mediante la promulgación de legislación, ha menoscabado una relación contractual, el tribunal juzgador deberá determinar si la

59 Un interdicto es una solicitud reclamando un mandamiento judicial, que ordene que una persona se abstenga de hacer o deje hacer a otra, determinada cosa. En el interdicto permanente, se insta un pleito a los efectos de que un demandado desista de realizar actos que causen daños irreparables a otra persona. En esta modalidad de interdicto es menester demostrarle al tribunal que si no se concede ese remedio inmediato, los daños van a ser irreparables e inminentes. Véase, Morales Lebrón, Mariana. *Diccionario jurídico según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. Volumen 2-A, Cincinnati Ohio. 1994, páginas 462-465.

60 Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. 2 §7.

61 Esta garantía constitucional impide que el gobierno incida adversamente sobre dos tipos de obligaciones contractuales: (1) aquellas sostenidas entre partes privadas y (2) aquellas en las cuales el gobierno sea una de las partes contratantes. *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 15-17 (1977). *Domínguez Castro v. E.L.A.*, 178 D.P.R. 1, 80 (2010).

legislación impugnada realmente tuvo el efecto de perjudicar sustancialmente la alegada obligación contractual.⁶² Para establecer si en efecto se ha perjudicado sustancialmente un contrato, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, estableció tres criterios que serán necesario probar: (1) si existe una relación contractual; (2) si un cambio legislativo ha menoscabado esa relación contractual y (3) si el menoscabo infligido es sustantivo en su naturaleza.⁶³ Al emplear el análisis señalado, hay que tener presente que la prohibición introducida en la cláusula constitucional en contra del menoscabo de relaciones contractuales no es absoluta en su naturaleza.

La prohibición no debe leerse con exactitud literal o como una fórmula matemática. La cláusula que protege contra el menoscabo de las obligaciones contractuales no se puede eliminar los poderes de reglamentar del estado [...] el Estado tiene el derecho de reservarse ciertos atributos que resultan esenciales para ejercer su poder soberano. Sin embargo, si la cláusula que protege contra el menoscabo de las obligaciones contractuales va a retener cualquier significado, la misma debe entenderse que limita la facultad del estado de infligir dichos contratos, aún en el ejercicio de sus poderes de estado.⁶⁴

El Estado puede afectar o modificar el remedio provisto por la relación contractual con la cual interviene, siempre y cuando no menoscabe derechos sustanciales.⁶⁵ Por esa razón, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha interpretado que la cláusula en contra del menoscabo de obligaciones contractuales tiene que ser balanceada con el entendimiento de que en todo contrato, el Estado siempre se reserva la autoridad para poder

62 *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 438 U.S. 234, 244-245 (1978); *General Motors Corp. v. Romein*, 503 U.S. 181, 186 (1992); *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power and Light Co.*, 459 U.S. 400, 411 (1983)

En *Domínguez Castro v. E.L.A.*, 178 D.P.R. 1, 83 (2010), el Tribunal añadió que un menoscabo contractual severo es aquel que modifica “adversamente los términos o condiciones esenciales del contrato que principalmente dieron motivo a la celebración de éste de modo que se frustren las expectativas de las partes”.

63 *General Motors Corp. v. Romein*, 503 U.S. 181, 186. (1992).

64 “The prohibition is not to be read with literal exactness like a mathematical formula. The Contract Clause cannot obliterate the police powers of the State [...] the reservation of essential attributes of the sovereign power are read into contracts as a postulate of the legal order. If the Contract Clause is to retain any meaning at all [...] it must be understood to impose some limits upon the power of a State to abridge existing contractual relationships, even in the exercise of its otherwise legitimate police power.” *Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 428 (1934); *Warner Lambert Co. v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 378, 394 (1973). *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 21 (1977).

65 El Tribunal Supremo federal ha afirmado lo anterior en los siguientes términos: “It is competent for the States to change the form of the remedy, or to modify it otherwise, as they may see fit, provided no substantial right secured by the contract is thereby impaired. No attempt has been made to fix definitely the line between alterations of the remedy, which are to be deemed legitimate, and those which, under the form of modifying the remedy, impair substantial rights. Every case must be determined upon its own circumstances.” Véase, *Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 430 (1934); *Warner Lambert Co. v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 378, 394 (1973).

legislar asuntos de seguridad y bienestar general para el pueblo.⁶⁶ Cuando se alega el menoscabo de obligaciones contractuales por parte del Estado, éste tiene que demostrar que dicha alternativa responde a un interés gubernamental importante y que la medida es razonable y necesaria para alcanzar el interés gubernamental involucrado.⁶⁷ En Puerto Rico, se adoptó este criterio adjudicativo con el caso de *Bayrón Toro v. Serra* en 1987.

En cuanto al establecimiento de los elementos de razonabilidad y necesidad de una medida impugnada, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que no procede otorgarle deferencia absoluta al juicio legislativo cuando el propio interés del Estado está en juego.⁶⁸ Lo contrario, razonó el Tribunal Supremo Federal, implicaría que la cláusula constitucional contra el menoscabo de obligaciones contractuales no proveería protección alguna y en esencia, sería letra muerta. Por tanto, el Estado debe probar en los tribunales que la medida es razonable y necesaria.⁶⁹

Un estado no es completamente libre para considerar menoscabar las obligaciones de sus propios contratos a la par con otras alternativas. Similarmente, un estado no es libre para imponer un menoscabo drástico cuando una medida evidente y más moderada servirá sus propósitos de la misma forma [...] en estos casos se requiere que el Estado demuestre que no existen medidas menos drásticas, por lo que se descarta la alegación estatal de que la selección de las alternativas disponibles en un asunto es de absoluta discreción legislativa.⁷⁰

Hay que tener presente que la garantía constitucional en contra del menoscabo de obligaciones contractuales, limita ejercicios legítimos de legislación estatal y que la existencia de un interés público importante no siempre será suficiente para contravenir tal limitación.⁷¹ La función del tribunal consiste en establecer un balance razonable entre el interés social de promover el bien común y el interés, también social, de proteger las transacciones contractuales contra la aplicación arbitraria e irrazonable de las leyes.⁷²

En el caso de **Trinidad Hernández v. ELA**, el Tribunal Supremo concluyó que la Ley que reforma el Sistema de Retiro de los Empleados Públicos es una de naturaleza económica y menoscaba sustancialmente las obligaciones del Estado, afectando adversamente las expectativas de los empleados públicos respecto a su retiro. El Tribunal entonces,

66 *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power and Light Co.*, 459 U.S. 400, 410 (1983)
Allied Structural Steel Co. v. Spannaus; 438 U.S. 234, 240-241 (1978).

67 *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 25 (1977); *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power and Light Co.*, 459 U.S. 400, 411-412 (1983).

68 Véase *Bayrón Toro v. Serra*. 119 D.P.R. 605, 620 (1987)

69 *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 30 (1977)

70 Véase Opinión Disidente del Juez Presidente Hernández Denton. *Domínguez Castro v. E.L.A.*, 178 D.P.R. 1, 83 (2010).

71 *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 438 U.S. 234, 242 (1978);

72 *Warner Lambert Co. v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 378, 395 (1973).

aplicó la doctrina constitucional que protege contra el menoscabo contractual y determinó, que la modificación al Sistema de Retiro persigue un interés importante en beneficio del bienestar general. También determinó que las medidas utilizadas por el Gobierno eran necesarias y razonables para adelantar dicho interés.⁷³ Por esa razón sostuvo su validez.

El problema principal de este caso fue la manera que se llevó a cabo el análisis para establecer los requisitos para validar una ley a la luz de esta protección constitucional. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo citó la Exposición de Motivos de la Ley 3 de 4 de abril de 2013:

Surge de la Exposición de Motivos de la Reforma del Sistema de Retiro que el legislador entendió necesario y razonable adoptar las medidas fiscales en controversia para evitar que dicho sistema colapse y que el crédito de Puerto Rico sea degradado a “chatarra” por las agencias clasificadoras. En particular, la Asamblea Legislativa especificó que para el año fiscal 2013-2014, los activos netos del sistema serán negativos [...] para el año fiscal 2018-2019, el Sistema se quedará sin fondos suficientes para cubrir el pago de sus obligaciones, entre las que se encuentra el pago de pensiones a los propios pensionados [...] Al respecto, el legislador enfatizó que las múltiples medidas aprobadas a través de los años no han logrado atajar la crisis financiera del Sistema de Retiro.

Indudablemente, de la Exposición de Motivos de la Reforma del Sistema de Retiro se desprende que las medidas adoptadas son necesarias y razonables para atender de forma adecuada la crisis financiera que atenta contra la solvencia actuarial de este sistema. Ello ciertamente constituye un interés público importante pues, al garantizar la solvencia económica del sistema, se beneficia a todos sus participantes y se atiende, en parte, la crisis fiscal que enfrenta el País en protección del bienestar de todos los puertorriqueños y puertorriqueñas [...]

La determinación de la Asamblea Legislativa en torno a las medidas aprobadas constituye un ejercicio de política pública que merece nuestra deferencia en este sistema de separación de poderes. Recordemos que debido a que las Ramas Legislativa y Ejecutiva son las llamadas a establecer e implantar la política pública del Estado, el examen judicial no se puede convertir en una evaluación independiente de la sabiduría o corrección de la legislación o actuación impugnada [...]

Las partes demandantes alegaron de forma generalizada que existían alternativas menos onerosas, sin detallar cómo éstas se llevarían a cabo y cómo asegurarían la solvencia actuarial del Sistema de Retiro⁷⁴ [...]

73 Trinidad Hernández v. ELA, 2013 TSPR 73, página 12.

74 Los demandantes incluyeron como evidencia las múltiples y extensas ponencias que hubo en vistas públicas proveyendo alternativas, incluso de la autoría de los propios auditores de la Contraloría del Gobierno de Puerto Rico, que luego se convirtió en parte demandante.

De la propia Exposición de Motivos surge que la Asamblea Legislativa consideró otros tipos de medidas para resolver el problema apremiante de solvencia que tiene el Sistema de Retiro pero concluyó que no son factibles y, en todo caso, tampoco pudieran resolver por sí solas la crisis actuarial vigente [...] Por el contrario, se requieren soluciones integradas y abarcadoras en las cuales todos los constituyentes del Sistema y todos los contribuyentes aporten a la salvación del mismo.

Por todo lo anterior, concluimos que la Reforma del Sistema de Retiro es constitucional porque, a pesar de que existe un menoscabo sustancial de las obligaciones contractuales en controversia, las medidas implantadas son razonables y necesarias para salvaguardar la solvencia actuarial del Sistema de Retiro, y no existen medidas menos onerosas para lograr ese fin.⁷⁵

Si examinamos el planteamiento y las justificaciones arriba citadas, resulta aterrante que el Tribunal sólo usa como evidencia, para justificar la decisión, la propia justificación que el Gobierno ofrece de la ley. En términos más escandalosos el Tribunal expresó que “la ley es necesaria y razonable, porque el Gobierno lo dijo”. Esto es un problema por dos razones. En primer lugar, para satisfacer el escrutinio de razonabilidad y poder rebasar la protección constitucional, el análisis del Tribunal debió ser más riguroso. Aún cuando todos los datos ofrecidos en la Exposición de Motivos de la Ley Núm. 3 de 2013 son ciertos en relación a la existencia de una crisis fiscal grave en el Sistema que atenta contra su solvencia, el Tribunal debió dar un paso adicional en su análisis y cuestionarse cómo fue que llegó a existir una crisis tan severa.⁷⁶ En segundo lugar, el razonamiento presentado se preocupa más por la solvencia fiscal del Gobierno Central, ante la amenaza de una degradación crediticia, que por salvaguardar un sistema de protección socio laboral, como es el Sistema de Retiro.

Como se argumentó anteriormente, en Puerto Rico y en los Estados Unidos de América, cuando el actor del menoscabo es el Estado, se levanta una protección adicional. Es decir, la revisión de ese estatuto debe ser más minuciosa para asegurarse que el estatuto no sea en beneficio del propio Estado. En este caso, coincide el hecho de que el expediente legislativo, el del caso y las expresiones públicas del gobierno apuntan a un interés estatal. Estamos ante un caso, donde el Estado busca su propio beneficio, es decir,

75 Trinidad Hernández v. ELA, 2013 TSPR 73; Páginas 8-12.

76 El Tribunal deberá valerse de un examen de previsibilidad a la luz de todas las circunstancias cambiantes. Una legislación que menoscabe relaciones contractuales será razonable sólo si los efectos que se pretenden mitigar no fueron previstos o intencionados por el Estado al momento en el cual contrajo la obligación afectada. Como parte del análisis concerniente a la razonabilidad y necesidad de una medida, resulta imperativo examinar si son temporeras y dirigidas a atender una situación pública de emergencia, social o económica en su naturaleza. Véase, *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power and Light Co.*, 459 U.S. 400, 415-416 (1983); *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 31 (1977); *Dominguez Castro v. E.L.A.*, 178 D.P.R. 1, 85 (2010).

la liquidez del gobierno central, sacrificando con este objetivo al Sistema de Retiro de Empleados Públicos y las pensiones que el mismo emite. La crisis del Sistema de Retiro, no es culpa de los empleados que aportan al mismo, sino del propio Gobierno que desde sus inicios, ha incumplido con la obligación legal de inyectarle fondos al Sistema para suplir cualquier déficit. Por décadas, el Gobierno contribuyó al déficit al crear leyes y fomentar conductas que lo aumentaban.⁷⁷ Es palpable través de todo el proceso de aprobación de la Ley y la justificación legal que le da el Tribunal Supremo, que el fin de la Ley Núm. 3 de 2013 no es la solvencia del Sistema de Retiro de Empleados Públicos, sino evitar una degradación del crédito de Puerto Rico y proveer liquidez económica al gobierno.

En *Domínguez Castro v. E.L.A* y en *U.S. Trust Co. of New York v. New Jersey*, se estableció que “no se sostendrá el menoscabo de una obligación contractual si la parte demandante demuestra que existen alternativas menos drásticas o severas que las que el legislador escogió para lograr su objetivo”. Los demandantes del caso alegaron la existencia de alternativas menos onerosas, entre las que se encontraban: aumentos de impuestos, la implantación de impuestos adicionales a bebidas alcohólicas y juegos de azar, medidas para mejorar la captación de los impuestos actuales y reformas al sistema administrativo del Sistema de Retiro, entre otras. Ante este panorama, resulta evidente que el análisis más acertado de esta decisión fue llevado a cabo por el Juez Asociado Estrella Martínez en su opinión disidente:

La Reforma es “la opción más drástica disponible en el arsenal legislativo del Estado, que conlleva la nefasta realidad de: (1) acelerar la decisión de jubilación o renuncia de los servidores públicos, ocasionando la erogación de fondos no previstos; (2) aumentar de manera dramática e irrazonable los años de servicio requeridos a un empleado para jubilarse; (3) reducir los beneficios de jubilación acordados cuando fue nombrado; (4) agravar la crisis económica y social que atraviesa Puerto Rico, al impedir que los empleados públicos puedan cumplir cabalmente con sus deudas contraídas, ya que al momento de jubilarse no contarán con los ingresos esperados y planificados para su jubilación; (5) limitar las opciones de los servidores públicos, quienes no gozan de alternativas con relación al disfrute de las aportaciones que realizaron; (6) promover la inestabilidad emocional, afectando así la salud y el bienestar de los servidores públicos, quienes desconocen el monto con el que podrán contar al momento de retirarse y (7) impedir que el empleado público pueda ahorrar debido a que se gravan sus fondos al aumentar sus aportaciones y requerírsele que adquieran un seguro de incapacidad y que aporten al pago de la administración del sistema.

77 Véase Opinión Disidente del Juez Asociado Estrella Martínez. *Trinidad Hernández v. ELA*. 2013 TSPR 73.

Ciertamente, el mal que hoy se le impone a los trabajadores es producto del descuido administrativo que, por décadas, el Estado ha venido arrastrando y postergando. Sin embargo, una mayoría de este Foro ha castigado al más inocente, al empleado, y ha premiado la irresponsabilidad del más culpable, el Gobierno. Con ello, ha consentido a que el Estado apunte su lanza en contra de los servidores públicos, para así poder sembrar terror, acusarlos y repartirles las responsabilidades que declinó ejercer.⁷⁸

Podríamos concluir sin resultar caprichosos que la independencia judicial es fundamental para el buen funcionamiento del estado de derecho. Es una precondition para la aplicación imparcial del derecho a toda persona e institución por igual. Es también, un componente esencial para el fortalecimiento de la sociedad. La judicatura es la encargada de salvaguardar el estado de derecho en el que la sociedad deposita su confianza. Con esto en mente, resulta necesario hacer un análisis de lo discutido.

Las decisiones jurídicas discutidas expresan la validación judicial de la política pública adoptada por el Estado. El problema con esto es el tipo de política pública que se está convalidando judicialmente. Si examinamos los hechos que motivaron las decisiones del tribunal en el caso de Domínguez Castro v. ELA y Trinidad Hernández v. ELA, podemos observar que las causas son muy similares. Desde hace unos años el mensaje gubernamental que ha estado implícito detrás de muchas de sus decisiones ha sido, que los problemas fiscales por los que atraviesa Puerto Rico son fuente de autoridad para justificar cualquier acción por parte del gobierno. Debido a esto, las últimas reestructuraciones gubernamentales han violado las salvaguardas procesales y sustantivas que cobijan a los empleados públicos y han suspendido hasta las protecciones constitucionales garantizadas a los puertorriqueños. Por ejemplo, en Domínguez Castro v. ELA, el Tribunal se enfrentó a la validez de la Ley Núm. 7 del 2009, que dio base a los despidos masivos de los empleados gubernamentales. En este caso, el Tribunal aceptó las determinaciones del Estado que sustentaron la existencia de una crisis fiscal, sin cuestionar las razones que llevaron a la misma. El Tribunal determinó que la Ley Núm. 7 fue el resultado de procesos políticos y que las consecuencias debían ser atendidas políticamente sin su intervención. En esencia, éste es un planteamiento muy sólido e igualmente abierto a evaluación. Si la sociedad no está de acuerdo con la política pública que adopta el Estado, le toca a ésta exigir de éste un cambio. El problema entonces se devela cuando el Tribunal decide abandonar este precepto e interviene en beneficio del Estado.

Un ejemplo claro de esto se evidenció en el 2010 cuando el Tribunal decidió que no se le puede privar a los ex gobernadores de Puerto Rico del beneficio de tener escolta

⁷⁸ Véase Opinión Disidente del Juez Asociado Estrella Martínez. Trinidad Hernández v. ELA. 2013 TSPR 73; Páginas 52-55.

policiaca pagada por el Gobierno. El Tribunal sostuvo que éste era un derecho adquirido y que no podía ser alterado porque estaba constitucionalmente protegido. En este caso, no hubo mención alguna de la crisis fiscal o el detrimento que estos gastos podrían tener en el Gobierno Central. La crisis económica fue tomada por buena y validada para justificar la decisión acerca de la Ley Núm. 7, no así para eliminar las escoltas. Años más tarde, nos encontramos ante un panorama muy similar. La Ley Núm. 3 de abril de 2013 encontró su justificación política y judicial en la “crisis fiscal” que atraviesa el gobierno central. Como vimos, el resultado de este caso fue el mismo que el de la Ley Núm. 7 del 2009.

La magnitud del impacto que la Ley Núm. 3 amenazaba con tener sobre los empleados públicos, requería que el Tribunal Supremo fuese más severo en su escrutinio y cuidadoso al adjudicar la controversia. También requería que el Tribunal dejara fuera de su decisión cualquier consideración política. Éste debió velar porque se respetara al menos el ámbito mínimo de protección bajo la cláusula que protege a los ciudadanos contra el menoscabo de las obligaciones contractuales. El Tribunal puso en riesgo el derecho de los individuos al punto que el mismo no fue reconocido en este caso. Este patrón de hermenéutica judicial que se ha evidenciado recientemente sienta un aterrador precedente al futuro. No se puede aceptar judicialmente que leyes que tienen consecuencias revestidas de ilegalidad e inmoralidad se justifiquen en una crisis económica. Tampoco se puede permitir las diferentes administraciones gubernamentales eliminen las protecciones ciudadanas que brinda la Constitución de Puerto Rico y demás leyes, basándose exclusivamente en una aceptación acrítica en dicha crisis. Aceptar esto es concluir que el respeto a los derechos fundamentales es relativo a la situación económica. Eso es realmente inaceptable.

6. Causas de la Crisis del Sistema

El tema sobre los beneficios que deben recibir las personas acogidas al Sistema de Retiro de Empleados del ELA siempre ha sido motivo de discusión política y controversia gubernamental. Por esta razón desde la década de los 80, el Gobierno de Puerto Rico ha estado realizando estudios y análisis actuariales acerca de los recaudos del Sistema. Todos estos estudios revelaron que el costo de la estructura de beneficios del sistema de retiro, sobrepasa sus posibilidades económicas.⁷⁹ Los últimos informes actuariales y evaluaciones financieras demuestran que la deuda del sistema ha ido en incremento

⁷⁹ Puerto Rico. Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro. *Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno: Origen, déficit actuarial y recomendaciones*. Volumen 3. San Juan, 2013, páginas 3-9.

en los pasados 10 años.⁸⁰ La misma ha aumentado de \$7.45 billones en el 2001 hasta \$25,491 billones al 2012.⁸¹

A través de los años, el Estado ha adoptado medidas legislativas para tratar de detener o al menos aminorar la pérdida de recursos y el aumento en el déficit presupuestario del Sistema. Mediante la Ley Núm. 1 de 16 de febrero de 1990, se aumentó la aportación patronal a 9.275% y la de los empleados a 8.275% y se eliminó la pensión por mérito. Posteriormente, mediante la Ley Núm. 305 de septiembre de 1999, se creó el Programa de Cuentas de Ahorro para el Retiro, conocido como Reforma 2000. Éste eliminó el sistema de beneficio definido para todos los empleados que comenzaran en el servicio público a partir del 1 de enero del año 2000 y lo sustituyó por un plan de beneficio de contribución definida.⁸² Este último es un plan de aportación definida que solamente depende del participante y el rendimiento que genere la alternativa de inversión que seleccione. Estos participantes no recibirán una pensión fija, sino el rendimiento de sus ahorros en el sistema al cumplir 60 años. Recientemente el gobierno aumentó la aportación patronal escalonadamente, comenzando el 1ro de julio de 2011 a un 10.275% e incrementando el porciento anualmente hasta llegar a una aportación patronal de 21% en el año 2021.⁸³

Además de las enmiendas a la Ley, el Estado ha inyectado sumas de dinero no recurrentes para tratar de aminorar el impacto que han tenido los desbalances en caja del Sistema de Retiro. Entre estas medidas, se procedió a la venta de acciones de la Puerto Rico Telephone Company, la venta de activos del Sistema de Retiro, la adquisición de préstamos millonarios y la emisión de bonos.⁸⁴ En este último caso, el Estado emitió

80 Ibid. página 48.

81 Puerto Rico. Administración de los Sistemas de Retiro. *Puerto Rico Government Employees Retirement System: Actuarial valuation report 2012*. Portal digital de la ASR, página 2. Disponible en: <http://www.retiro.pr.gov/files/Actuarial%20Valuations/ASR-Actuarial%20Valuation-PRGERS-2012-06-30-by%20Milliman.pdf> (consulta: el 7 de mayo de 2014).

82 Véase Ley Núm. 305 de 24 de septiembre de 1999. Véase además, *Puerto Rico's pension system: Knocking on heaven's door*. Centro para la Nueva Economía de Puerto Rico, enero 2011, páginas 1-12. Disponible en: <http://grupocne.org/2011/01/27/puerto-ricos-pension-system-knocking-on-heavens-door/> (consulta) 7 de mayo de 2014).

83 Ley Núm. 116 de 6 de julio de 2011.

84 El déficit en caja en los pasados años, fue cubierto de la siguiente manera:

1. Año 2000-2001 – Déficit de 93 Millones -Se pagó este sobregiro en el Banco posteriormente con la venta de parte de las Acciones de la Telefónica por 172 millones.
2. Año 2001-2002 - Déficit de 45 Millones - Se pagó con la venta de parte de las Acciones de la Telefónica
3. Año 2002-2003 - Déficit de 62 Millones - Se vendieron activos para el pago del mismo.
4. Año 2003-2004 - Déficit de 58 Millones - Se vendieron activos para el pago del mismo.
5. Año 2004-2005 - Déficit de 138 Millones - Se hizo un préstamo para el pago del mismo
6. Año 2005-2006 - Déficit de 60 Millones - Se hizo un préstamo para el pago del mismo.
7. Año 2006-2007 - Déficit de 199 Millones - Se vendió el Resto de las Acciones de la Telefónica por 529 Millones para el pago.

bonos de \$3,000 millones que ocasionaron pérdidas al Sistema de Retiro. No tan sólo el rendimiento de estas emisiones de bonos fue muy por debajo de lo esperado, sino que el Estado prestó como colateral al pago de la deuda las aportaciones patronales, previamente comprometidas para el pago a los pensionados. Por medio de esta emisión, se crearon unas expectativas de rendimiento de 11%, que resultaron en un rendimiento real de 4.4% para cumplir con la obligación generada para con los bonistas de 6.6%. El resultado obtenido agravó aún más el Sistema de Retiro.⁸⁵ A este paso, se estimó que el Sistema se quedará sin activos para el año 2019.⁸⁶

Todo lo antes mencionado, hay que enmarcarlo dentro de la más complicada situación fiscal por la que está pasando el Gobierno de Puerto Rico, sus Corporaciones Públicas y los Municipios. Esto es así, porque aunque son dos problemas diferentes, por un lado el problema fiscal del gobierno central y por el otro, el problema fiscal del Sistema de Retiro; los mismos van de la mano. Cuando se habla de “aportaciones patronales” en el Sistema de Retiro de Empleados Públicos, es una referencia a aportaciones que salen del Fondo General del Gobierno, ya que éste resulta ser el patrono.⁸⁷ Entender esto resulta necesario para comprender las razones que dan lugar a las enmiendas propuestas al sistema bajo la Ley Núm. 3 de abril de 2013. Actualmente el déficit del Fondo General se estimó en más de \$69,000 millones de dólares.⁸⁸ Las corporaciones públicas tienen un déficit combinado de sobre 800 millones.⁸⁹ Estos déficit presupuestarios, en combinación al problema fiscal de todos los Sistemas de Retiro en Puerto Rico, han ocasionado que el

8. Año 2007-2008 - Déficit de 240 Millones - Se pagó con la Venta de la Emisión de Bonos.

Véase Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Informe final sobre la P. de la C. 2855*. 8 de junio de 2011, página 4.

- 85 Véase, Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Primer informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 30 de junio de 2011. Véase además, Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Segundo informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 7 de octubre de 2011. Véase además, Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Tercer informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 30 de junio de 2012.
- 86 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmann, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013, página 2. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
- 87 El Sistema de Retiro de Maestros y jueces también sustraen dinero, para el pago de pensiones del Fondo General, a diferencia del Sistema de Retiro de la Universidad de Puerto Rico, o el Sistema de Retiro de la Autoridad de Energía Eléctrica; los cuales tienen fuentes independientes de pago.
- 88 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Lcda. Melba Acosta Febo, Secretaria de Hacienda del Gobierno de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan 2013, páginas 3-5. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta 7 de mayo de 2014)
- 89 Ibid. Véase además, Moody's Investors Service. *Puerto Rico adopts major pension reform and proposes sales tax expansion for fiscal 2014 budget*. mayo 2013. Disponible en: <http://www.gdb-pur.com/documents/PensionReformIssuerComment-5-15-13.pdf>. (consulta: 7 de mayo de 2014).

crédito de Puerto Rico haya sido degradado a un punto anterior al llamado nivel “chatarra” por la agencia clasificadora Moodys el 13 de diciembre de 2012.⁹⁰

Las causas que han motivado el déficit en los diferentes sistemas son variadas, pero la mayoría son compartidas por todos. Existen 7 causas principales que han contribuido al déficit del Sistema de Retiro de Empleados Públicos. Éstos son las siguientes: Mala Planificación en la Concesión de Beneficios; Deficiencias en la Estructura de Beneficios; Alta Incidencia de Participantes por Incapacidad; Cambios Demográficos; Pobre Política de Inversión; Reducción en la Plantilla Gubernamental y el Retiro Temprano.

7. La Crisis Fiscal del Sistema

Una de las principales causas de la crisis, económica y administrativa, en el Sistema de Retiro de Empleados Públicos, tiene que ver con las modificaciones que se hicieron al diseño original concebido por la Ley Núm. 447 de 15 de mayo 1951.

“[...] Los legisladores entendiendo que aumentar beneficios era una herramienta política efectiva para ellos lograr aumentar votos empezaron a aumentar beneficios y a cambiarlos para mejorar la estructura de beneficios de los pensionados”.⁹¹

El problema estriba en que no se le dio continuidad a ninguna de estas enmiendas y concesiones. Tampoco se hicieron los estudios actuariales necesarios a través de los años

90 La suma del déficit actuarial de los tres sistemas que dependen del fondo general y la deuda pública neta que depende de impuestos para su repago excede los \$64,000 millones, una cantidad que es aproximadamente 7 veces el presupuesto del fondo general de Puerto Rico. Para el año fiscal 2012 la contribución actuarial requerida para los tres sistemas que dependen del fondo general suma unos \$2,712 millones, una cantidad que es igual a 29% del presupuesto del fondo general.

Véase, Moody's Investors Service. *Puerto Rico adopts major pension reform and proposes sales tax expansion for fiscal 2014 budget*. mayo 2013. Disponible en: <http://www.gdb-pur.com/documents/PensionReformIssuerComment-5-15-13.pdf>. (consulta: 7 de mayo de 2014). Véase además: Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmann, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013, páginas 3-4. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_poncias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014). Véase además, Marxuach, Sergio. *Sistemas de Retiro: Un Problema de Fondo*. Centro para la Nueva Economía de Puerto Rico; 16 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://grupocne.org/2012/11/16/sistemas-de-retiro/> (consulta: 7 de mayo de 2014).

91 Santos Serrano, Yomaira. *Análisis del Sistema de Retiro de los Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Crisis, retos y alternativas*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración pública”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración Pública Roberto Sánchez Vilella. Río Piedras, 2001, página 80. Las declaraciones son un exerto de una entrevista realizada al Sr. Carlos Calderón, quien fue Consultor Financiero de la Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro y ex-presidente de inversiones y tesorero del Banco Gubernamental de Fomento. La entrevista fue realizada el 1 de noviembre de 2000.

para encontrar las fuentes de repago necesarias, por lo que el sistema se siguió cargando de deudas económicas que no estaban concebidas originalmente por quienes aprobaron la Ley Núm. 447. “Si se aumentan los beneficios y no se buscan las fuentes de financiamiento para pagar dichos beneficios, habrá un desbalance”.⁹² Existen estudios que demuestran que el otorgamiento de beneficios como: la pensión por mérito, la aprobación del plan de completa Suplementación, la acreditación de tiempo sin relación alguna con la carrera en el servicio público, la reducción de cinco a tres años de salarios más altos para calcular la retribución promedio, los privilegios concedidos a grupos especiales como alcaldes y legisladores, y la ausencia de una política de cobro a las aportaciones patronales vencidas, sin requerir pagos de intereses por las mismas, son algunos de los muchos beneficios legislativos otorgados, sin fuentes de repago segura para su continuidad.⁹³

Habría que considerar el impacto financiero, a corto y largo plazo, que estas enmiendas tendrían en el Sistema de Retiro y en el Fondo General de Puerto Rico, que se encarga de pagar las deudas que no puede pagar el Sistema. A manera de ejemplo, según el diseño original concebido por la Ley Núm. 447 de mayo de 1951, un participante podría recibir una compensación de 75% de su sueldo, sólo si alcanzaba los 42.5 años de servicios acreditables.⁹⁴ Sin embargo, mediante la aprobación de la Ley Núm. 123 de 5 de junio de 1973, se enmendó la Ley Núm. 447 para crear la Anualidad por Mérito, que otorgó el 75% de los beneficios de retiro con sólo 30 años de servicios acreditados y 55 años de edad. Esta enmienda se aprobó sin identificar una fuente de repago adecuada y sin llevar a cabo estudios que validaran la concesión y viabilidad de dicho beneficio. Esto ciertamente agregó una carga al sistema. Se estima que el 80% el déficit actuarial del sistema proviene de los pensionados y participantes activos de la Ley Núm. 447 que reciben una pensión por mérito bajo la enmienda del año 1973.⁹⁵ La Administración para el Sistema de Retiro ha adoptado algunas medidas para atender este tipo de problema. Se aprobó la Ley Núm. 1 de 16 de febrero de 1990, la cual entre otras cosas: (1) aumentó la edad de retiro a 65 años; (2) redujo las variables de computación de pensión de 2% a 1.5% y; (3) eliminó de manera prospectiva la pensión por mérito. Sin embargo, esto no fue suficiente y el déficit del Sistema continuó en aumento. Esto tuvo como consecuencia la aprobación

92 Ibid.

93 Pérez Aponte, Carmen. *La crisis en los sistemas de retiro a empleados y el presente y futuro de los sistemas de retiro de empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Alternativas de política pública*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración de empresas”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración de Empresas. Río Piedras, 1985, páginas 8-9.

94 Véase Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada. 3 LPRA §761 et. seq.

95 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmannn, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013, páginas 3-4. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).

de la Ley Núm. 305 de 1999, mejor conocida como la “Reforma 2000”.⁹⁶ Dicha reforma estableció un plan de aportaciones definidas donde los trabajadores contribuyen un porcentaje de su salario a su cuenta de ahorro con el Gobierno. A su vez, el sistema contribuye un porcentaje equivalente a las ganancias obtenidas de las inversiones del sistema o un interés fijo, según elija el participante. Todas estas reformas tenían la finalidad proyectada de ayudar al Sistema a reducir el déficit, sin embargo esto no se logró, ya que las mismas no han cumplido las metas trazadas. Actualmente, tenemos tres estructuras de beneficios donde participan los empleados del gobierno: (1) los empleados que comenzaron a cotizar antes del 1 de abril de 1990 y tienen derecho a pensión por mérito bajo la estructura de la Ley Núm. 447; (2) los empleados bajo la Ley Núm. 1 que comprenden aquellos que cotizaron desde el 1 de abril de 1990 hasta 31 de diciembre de 1999 y (3) los empleados bajo la Reforma 2000, que comprenden todos los que comenzaron a cotizar del 1 de enero de 2000 en adelante.

En adición a enmiendas hechas propiamente a la Ley Núm. 447, encontramos muchos otros beneficios concedidos a los pensionados para los cuales tampoco se hizo el estudio necesario ni se analizaron las fuentes de pago. Estos beneficios son otorgados mediante leyes especiales.⁹⁷ Todos éstos cuestan alrededor de unos \$212 millones de dólares al año.⁹⁸ Entre las leyes especiales se encuentran:

1. Los Aumentos a la Pensión Mínima: A través de los años la pensión mínima aumentó de \$200 a \$400.
2. Aumentos de 3% en la pensión: Los aumentos están sujetos a que haya una previa recomendación del actuario del Sistema y que la Junta de Síndicos de la ASR someta el mismo a la consideración de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico para su aprobación.
3. Bono de Medicamentos: Todo pensionado tendrá derecho a recibir un Bono para Medicamentos por la cantidad de \$100, pagadero no más tarde del 15 de julio de cada año.
4. Bono de Verano: Todo pensionado recibirá un Bono de Verano de \$100 pagadero no más tarde del 15 de julio de cada año.
5. Aguinaldo Navideño: Todo pensionado o beneficiario que no tuviese derecho como empleado del gobierno al Bono de Navidad, tendrá derecho a un

96 Véase Ley Núm. 305 de 24 de septiembre de 1999. Véase además, Marxuach, Sergio. *Sistemas de Retiro: Un Problema de Fondo*. Centro para la Nueva Economía de Puerto Rico; 16 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://grupocne.org/2012/11/16/sistemas-de-retiro/> (consulta: 7 de mayo de 2014).

97 Las leyes especiales son beneficios adicionales que reciben los pensionados y que no son parte de la estructura original de pensión del Sistema de Retiro.

98 Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de Año 2013, página 5.

Aguinaldo de Navidad, ascendente actualmente a \$600, a partir de diciembre de 2007.

6. Aportaciones al Plan médico: Todo pensionado del sistema que resida en PR tendrá derecho a recibir la aportación patronal que estuviere vigente para el plan médico de su preferencia.
7. Beneficios Adicionales por Muerte o Incapacidad: Quedan cobijados bajo las Leyes Núm. 127 de 27 de junio de 1958 y la Ley Núm. 8 de 18 de febrero de 1976. Bajo éstas, se pagan pensiones por incapacidad a empleados públicos que se lesionen total y permanentemente en servicio o en circunstancias de alto riesgo, o beneficios por muerte ocupacional en el servicio activo.
8. Otros Beneficios en caso de Muerte: Quedan cobijados bajo las Leyes Núm. 105 de 28 de junio de 1969 y la Ley Núm. 169 de 30 de junio de 1969, las cuales conceden beneficios de pensión al cónyuge supérstite y a los hijos menores o incapacitados de cualquier pensionado del Sistema.

La fuente de pago de los beneficios concedidos por las leyes especiales proviene casi en su totalidad del Fondo General o del presupuesto de otras entidades gubernamentales.⁹⁹ Por lo tanto, estos beneficios no deberían ser pagados con activos del Sistema. Sin embargo, muchas veces el Fondo General, las corporaciones públicas y municipios que tienen la responsabilidad de pagar los beneficios concedidos por estas Leyes Especiales simplemente no las pagan, causando que sea el Sistema quien tenga que incurrir en estos gastos, agravando de esta manera el déficit.¹⁰⁰

8. Deficiencias en la Estructura de Beneficios

La segunda causa de la crisis en el Sistema tiene que ver con la manera que se estructuran los beneficios y que los mismos se pagan. Desde sus comienzos, el Sistema no contó con las aportaciones adecuadas para mantener un nivel saludable de solvencia.¹⁰¹ Este sistema funciona a base de una estructura de beneficios definidos, lo que significa que el monto de la pensión a ser pagada están fijados por la ley y no dependen en ninguna manera del monto de las aportaciones que hicieran los patronos o los empleados. “La ley que creó el Sistema estableció un nivel de aportación que no estaba ligado a los beneficios

99 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmannn, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013, página 3. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).

100 Véase Puerto Rico. Oficina del Contralor. *Informe de Auditoría RF-12-03*. San Juan, 2012.

101 Puerto Rico. Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro. *Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno: Origen, déficit actuarial y recomendaciones*. Volumen 3. San Juan, 2013, página 9.

que tenía que pagar y tampoco se ajustaba a los cambios económicos o actuariales que afectaban el nivel de beneficios”.¹⁰²

Aún cuando la ley contemplaba que los patronos tuvieran que hacer aportaciones suplementarias en la medida que los beneficios aumentaban, éstas nunca se hicieron. El gobierno nunca realizó la aportación patronal recomendada por los actuarios para poder cubrir los beneficios de retiro. Esta forma de operar ocasionó que la solvencia del sistema dependiera en gran manera del financiamiento provisto por los aportes de los empleados activos y del gobierno central.

9. Alta Incidencia de Participantes por Incapacidad

La alta incidencia de participantes acogidos a beneficios de retiro por incapacidad es otro de los motivos por lo que el sistema está en medio de una crisis. En muchas ocasiones, las personas no quieren cumplir los largos años de servicio requeridos para poder retirarse. Una forma que se utiliza para adelantar el retiro es buscar un médico que les certifique una incapacidad.¹⁰³ Las personas que logran retirarse de esta manera están recibiendo beneficios que no se han pagado, es decir, sin haberse hecho las aportaciones correspondientes.¹⁰⁴ La realidad de esta situación, sumada al número de personas que necesitan ser pensionados por incapacidad o retirarse por años de servicio coloca una gran presión económica al sistema. Actualmente el sistema cuenta con 117, 865 beneficiarios y 134,566 miembros activos.¹⁰⁵ Como podemos ver la diferencia entre un grupo y otro no es significativa. De ese grupo de beneficiarios, alrededor de 31,000 personas son beneficiarias del Sistema, por motivo de su incapacidad u otras razones que no incluyen el

102 Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de Año 2013, página 4.

103 Santos Serrano, Yomaira. *Análisis del Sistema de Retiro de los Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Crisis, retos y alternativas*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración pública”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración Pública Roberto Sánchez Vilella. Río Piedras, 2001, página 83. Las declaraciones son un exerto de una entrevista realizada al Sr. Carlos Calderón, quien fue Consultor Financiero de la Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro y ex-presidente de inversiones y tesorero del Banco Gubernamental de Fomento. La entrevista fue realizada el 1 de noviembre de 2000.

104 Pérez Aponte, Carmen. *La crisis en los sistemas de retiro a empleados y el presente y futuro de los sistemas de retiro de empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Alternativas de política pública*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración de empresas”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración de Empresas. Río Piedras, 1985, páginas 8-9.

105 Puerto Rico. Administración de los Sistemas de Retiro. *Puerto Rico Government Employees Retirement System: Actuarial valuation report 2012*. Portal digital de la ASR, página 43. Disponible en: <http://www.retiro.pr.gov/files/Actuarial%20Valuations/ASR-Actuarial%20Valuation-PRGERS-2012-06-30-by%20Milliman.pdf> (consulta: el 7 de mayo de 2014). Véase además, Puerto Rico. Banco Gubernamental de Fomento. *Los números hablan por sí solos: Hay que reformar nuestros sistemas de retiro*. Portal digital del BGF, 14 de febrero de 2013, página 10. Disponible en: <http://sincomillas.com/wp-content/uploads/2013/02/Los-N%C3%BAmeros-Hablan-por-Si-Solos.pdf> (consulta 7 de mayo de 2014).

retiro tradicional, por años de servicio y edad.¹⁰⁶ Este grupo suma alrededor de un 27% del total de beneficiarios del sistema.

10. Cambios Demográficos

La expectativa de vida promedio en Puerto Rico y Estados Unidos ha aumentado a 78 años durante los últimos 60 años. Esto ha ocasionado que los pensionados reciban beneficios por una cantidad de años mayor a lo previsto originalmente.¹⁰⁷ En 1950, un año antes de la creación del sistema de pensiones de empleados públicos, la expectativa de vida de los puertorriqueños era de 59.5 años para los hombres, 62.4 años para las mujeres y 60.9 años para ambos sexos.¹⁰⁸ Los datos más reciente del Departamento de Salud sobre la expectativa de vida de la población reflejo tan temprano como el 2004 que los hombres tenían una expectativa de vida de 73.7 años, las mujeres de 80.9 años y ambos sexos de 77.2 años, lo que representa un incremento en la vida promedio de aproximadamente 16 años en comparación con la década del 50.¹⁰⁹ Esos porcentajes tienen una tendencia creciente y por lo tanto, pasados 12 años adicionales, no sería caprichoso aumentar ese porcentaje. Estos cambios demográficos alteran la relación entre participantes activos y pensionados y el aumento en la expectativa de vida obliga al Sistema a sufragar pensiones por más tiempo de lo originalmente concebido.

11. Pobre Política de Inversión

Otro de los factores que ha contribuido a la crisis del sistema ha sido el mantener una política de inversiones poco creativa y libre de controles efectivos. Esta situación permitiría que el gobierno utilizara de los fondos del Sistema para cubrir faltas presupuestarias. Podemos ilustrar un ejemplo claro, en 1975 se extrajeron \$110 millones de dólares de los fondos del Sistema que fueron devueltos en un periodo de 5 años, sin haberse pagado los intereses correspondientes.¹¹⁰ Tales situaciones han causado que el Sistema no haya tenido el dinero correspondiente para realizar buenas inversiones. La ausencia de un programa de inversión adecuado causó que los recursos del sistema no fueran multiplicados.¹¹¹

106 Ibid.

107 Trinidad, Pablo. "Vital el sistema gubernamental". *El Nuevo Día*, Puerto Rico, 14 de marzo de 1999, página 37. Véase Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de Año 2013, páginas 3-5.

108 Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de Año 2013, páginas 4-6.

109 Puerto Rico. Departamento de Salud. *Revisión a las Tasas de los Eventos vitales por los cambios en población*. San Juan, 2012.

110 Puerto Rico. Cámara de Representantes. P. del S. 1685. Exposición de Lourdes Ramos Rivera. 25 de junio de 1999.

111 Martínez, Joseph. "Officials analyze government workers retirement system". Ponencia presentada por Marcos Rodríguez Emma en el Primer Congreso de Sistemas de Retiro del Gobierno de Puerto Rico. *Puerto Rico Business Review*, Volumen 20, Núm. 3, 1995, página 3.

En el 2008, UBS actuó como consultor financiero, para la Administración de los Sistemas de Retiro en una emisión de bonos. Éstos recomendaron una serie de inversiones que eran principalmente en productos de alto riesgo.¹¹² La Administración para los Sistemas de Retiro vendió bonos para superar parte de su déficit actuarial. Dicha estrategia le causó que emitiera \$2,900 millones en deuda y los Sistemas se quedaron con una cartera perdidosa y un déficit mayor. Por medio de esa emisión de bonos, la Administración pretendía proveer más fondos al Sistema. Con el rendimiento de la inversión, se suponía que el Sistema obtendría cerca de \$10,800 millones en ingresos. Esto no se logró por la caída de la bolsa de valores en el 2008 que resultó en una reducción de un 29% en el valor de los fondos invertidos en las acciones.

Con la inyección de fondos que dejarían las inversiones, se esperaba poder cubrir la obligación actuarial hasta el 2021. Esta emisión fue la más grande realizada por el Gobierno de Puerto Rico y la primera efectuada por el Sistema de Retiro, colocándose en los mercados europeos y asiáticos. Anteriormente, el Gobierno había realizado otras emisiones de bono a través del Banco Gubernamental del Fomento e invirtió los fondos de el mercado doméstico de los Estados Unidos.

La emisión de bonos, no fue realizada conforme al patrón seguido por otras jurisdicciones, que asignaron una fuente de pago externa para pagar el servicio de la deuda. Por el contrario, en Puerto Rico la emisión se estructuró como una deuda del mismo Sistema y donde las aportaciones patronales iban a ser la fuente de repago de los bonos. Como consecuencia de la referida emisión, el Sistema de Retiro está obligado hoy a pagar alrededor de \$6,000 millones en intereses, más el principal de \$3,000 millones con las aportaciones patronales al fondo de retiro, que son la única fuente de ingreso para el pago de los beneficios a los pensionados.¹¹³ Tremendo negocio, no para los cotizantes y patronos, sino para los banqueros.

12. Reducción a la Plantilla del Gobierno

La crisis del Sistema de Retiro fue agravada por la reducción masiva en la plantilla de empleados gubernamentales. Tal acción resultó en una reducción masiva de nómina y fue producto de la aprobación y ejecución de la Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico, mejor conocida como la Ley Núm. 7 de 2009. Esta ley significó un aumento

112 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. Ponencia de la Federación del Trabajo de PR-AFL-CIO, la Central Puertorriqueña de Trabajadores, la Central Alianza Laboral y la Asociación de Maestros de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888. San Juan 2013, páginas 9-11. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).

113 Véase, Exposición de Motivos de la Ley Núm. 3 de 2013, páginas. 5-8.

inesperado de gastos en la Administración de Sistemas de Retiro por el desembolso de las pensiones y la devolución de las aportaciones de los empleados que se acogieron al retiro voluntario o que fueron cesanteados. La Administración desembolsó millones de dólares en la devolución de las aportaciones a los cesanteados y los que renunciaron voluntariamente.¹¹⁴ Esto resultó más complicado ya que el efecto de la ley no fue algo que terminaría el año de su aprobación, sino que tiene un efecto a perpetuidad para el Sistema.

El Gobierno logró un ahorro en los gastos de nómina porque no tiene que pagar ya ese sueldo, pero el Sistema tendrá que pagar a esos empleados su pensión hasta su muerte. El plan trazado por la Ley Núm. 7 fue reducir la nómina gubernamental y ahorrarle dinero al Fondo General. Al mismo tiempo, tuvo el efecto de que el Sistema de Retiro se viese obligado a realizar mayores desembolsos porque hay más personas pensionadas. Por otro lado, hay menos ingresos porque estas personas que fueron cesanteadas o que se retiraron voluntariamente, al igual que los patronos, dejaron de emitir sus respectivas aportaciones al Sistema de Retiro.

13. Ventanas de Retiro Temprano

La última causa que contribuyó a la crisis dentro del Sistema de Retiro es la legislación que establece el retiro temprano. El gobierno comenzó a promover los programas de retiro temprano en el 1994 con el fin de reducir el tamaño de la plantilla laboral y ganar votantes para las elecciones.¹¹⁵ Esta legislación redujo temporariamente los requisitos mínimos necesarios para que un empleado se pudiese acoger a una jubilación. Las referidas ventanas de retiro temprano otorgaban casi los mismos beneficios que tendría una persona que hubiese trabajado todos los años requeridos por ley. Es cierto que estas medidas redujeron los gastos de nómina, partida que representa una porción sustancial del gasto del Fondo General, pero a la vez el auspiciado retiro temprano redujo los ingresos al Sistema causando una disminución proporcional en las aportaciones patronales. La acción legislativa hizo daño a la estabilidad económica del Sistema. Esto porque el retiro ocurre antes y la cantidad de dinero que se recibe para pagar esas pensiones es menor a la programada”.¹¹⁶ Tan pronto un empleado cesa sus labores, el gobierno deja de aportar las contribuciones patronales correspondientes a esa persona. Sin embargo, la persona recibe

114 Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmannn, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).

115 Santos Serrano, Yomaira. *Análisis del Sistema de Retiro de los Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Crisis, retos y alternativas*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración pública”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración Pública Roberto Sánchez Vilella. Río Piedras, 2001, página 83.

116 Ibid.

un beneficio típicamente igual o mayor al que hubiese recibido si se hubiese quedado hasta la fecha de retiro original.

Si el gobierno no hace las aportaciones correspondientes al Sistema para cubrir el déficit en las aportaciones causadas por el retiro temprano, se produce, con relación a la persona que se retiró de forma temprana, una deuda igual o más alta a la esperada originalmente, con unos ingresos menores para cubrirla.¹¹⁷

Desde el 1994, se han implantado 21 ventanas de retiro temprano, siendo la más reciente la implantada por la Ley Núm. 70 de 2 de julio de 2010. A manera de ejemplo, el Apéndice Número 7 ilustra los beneficios concedidos por el gobierno mediante la utilización del retiro temprano para el año 2010.

“El problema fundamental de estas ventanas de retiro temprano fue que no lograron el objetivo de reducir el déficit total del gobierno debido a que: (1) las plazas dejadas por esos empleados fueron ocupadas por nuevos empleados y (2) se les ofreció planes de pagos a los patronos gubernamentales y algunas de estas entidades no cumplieron”.¹¹⁸

Podríamos concluir que todas las razones discutidas han fomentado los problemas con el Sistema a través de los años y en menor o mayor forma, eran conocidas por el Gobierno. Tan conocida era esta información por parte del Estado que algunas de estas razones sirvieron de base para justificar la aprobación de la Ley Núm. 3 de 4 abril de 2013.¹¹⁹ El déficit actuarial y las razones del mismo habían sido señaladas desde la década del 50, mediante informes de auditoría emitidos por el Contralor de Puerto Rico y por la Administración de los Sistemas de Retiro. Como se discutió anteriormente, se han hecho intentos por corregir los problemas del sistema de retiro, pero los mismos no han dado resultado. Entre las enmiendas del 1990, del 1999 y la del 2013, hay muchos años de diferencia y acumulación de problemas que han agravado innecesariamente la situación. En adición, no existe reciprocidad entre una medida y la otra como para concluir que hubiese existe un plan definido para resolver todos los problemas antes discutidos. Visto de esta manera, esta enmienda por sí sola tiene muchas probabilidades de fracasar porque meramente resulta ser la continuación de un proyecto político sin un plan definido y un rumbo establecido.

14. Conclusiones

A lo largo de este estudio, hemos discutido los problemas fiscales y administrativos, por los que ha atravesado el Sistema de Retiro de Empleados Públicos de Puerto Rico

117 Véase Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de Año 2013, páginas 5-6.

118 Exposición de Motivos, Ley Núm. 3 de 4 de abril de 2013, páginas 5-6.

119 Véase Exposición de Motivos Ley 3 de 4 de abril de 2013, páginas 1-13.

desde su creación. También describimos las razones que motivaron su reforma en el 2013. Al 30 de junio de 2011, la cobertura actuarial del Sistema de Retiro era de 6%. Eso significa, que el Sistema contaba con 6 centavos de cada dólar necesario para pagar las pensiones de los empleados públicos. La situación era tan grave que los activos netos del Sistema se agotarían para este año si no se tomaban medidas urgentes. Si eso ocurriera sería obligación del Fondo General del Gobierno de Puerto Rico pagar todas las pensiones y beneficios adeudados.

Como vimos, esto a su vez tiene repercusiones y problemas para todos los puertorriqueños. En primer lugar, si los recursos del Fondo General son utilizados para pagar las pensiones, se afectarían los demás servicios del gobierno. En segundo lugar, la situación fiscal del Fondo General no es mejor a la del Sistema de Retiro. Este tiene un déficit de más de \$2,000 millones. En la medida que el Fondo General asigne mayores aportaciones al Sistema de Retiro de Empleados Públicos, menos dinero tendrá para atender el resto de las necesidades de la sociedad.

Todo esto, como argumentamos, ha tenido un impacto directo sobre el crédito de Puerto Rico. El 13 de diciembre de 2012, la agencia clasificadora Moodys degradó el crédito de Puerto Rico a un nivel por encima de chatarra, mencionando como parte de sus razones para la degradación la situación en los Sistemas de Retiro. El 21 de febrero de 2013, la agencia clasificadora Fitch hizo lo propio con similares alegaciones en cuanto a los problemas en los Sistemas de Retiro. Sabemos que éstos fueron una de las razones principales de dicha determinación.

Durante toda la investigación y luego de la revisión de literatura seleccionada, no hemos encontrado mención alguna donde se justificara el porqué esperar tanto para tomar acciones y para resolver el problema de flujo de efectivo o la pérdida desmedida de recursos fiscales del Sistema de Retiro. De hecho, el Gobierno lleva décadas estudiando los problemas del Sistema. Prueba de esto son las decenas de informes de diferentes agencias gubernamentales, donde se señala que el Sistema de Retiro se afectó por las aportaciones inadecuadas, que no estaban pareadas con los beneficios que se pagarían y la falta de proyección de los cambios económicos o actuariales que afectan a éstos.

Asimismo, destacamos una serie de leyes aprobadas entre el 1960 y el presente que enmendaron el sistema y porque concedieron beneficios adicionales, tuvieron el efecto de debilitar las finanzas del sistema, al no asignar fondos adicionales para pagarlos. A esto hay que añadirle que el gobierno nunca ha hecho la aportación recomendada por los actuarios para cubrir los beneficios del retiro. En adición, los programas de retiro temprano para reducir la plantilla laboral, tuvieron el efecto de reducir los ingresos al Sistema. Todo ello, unido a los cambios en la expectativa de vida de los participantes y los programas de préstamos conferidos a los beneficiarios, han tenido el efecto de quebrantar la salud fiscal del Sistema de Retiro.

Para resolver los problemas con el sistema de retiro hay que entender que sus problemas se encuentran en dos frentes diferentes. Por un lado, el **plano económico**, el Sistema fue deficitario desde su creación. A eso, hay que añadirle que las aportaciones al Sistema nunca han estado pareadas con los beneficios que se desembolsan. Las aportaciones que tendrían que hacer los empleados públicos y el gobierno, como patrono para mantener los beneficios de este Sistema, previo a la aprobación de la Ley Núm. 3 de 2013, son totalmente incongruentes con la capacidad financiera de éstos. Esto no quiere decir que ahora, luego de la enmienda, las aportaciones sean suficientes para cubrir la deuda. Como hemos visto, las enmiendas al Sistema, no hacen nada para disminuir la deuda actual del mismo. En esencia las mismas solo disminuyen los gastos futuros al sistema, al haber reducido los beneficios.

Por el otro, está el **plano administrativo** señalamos los siguientes problemas: (1) la falta de proyección económica, (2) la falta de cobro de deudas, (3) las malas inversiones, (4) la aprobación de ventanas de retiro temprano, (5) la falta de fiscalización de personas, incapacitadas o fallecidas, que continúan recibiendo beneficios sin ser elegibles, (6) la aprobación de préstamos sin fuentes de repago confiables y (7) la falta en la continuidad de proyectos. Ninguno de esos problemas es de carácter económico, aún cuando ciertamente acarrear consecuencias económicas severas.

Finalmente, hay que aceptar que el destino del Sistema de Retiro está atado al del Gobierno de Puerto Rico y el Fondo General. Esto suena obvio, pero no lo es. El gobierno no tiene los recursos necesarios para cumplir con todas las obligaciones que ha contraído. Las agencias gubernamentales compiten entre sí por una cantidad limitada de recursos, que no son suficientes para satisfacer todas las necesidades existentes. Estas obligaciones no se van a resolver con trucos legales o de contabilidad, cosa que ha sido uno de los constantes problemas en esta área. Por años, los partidos políticos han estado culpándose de los diferentes desbalances y problemas de la administración del Sistema, pero ninguno ha presentado la verdad a los cotizantes, lo que ha causado una desconfianza y un descontento general.

Sin duda, la reforma estructural del Sistema de Retiro era necesaria y la Ley Núm. 3 llegó con atraso y de forma disonante tratando de resolver aceleradamente lo que requería un proceso consensado del país y sus fuerzas políticas. El Gobierno tardó demasiado tiempo en atender el problema con seriedad. No se trata de que éste sea el único responsable de los problemas del Sistema, de hecho ni siquiera se trata de delegar culpas porque con eso no se logra nada. Lo importante era encarar el problema como país y encontrarle una solución al mismo a largo plazo, sin improvisaciones y politiquerías de conveniencia. Se necesitó la degradación del crédito de Puerto Rico para poner en marcha una reforma que por su contenido ha trastocado el futuro de miles de puertorriqueños. Debido a las circunstancias y la premura del problema, las medidas tomadas por el gobierno podrían

ser en efecto la mejor manera de enmendar el sistema. Ahora bien, el balance de la reforma se inclinó a salvar las finanzas del país y eso, por sí sólo no salva al Sistema. Ciertamente, los efectos económicos de la decisión de enmendar el sistema de retiro, de la forma que se hizo, son enormes y sus consecuencias se materializan cada día.

En términos políticos, cualquier decisión que afecte negativamente los derechos de los empleados públicos resulta antipática. El problema fundamental del sistema de retiro es que desde su establecimiento en 1951, las aportaciones tanto de los empleados como de los agencias no fueron determinadas actuarialmente. La falta de previsión ha resultado en que una ausencia de equivalencia entre los beneficios otorgados y las aportaciones realizadas. Por tanto, muchos pensionados reciben beneficios más altos de los que tendrían derecho a recibir si el sistema hubiera sido diseñado y administrado adecuadamente. Estas personas no tienen la culpa y pagaron por décadas las aportaciones que se les impuso. Ahora no se les puede decir que simplemente no hay dinero para pagar las pensiones. A esta situación hay que añadirle dos problemas adicionales. En primer lugar, los beneficios recibidos por los participantes acogidos al Sistema de Retiro no han sido enteramente cotizados por éstos, como son los beneficios concedidos mediante leyes especiales. Eso no niega, que las leyes especiales otorgando el bono de navidad, el bono de verano, el bono de medicamentos, y otros similares no sean muestra de justicia social o que no fueran necesarios. El problema es que su financiamiento ha caído en manos del Sistema equivocado, ya que no puede sostener esta carga económica. Mayor gravedad se le puede adscribir al gobierno que no consideró el costo social de su creatividad legislativa impregnada de justicia proselitista, sino que nunca cumplió su parte, realizando las aportaciones que le correspondían, lo que resulta ser la causa principal de la merma sustancial de los ingresos del Sistema.

Moralmente hablando, existen otras consideraciones de envergadura distinta. Miles de empleados públicos, muchos de éstos con familias que mantener, planificaron su retiro contando con una serie de beneficios que les fueron arrebatados de un plumazo luego de muchos años de trabajo en el servicio público. Esto nos lleva a cuestionarnos, no necesariamente la legitimidad de la enmienda, sino más bien su corrección. Recortarle beneficios a los pensionados implica afectar a un grupo social de edad avanzada y empobrecido, precisamente porque muchos ya no pueden trabajar por distintas razones, incluidas la edad o la incapacidad. La Ley Núm. 3 de 2013 y su convalidación jurídica afecta al menos 135,000 empleados activos sin contar los ya retirados. Sin duda, la magnitud del problema de la crisis y los retos económicos del gobierno son evidentes. Sin embargo, la obligación y responsabilidad del Estado frente a los pensionados no debe ser trivializada. En momentos de crisis fiscal, el Estado tiene la facultad y la obligación de diseñar y adoptar los mecanismos para solventar sus problemas económicos, para sacar el país a flote. Esto no se puede conseguir violentándole los derechos y exigiendo sacrificios

al mismo grupo, los empleados públicos. De forma especial, nos referimos a los que sirvieron toda su vida y esperaban que sus contratos de trabajo fueran honrados tras arduos años de labor.

Como vemos el problema del Sistema de Retiro es sumamente complejo. Las enmiendas aprobadas por la Ley Núm. 3 de 2013, en el marco de lo económico, pueden contribuir a aminorar el gasto deficitario del Sistema, de manera que el mismo no contraiga deudas nuevas. El problema, sin embargo, es más complejo y propone el interrogante de cómo se puede solventar el sistema de retiro de forma que cumpla con su rol original. Para lograr esto es necesario adicionarle recursos nuevos y pagar las deudas ya existentes. La realidad es que no existe una “solución” única a la hora de modernizar y reformar el Sistema. Las enmiendas adoptadas mediante la aprobación de la Ley Núm. 3 se quedan cortas en su alcance económico, hacen daño a miles de servidores públicos y es necesario formular un plan integral y novedoso de política pública a nivel social y económico.

La Ley Núm. 3 de 2013 por sí sola no es la solución. Ésta trabaja a base de una reducción de gastos, cortando los beneficios. Sin embargo, la solución a los problemas del sistema de retiro tienen que ser más abarcadoras y sensibles a su propósito social original. En primer lugar, no se puede seguir aumentando la edad de retiro a los participantes sin un plan. Esto no quiere decir que aumentar la edad de retiro no es necesario. Sin embargo, los ajustes tienen que ser responsables, de manera que se pueda mantener una estructura de beneficios definidos, con cotizaciones más altas, que las que pueden otorgar un plan de contribución definida. En la alternativa, se podrían tratar de estructurar los beneficios de manera que se le dé prioridad a la prevención de la pobreza, conservando una edad de jubilación más baja con unos beneficios ajustados de igual forma. Una combinación de ambas alternativas también es una opción, de manera que los cambios sean menos drásticos para el pensionado.

Lamentablemente, las transformaciones recientes a todos los sistemas de retiro en Puerto Rico han sido parte de las iniciativas para reducir el número de empleados públicos, a través de despidos masivos, la promoción del retiro temprano e inclusive la incentivación agresiva para propiciar la jubilación. Un ejemplo de esta política fue la aprobación de la Ley del Programa de Incentivos, Retiro y Readiestramiento, mejor conocida como Ley Núm. 70 de 2 de julio de 2010.¹²⁰ También, se han aprobado ventanas de retiro temprano voluntario para los empleados desde el 2006.¹²¹

120 Esta Ley estableció un programa mediante el cual los empleados elegibles pudieran retirarse o separarse voluntariamente de su empleo en el Gobierno de Puerto Rico a cambio de una pensión anticipada, un incentivo económico u otros beneficios. La ley proporcionó tres alternativas: 1) el Plan de renuncias voluntarias, 2) el Plan de retiro temprano incentivado y 3) el Plan de retiro incentivado.

121 En la Autoridad de Puertos (Ley Núm. 27 de 17 de junio de 2013); el Departamento del Trabajo y Recursos Humanos, DTRH (Ley Núm. 136 de 29 de julio de 2008); la Administración de Derecho

El patrón de las reformas, muchas de éstas laborales, incumbe cambios dramáticos que han provocado que miles de empleados públicos hayan adelantado su retiro para no ser penalizados por las aceleradas reformas que han impuesto mayores contribuciones, más años de cotización y menores beneficios. Los trabajadores han tomado estas decisiones sin mayor evaluación, sin la información necesaria y estando motivados por la histeria creada por la enmienda a los sistemas. Éstos son cambios bruscos, violatorios de los derechos de empleados y empleadas, a quienes ahora se le niegan beneficios que formaban parte de los contratos de retiro que suscribieron a largo plazo. Estos cambios no los recomienda la Organización Mundial de la Salud (OMS), ni la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Tampoco lo hacen otras organizaciones internacionales, porque los cambios unilaterales relacionados con la permanencia o expulsión de una persona del mercado de trabajo tiene efectos colaterales en la salud. De la experiencia internacional debemos aprender para no repetir errores con los demás Sistemas de Retiro, incluyendo el de la Universidad de Puerto Rico. También, hay que permitir que la negociación colectiva se lleve a cabo sin intervención externa a las partes, para proteger el sistema de retiro de los empleados de la AEE.

Es cierto que la crisis de los sistemas de retiro requieren acción gubernamental. Sin embargo, la ausencia de un actuar responsable por mucho tiempo no justifica que en la actualidad se esté improvisando aceleradamente ante las crisis. Ciertamente, la Opinión del Tribunal en torno al sistema de retiro de los maestros del sector público ha reducido la celeridad de la tendencia de adopción de cambios bruscos en las condiciones de los sistemas de retiro, por parte del gobierno de Puerto Rico. No se ha detenido, sin embargo, la expulsión prematura de profesionales cotizantes en los Sistemas. Esto, en parte, nos aleja de las prácticas en otras latitudes que siguen las recomendaciones de organismos internacionales y que proponen la incentivación para que empleados continúen trabajando o participen de programas especiales donde se combine la jubilación parcial, el trabajo y el adelanto de parte de la pensión. Estas medidas ponen de manifiesto un interés de posponer paulatinamente el retiro de los empleados en aras de buscar mayor estabilidad de los sistemas.

15. Referencias

A. Libros

1. Trías Monge, José. *Historia constitucional de Puerto Rico*. Editorial Universitaria, Río Piedras, 1982.

al Trabajo del DTRH (Ley Núm. 275 de 13 de agosto de 2008); la Junta de Calidad Ambiental de Puerto Rico (Ley Núm. 244 de 9 de agosto de 2008). Anteriormente, ya se habían establecido para: los empleados la Autoridad de Tierras de Puerto Rico (Ley Núm. 59 de 12 de mayo de 2008); de la Compañía de Turismo (Ley Núm. 273 de 21 de diciembre de 2006); del Banco Gubernamental de Fomento (Ley Núm. 188 de 12 de diciembre de 2007); la Compañía de Parques Nacionales (Ley Núm. 70 de 13 de julio de 2007); la Compañía de Comercio y Explotación (Ley Núm. 66 de 13 de julio de 2007).

2. McGill, Dan, Kyle Brown, John J. Haley, Sylvester Schieber. *Fundamentals of private pensions*. Oxford University Press, New York, 9na edición, 2010.
3. Achenbaum, Andrew. *Social security visions and revisions*. Cambridge University Press, New York, 1986.
4. Clark, Robert & Lee A. Craig & Jack W. Wilson. “A history of public sector pensions in the United States”. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2003.
5. Schieber, Sylvester. *The predictable surprise: The unraveling of the U.S. retirement system*. Oxford University Press, New York, 2012.
6. Pierson, Paul. *Dismantling the Welfare State?* Cambridge University Press, Nueva York, 1994.

B. Revistas

1. Martínez, Joseph. “Officials analyze government workers retirement system”. Ponencia presentada por Marcos Rodríguez Emma en el Primer Congreso de Sistemas de Retiro del Gobierno de Puerto Rico. *Puerto Rico Business Review*, Volumen 20, Núm. 3, 1995.
2. Helfeld, David. “La Política Laboral Constitucional del 1952: Sus Principios Esenciales y los Factores que la Influenciaron”. 72 Rev. Jur. U.P.R. 143 (2003).
3. Hursh, Daniel. “Vested right of pensioner to pension”. 52 A.L.R. 437 2d. (2011).
4. Martínez Noval, Luis & Pilar Saenz de Jubera. “El futuro ya no es lo que era: Las proyecciones de la Seguridad Social”. *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, número 79, 2009, páginas 1-36.
5. Slowinski, Kenneth. “Pensions: Public employee pension plans as contractual obligations granted constitutional protection”. 20 Washburn L.J. 169 (1980)
6. Seburn, Patrick. “Evolution of employer-provided defined benefits pensions”. *Monthly Labor Review*, diciembre 1991, páginas 16-23.

C. Tesis

1. Santos Serrano, Yomaira. *Análisis del Sistema de Retiro de los Empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Crisis, retos y alternativas*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración

- pública”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración Pública Roberto Sánchez Vilella. Río Piedras, 2001.
2. Leonor Meza, Sandra. *Causas que Impiden a los Trabajadores Acceder a la Jubilación Otorgada por el IGSS*. Estudio de Investigación publicado para obtener el grado académico de “abogado y notario”. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala 2013.
 3. Pérez Aponte, Carmen. *La crisis en los sistemas de retiro a empleados y el presente y futuro de los sistemas de retiro de empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Alternativas de política pública*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración de empresas”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración de Empresas. Río Piedras, 1985.
 4. Rafols Méndez, Orelí. *El sistema chileno de pensiones: Modelo de contribuciones definidas: Una opción para restablecer el Sistema de Retiro de Puerto Rico*. Estudio de Tesis publicado para obtener el grado académico de “maestro de administración de empresas”. Universidad de Puerto Rico, Escuela Graduada de Administración de Empresas. Río Piedras, 1997.

Apéndice 1

Leyes de los Sistemas de Retiro y sus Enmiendas

1. Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951.
 - a. Estableció El Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
2. Ley Núm. 1 de 16 de febrero de 1990.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de 1951; para reducir los beneficios que recibirán los empleados públicos, mientras que al mismo tiempo aumenta las aportaciones patronales y las aportaciones que hace el empleado.
3. Ley Núm. 305 de 24 de septiembre de 1999.
 - a. Creó el “Programa de Cuentas de Ahorro para el Retiro”. Este programa consiste en el establecimiento de una cuenta de ahorro para cada participante del Sistema que entre a formar parte del mismo.
4. Ley Núm. 3 de 4 de abril de 2013.
 - a. Creó un Nuevo Programa de Beneficios Híbrido, el cual consiste en el establecimiento de una “cuenta”, compuesta de las aportaciones

individuales de cada participante del Sistema de Retiro, a partir del 1 de julio de 2013.

5. Ley Núm. 72 de 20 de junio de 1956.
 - a. La “*Ley de Programa de Viajes Culturales*”, autorizó a la Junta de Síndicos del Sistema de Retiro de Empleados Públicos a invertir las reservas de estos sistemas en préstamos para viajes culturales a sus participantes.
6. Ley Núm. 127 de 27 de junio de 1958.
 - a. La “*Ley de Pensiones por Muerte en el Cumplimiento del Deber*”, proveyó para el pago de pensiones a los miembros de la Policía, del Cuerpo de Bomberos, de la Guardia de Penales, de la Guardia Nacional y a sus beneficiarios beneficios por defunción.
7. Ley Núm. 95 de 29 de junio de 1963.
 - a. La “*Ley de Beneficios de Salud para Empleados Públicos*”, Estableció un plan de beneficios médicos y de beneficios suplementarios para los empleados del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
8. Ley Núm. 2 de 26 de marzo de 1965.
 - a. La “*Ley de Anualidad Vitalicia y otras Facilidades a Ex-Gobernadores*”, concedió una serie de beneficios a ex-gobernadores y sus viudas.
9. Ley Núm. 169 de 30 de junio de 1968.
 - a. La “*Ley de Pensión a Beneficiarios o Herederos de los Miembros Pensionados del Cuerpo de la Policía*”, proveyó una pensión a los beneficiarios o herederos de los miembros del Cuerpo de la Policía de Puerto Rico.
10. Ley Núm. 105 de 28 de junio de 1969.
 - a. La “*Ley de Pensión a Cónyuge Supérstite e Hijos*”, proveyó una pensión a los cónyuges supérstites e hijos menores, física y/o mentalmente incapacitados de participantes del Sistema de Retiro que fallezcan mientras estuvieren recibiendo una anualidad por Retiro o por incapacidad de dicho sistema.
11. Ley Núm. 124 de 8 de junio de 1973.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Aumento de Pensiones a Jubilados antes de 1973*”, aumentó las pensiones concedidas bajo las disposiciones de la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, según enmendada.

12. Ley Núm. 98 de 4 de junio de 1980.
 - a. La “*Ley del Aguinaldo de Navidad para Pensionados y Beneficiarios*”, concedió un Aguinaldo de Navidad durante el mes de diciembre a las personas jubiladas y beneficiarios, bajo las disposiciones de la Ley Núm. 447 de mayo de 1951.
13. Ley Núm. 23 de 23 de septiembre de 1983.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Aumento de Pensiones del Sistema de Retiro Menores de \$3,600 anuales*”, entró en vigor, de manera retroactiva, el 30 de junio de 1983. Aumentó las pensiones concedidas bajo las disposiciones de la ley que crea el Sistema de Retiro de los Empleados Públicos.
14. Ley Núm. 11 de 13 de abril de 1986.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Aumento de Beneficios y Gastos Fúnebres*”, proveyó un aumento al pago para los gastos de funeral del pensionado a \$500.00.
15. Ley Núm. 15 de 24 de abril de 1987.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Aumentó la pensión mínima de un beneficiario del Sistema de Retiro de Empleados Públicos a \$200.00.
16. Ley Núm. 80 de 13 de julio de 1988.
 - a. Acreditó, para efectos de retiro, el tiempo servido en las fuerzas armadas de todo veterano que haya reingresado o que entrara por primera vez al servicio del Estado Libre Asociado, sus agencias o instrumentalidades, corporaciones públicas o cuasi públicas o de los gobiernos municipales.
17. Ley Núm. 71 de 17 de agosto de 1989.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Acreditó al sistema de retiro el tiempo que un dirigente obrero sirvió a una unión.
18. Ley Núm. 24 de 25 de mayo de 1994.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para Empleados de la Autoridad de Teléfonos de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios necesarios para autorizar el retiro temprano de empleados de la Autoridad de Teléfonos de Puerto Rico y sus subsidiarias.

19. Ley Núm. 90 de 18 de agosto de 1994.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano de Empleados de la Corporación de Crédito y Desarrollo Comercial y Agrícola de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de empleados de la Corporación de Crédito y Desarrollo Comercial y Agrícola de Puerto Rico.
20. Ley Núm. 149 de 22 de diciembre de 1994.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Acreditó los servicios prestados por los empleados regulares de la Asociación de Pensionados del Gobierno de Puerto Rico al sistema de retiro.
21. Ley Núm. 54 de 21 de junio de 1995.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para Empleados del Banco Gubernamental de Fomento*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables, necesarios para autorizar el retiro temprano de empleados de Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico.
22. Ley Núm. 255 de 28 de diciembre de 1995.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Eliminó el impedimento de edad para entrar a formar parte del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno y sus Instrumentalidades en calidad de miembro.
23. Ley Núm. 3 de 13 de febrero de 1996.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Hizo compulsorio el ingreso de los Empleados y funcionarios municipales al Sistema de Retiro de Empleados Públicos.
24. Ley Núm. 49 de 7 de junio de 1996.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951 a los fines de incluir como servicios acreditables, los prestados por los empleados de la Asociación de Alcaldes de Puerto Rico, la Federación de Municipios de Puerto Rico y de los Consorcios Municipales establecidos para administrar el “Job Training Partnership Act”.
25. Ley Núm. 57 de 24 de junio de 1996.
 - a. Enmendó la Ley 447 de mayo de 1951, con el fin de incluir a los alcaldes entre los funcionarios que pueden acogerse a una pensión del Sistema de Retiro y continuar ocupando su posición, recibiendo únicamente dietas y pago de millaje.

26. Ley Núm. 134 de 13 de agosto de 1996.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Hizo extensivo un aumento de 3% en los beneficios de pensión a los participantes del Sistema de Retiro de Empleados Públicos.
27. Ley Núm. 204 de 29 de diciembre de 1997.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para empleados de la Compañía de Fomento Industrial de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de empleados de La Compañía de Fomento Industrial de Puerto Rico.
28. Ley Núm. 109 de 2 de septiembre de 1997.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 98 de 4 de junio de 1980. Aumentó el Aguinaldo de Navidad a los beneficiarios del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico y sus Instrumentalidades.
29. Ley Núm. 217 de 9 de agosto de 1998.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951, a los efectos de acreditar el tiempo trabajado por las personas acogidas a los beneficios que provee la Administración del Derecho al Trabajo.
30. Ley Núm. 221 de 9 de agosto de 1998.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Se aumentó un 3% las pensiones concedidas bajo las disposiciones de la Ley Núm. 447, concedidas con efectividad al 1 de enero de 1995 o antes.
31. Ley Núm. 370 de 31 de diciembre de 1999.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Municipios San Juan*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados municipales de San Juan.
32. Ley Núm. 112 de 30 de junio de 2000.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para Empleados del Banco Gubernamental de Fomento*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico.

33. Ley Núm. 119 de 13 de julio de 2000.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para los empleados de la Corporación del Fondo del Seguro del Estado*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de empleados de la Corporación del Fondo del Seguro del Estado.

34. Ley Núm. 174 de 12 de agosto de 2000.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico de 2000*”. Extendió hasta el día 31 de enero del 2001 el período de elección para que cualquier empleado que cumpla con los requisitos dispuestos en dicha Ley, para participar en el Programa de Retiro Temprano de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico pueda elegir acogerse a los beneficios de dicha Ley.

35. Ley Núm. 193 de 24 de agosto de 2000.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Incluyó como servicios acreditables, al Sistema de Retiro de Empleados Públicos, los prestados por los empleados de San Juan Legal Services Incorporated.

36. Ley Núm. 316 de 2 de septiembre de 2000.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 11 de 13 de abril de 1986. Aumentó de \$500.00 a \$750.00 dólares, el pago mínimo por defunción de participantes retirados.

37. Ley Núm. 339 de 2 de septiembre de 2000.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano de los Empleados del Gobierno de 1998*”, concedió el retiro temprano a los empleados del Departamento de Salud que para el 15 de enero de 1998, cumplían con los requisitos de la Ley de Retiro Temprano y que por motivo de la privatización de las instalaciones de salud fueron cesanteados.

38. Ley Núm. 464 de 29 de diciembre de 2000.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para Empleados del Banco Gubernamental de Fomento*” dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados del Banco Gubernamental de Fomento de Puerto Rico.

39. Ley Núm. 37 de 13 de junio de 2001.
 - a. La “*Ley del Bono de Verano para pensionados del Sistema de Retiro*”; creó un Bono de Verano de \$100.00 para los pensionados del Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico.
40. Ley Núm. 40 de 13 de junio de 2001.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Aumentó en un 3% las Pensiones Concedidas Bajo las Disposiciones de la Ley Núm. 447 de 15 de Mayo de 1951.
41. Ley Núm. 155 de 27 de junio de 2003.
 - a. La “*Ley de Bono de Medicamentos*”, concedió un Bono de Medicamentos, exento del pago de contribuciones sobre ingresos para los pensionados del Sistema de Retiro del Gobierno.
42. Ley Núm. 156 de 27 de junio de 2003.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Aumentó a un mínimo de \$300 la anualidad por retiro.
43. Ley Núm. 157 de 27 de junio de 2003.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Aumentó un 3% las pensiones concedidas bajo las disposiciones de la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, concedidas con efectividad al 1ro. de enero de 2001 o antes, excluyendo las anualidades concedidas bajo la Ley Núm. 305 de 24 de septiembre de 1999.
44. Ley Núm. 159 de 27 de junio de 2003.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 109 de 2 de septiembre de 1997. Aumentó a \$400.00 el Aguinaldo de Navidad para los pensionados del Sistema de Retiro del Gobierno de Puerto Rico.
45. Ley Núm. 360 de 16 de septiembre de 2004.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano de la Compañía de Comercio y Exportación*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de la Compañía de Comercio y Exportación de Puerto Rico, adscrita al Departamento de Desarrollo Económico y Comercio del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
46. Ley Núm. 433 de 22 de septiembre de 2004.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 159 de 27 de junio de 2003. Aumentó a \$500.00 el Aguinaldo de Navidad para los pensionados o

beneficiarios del Sistema de Retiro del Gobierno de Puerto Rico y sus Instrumentalidades.

47. Ley Núm. 524 de 29 de septiembre de 2004.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 316 de 2 de septiembre de 2000. Aumentó de \$750.00 a \$1,000.00 el beneficio mínimo por defunción.
48. Ley Núm. 22 de 30 de junio de 2005.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Fijó la edad de retiro obligatorio de los miembros de la Policía de Puerto Rico y el Cuerpo de Bomberos a los 58 años de edad.
49. Ley Núm.144 de 22 de noviembre de 2005.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 433 de 22 de septiembre de 2004. Aumentó a \$550.00 a partir de diciembre de 2006 y \$600.00 a partir de diciembre de 2007 el Aguinaldo de Navidad para los pensionados o beneficiarios del Sistema de Retiro de los empleados del Gobierno de Puerto Rico.
50. Ley Núm. 143 de 22 de noviembre de 2005.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano para los Empleados de la Compañía de Fomento Industrial*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de la Compañía de Fomento Industrial.
51. Ley Núm. 273 de 21 de diciembre de 2006.
 - a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los Empleados de la Compañía de Turismo de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de los Empleados de la Compañía de Turismo de Puerto Rico.
52. Ley Núm. 33 de 5 de abril de 2007.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Eliminó el requisito mínimo por tiempo servido como Legislador Municipal, para ser acreditable en el Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno de Puerto Rico.
53. Ley Núm. 35 de 24 de abril de 2007.
 - a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. Aumentó en un 3% todas las pensiones concedidas con efectividad al 1 de enero de 2004 o

antes. Concedió un segundo aumento de hasta un 3% a las pensiones menores de \$1,250.00 mensuales, concedidas con efectividad al 1 de enero de 2004 o antes bajo las disposiciones de la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951.

54. Ley Núm.66 de 13 de julio de 2007.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los Empleados de la Compañía de Comercio y Exportación*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de los Empleados de la Compañía de Comercio y Exportación de Puerto Rico.

55. Ley Núm. 188 de 12 de diciembre de 2007.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los empleados del Banco Gubernamental de Fomento*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados del Banco Gubernamental de Fomento.

56. Ley Núm. 59 de 12 de mayo de 2008.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los empleados de la Autoridad de Tierras de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de la Autoridad de Tierras de Puerto Rico.

57. Ley Núm. 136 de 29 de julio de 2008.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los empleados del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados del Departamento del Trabajo y Recursos Humanos.

58. Ley Núm. 244 de 9 de agosto de 2008.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los Empleados de la Junta de Calidad Ambiental de Puerto Rico*”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de la Junta de Calidad Ambiental de Puerto Rico.

59. Ley Núm. 275 de 13 de agosto de 2008.

- a. La “*Ley que Autoriza el Retiro Temprano Voluntario para los empleados de la Administración del Derecho al Trabajo, adscrita al Departamento*

Trabajo y Recursos de Humanos del ELA”, dispuso los requisitos mínimos de edad y años de servicios acreditables necesarios para autorizar el retiro temprano de los empleados de la Administración del Derecho al Trabajo, adscrita al Departamento Trabajo y Recursos de Humanos del ELA.

60. Ley Núm. 216 de 9 de agosto de 2008.

- a. La “*Ley que concede un plan de pago a participantes en servicio activo del Sistema de Retiro de los Empleados del ELA*”, enmendó la Ley Núm. 97 de 2002. Dispuso que los participantes que se acojan a los beneficios que concede esta Ley podrán, para ser elegibles a una pensión de mérito, acreditar los servicios no cotizados o la devolución de aportaciones retiradas, para acogerse a los beneficios de retiro que tenía el participante, a tenor con la Ley Núm. 447 de 15 de mayo de 1951, siempre y cuando hayan ingresado por primera vez al Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en o antes del 1 de abril de 1990, a la fecha en que retiró sus aportaciones.

61. Ley Núm. 70 de 2 de julio de 2010.

- a. La “*Ley del Programa de Incentivos, Retiro y Readiestramiento*”, estableció un programa mediante el cual los empleados elegibles puedan retirarse o separarse voluntariamente de su empleo en el Gobierno de Puerto Rico a cambio de una pensión temprana y un incentivo económico.

62. Ley Núm. 116 de 6 de julio de 2011.

- a. Enmendó la Ley Núm. 447 de mayo de 1951. La ley tenía 3 fines principales: (1) que los empleados transitorios formen parte de la matrícula del Sistema; (2) que la aportación patronal se aumente; (3) que dicha aportación no pueda ser cedida ni dada en garantía por el Sistema para tomar prestado y para poder hacerlo será necesario el consentimiento de dos terceras partes de la Junta de Síndicos del Sistema.

Apéndice 2

Documentos Gubernamentales

1. Puerto Rico. Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro. *Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno: Origen, déficit actuarial y recomendaciones*. Volumen 3. San Juan, 2013.

2. Puerto Rico. Comisión Especial Independiente para la Administración de los Sistemas de Retiro. *Sistema de Retiro de los Empleados del Gobierno: Origen, déficit actuarial y recomendaciones*. San Juan, 2010.
3. Puerto Rico. Comisión Especial Independiente para la Administración de los Sistemas de Retiro. *Estadísticas sistemas de retiro: Años fiscales 2001-2012*. San Juan, 2013.
4. Puerto Rico. Comisión Especial Independiente para la Administración de los Sistemas de Retiro. *Leyes aprobadas en el Sistema de Retiro de Empleados Públicos del ELA*. San Juan, 2014.
5. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes de Puerto Rico. *Informe final sobre la R. de la C. 283*, 29 de junio de 2012.
6. Puerto Rico. Comisión de Hacienda y Finanzas Públicas del Senado de Puerto Rico. *Informe Positivo sobre el P. de la C. 1055*. 12 de junio de 2013.
7. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Informe final sobre la R. de la C. 477*. 28 de septiembre de 2012.
8. Puerto Rico. Comisión de Hacienda y Finanzas Públicas del Senado de Puerto Rico. *Informe positivo con relación al P. de la C. 1055*. 12 de junio de 2013.
9. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Informe final sobre la P. de la C. 2855*. 8 de junio de 2011.
10. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Primer informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 30 de junio de 2011.
11. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Segundo informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 7 de octubre de 2011.
12. Puerto Rico. Comisión de los Sistemas de Retiro del Servicio Público de la Cámara de Representantes. *Tercer informe parcial sobre la R. de la C. 417*. 30 de junio de 2012.
13. Puerto Rico. Comisión Especial Permanente sobre los Sistemas de Retiro. *¿Privatizar?* Boletín informativo Año 2, Núm. 4. San Juan, 1998.
14. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Lcda. Melba Acosta Febo, Secretaria de Hacienda del Gobierno de Puerto Rico sobre el P. de*

- la C. 888. San Juan 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
15. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Lcdo. Héctor Mayol Kauffmannn, Administrador de la Administración de los Sistemas de Retiro de los Empleados del Gobierno y la Judicatura de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 16. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Servidores Públicos Unidos de Puerto Rico, Concilio 95/AFSCME sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 17. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Banco Gubernamental de Fomento sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 18. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Federación de Pensionados y Jubilados de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 19. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. Ponencia de la Federación del Trabajo de PR-AFL-CIO, la Central Puertorriqueña de Trabajadores, la Central Alianza Laboral y la Asociación de Maestros de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888. San Juan 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 20. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia del Grupo de Funcionarios y Empleados de la Oficina del Contralor de Puerto Rico sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 21. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Profesora Isabel Díaz, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
 22. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de Richard Alonso Rodríguez, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).

23. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de AARP, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
24. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de Servidores Públicos Unidos, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
25. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de Programa de Solidaridad de la UTIER, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
26. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Asociación de Pensionados del Gobierno de Puerto Rico, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
27. Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. *Ponencia de la Asociación de Pensionados del Gobierno de Puerto Rico, sobre el P. de la C. 888*. San Juan, 2013. Disponible en: http://www.oslpr.org/legislatura/tl2013/lista_ponencias.asp?r=P%20C0888 (consulta: 7 de mayo de 2014).
28. Puerto Rico. Administración de los Sistemas de Retiro. *Puerto Rico Government Employees Retirement System: Actuarial valuation report 2012*. Portal digital de la ASR; Disponible en: <http://www.retiro.pr.gov/files/Actuarial%20Valuations/ASR-Actuarial%20Valuation-PRGERS-2012-06-30-by%20Milliman.pdf> (consulta: el 7 de mayo de 2014).
29. Puerto Rico. Administración de los Sistemas de Retiro. *Puerto Rico Government Employees Retirement System: Actuarial valuation report 2011*. Portal digital de la ASR; Disponible en: <http://www.retiro.pr.gov/files/Actuarial%20Valuations/ASR-Actuarial%20Valuation-PRGERS-2011-06-30-by%20Milliman.pdf> (consulta: el 7 de mayo de 2014).
30. Puerto Rico. Banco Gubernamental de Fomento. *Al rescate de los sistemas de retiro*. Portal Digital del BGF, 27 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.gdb-pur.com/spa/documents/2013-02-27-PresentaciondeReformadeRetiro-Final.pdf> (consulta: 7 de mayo de 2014).
31. Puerto Rico. Banco Gubernamental de Fomento. *Los números hablan por sí solos: Hay que reformar nuestros sistemas de retiro*. Portal digital del BGF, 14 de febrero de 2013. Disponible en: <http://sincomillas.com/wp-content/uplo->

ads/2013/02/Los-N%C3%BAmeros-Hablan-por-Si-Solos.pdf (consulta: 7 de mayo de 2014).

32. Estados Unidos de América. American Council of Life Insurance. *Pension facts*. Washington, 1987.

ALCOHOL Y DROGAS EN ÁMBITO LABORAL

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

Abogado.

Resumen

El consumo de alcohol y de drogas en la sociedad es un problema que lejos de disminuir, continúa estando muy extendido durante las últimas décadas, como demuestran las estadísticas. Este problema se traslada a la vida laboral de la población, al ser dos elementos inexorablemente unidos, llevando consigo unos costes para la empresa, para el propio trabajador y para el sistema productivo en general que obligan a buscar una solución a este problema. La opción que dispone la empresa en el ordenamiento jurídico español resulta poco útil por los condicionantes que exige, comenzando por la habitualidad (la mayoría de las ocasiones ignorada y prescrita), siguiendo por la repercusión negativa, desviada a los otros preceptos del artículo 54 y culminando con la dudosa culpabilidad del trabajador que en realidad pueda resultar un enfermo. Por lo tanto habría que abandonar la alternativa punitiva, optando por la rehabilitadora, como ya hacen los planes nacionales y autonómicos sobre drogas para favorecer el proceso de recuperación e integración de los empleados con problemas.

Palabras clave

Embraguez habitual; Alcohol; Repercusión negativa en el trabajo y rehabilitación al empleado; Despido.

Abstract

Alcohol and drug abuse is a problem that, far from diminishing, is becoming increasingly widespread in society. The statistics back up this trend. The problem influences the working life of the population and as a result directly affects companies, both in terms of added costs and worker productivity. Clearly, the issues are inseparable and a solution is needed. The only available legal option for companies within the Spanish law system is of little use because responsibility for proof lies entirely with the company: regularity of consumption and the full extent of the negative impact (diverted to the other provisions in Article 54), as well as the responsibility of the employee (who could often, in reality, be classified as sick). Based on these facts and challenges, interveners should prioritize

rehabilitation over punitive measures, as both national and regional drug plans do, and the integration of employees with such problems.

Key words

Habitual drunkenness; Alcohol; Negative repercussions at work; Employee assistance programs; Dismissal.

1. Datos para la Reflexión, la Incidencia de Alcohol, Drogas y Fármacos en el Ámbito Laboral

La lacra del consumo del alcohol y las drogas en la persona, es un problema que afecta en esencia del ser humano, contaminando todas las facetas de su vida incluyendo una de las más importantes, su trabajo. Las consecuencias negativas se manifiestan no solamente en su esfera familiar y personal, sino que se extrapolan al ámbito laboral generando costes negativos que también afectan a la empresa tales como mayor absentismo, incremento en el riesgo de sufrir un accidente, disminución del rendimiento, mal ambiente de trabajo, etc. A esto se unen las consecuencias sociosanitarias derivadas de consumo de este tipo de sustancias psicoactivas y que pueden afectar al trabajador no solo a nivel individual o social, sino también a terceras personas, como puede ser las consecuencias negativas de la exposición de los no fumadores al humo del tabaco.

Estos costes se reflejan en pérdidas económicas reales, tanto para la empresa (en datos de absentismo, pérdida de productividad, mal ambiente laboral, riesgo de producción inmediato de accidente de trabajo), como para el trabajador (pérdida de salud, de trabajo, problemas personales) como para el sistema público (sanidad pública, programas públicos de prevención, procesos judiciales). Según un informe publicado en el año 2011 por la Oficina de Control Nacional de Drogas, de la Oficina Ejecutiva Presidencial de los Estados Unidos¹, los costes económicos del abuso de las drogas para el año 2007 en ese país se estimaron en 193 billones de dólares, de los cuales, 120 se refieren a pérdidas para las empresas como disminución de la productividad, absentismo, tratamientos antidrogas y pérdidas para los trabajadores como muertes prematuras, encarcelamientos, etc. Se estimaron 11 billones de dólares los costes de los servicios sanitarios para el tratamiento de estas adicciones y en 61 billones de dólares los costes administrativos relativos a las investigaciones y procesos judiciales, persecución y encarcelamiento.

1 Office of National Drug Control Policy. Executive Office of the President. How illicit drug use affect Business and the Economy. https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ondcp/Fact_Sheets/effects_of_drugs_on_economy_jw_5-24-11_0.pdf

Anteriormente, en 1997, un estudio² ya demostró las cuantiosas pérdidas económicas que provocó el abuso del alcohol en España, que ascendieron a una cantidad de 637.718 millones de pesetas (aproximadamente 4 billones de euros, sin tener en cuenta el valor de la moneda en aquel momento), de los cuales un 64,2% se atribuían a pérdidas por absentismo laboral y reducción de la productividad.

El aumento de las drogas ilegales comenzó a entrar en España en los años sesenta con la incorporación de determinados grupos sociales como los jóvenes y las mujeres al consumo y no fue hasta mediados de los setenta con la transición política que sufrió un aumento considerable en el consumo, asociado a los procesos de cambio en el seno de las sociedades donde se puso de relieve la inclusión de la droga en el ámbito de las relaciones humanas y los valores sociales³.

Se originó una expansión radical del consumo de heroína a mediados de los setenta, presentándose cuadros que demostraban la existencia de una “epidemia de heroína” consolidada, hecho que no ocurrió con la aparición de la cocaína, cuyo incremento en el consumo se produjo más tarde a partir de los años ochenta y sobre todo de los noventa.⁴ También proliferaba el consumo de sustancias psicotrópicas estimulantes como las anfetaminas en los años 80 al ser permisiva su venta sin receta en farmacias, hasta su prohibición. Y el alcohol, la droga más consumida, tuvo su moderación a principios de los ochenta al producirse una modernización de los patrones de consumo (aumento cerveza, descenso vino, aumento precocidad incoación consumo, aumento consumo mujer, etc.) que se mantiene hasta hoy.⁵ En aquel momento comenzó a surgir el interés por el análisis de los efectos del alcohol en el ámbito laboral en diversas reuniones relacionadas con la medicina del trabajo: I Congreso de Medicina del Trabajo, en Barcelona, 1985, reunión de la Asociación de Medicina y Seguridad (AMYS) en 1984.

Es decir, la situación del consumo de drogas y alcohol en España en el año 2003 habían variado considerablemente respecto de las décadas de los 70 y los 80: se comprobó un aumento de consumo de cocaína, cannabis, éxtasis y anfetaminas y un descenso del consumo de heroína según el Observatorio Español de la Droga y Toxicomanía⁶. A día de hoy, según datos del Ministerio de Sanidad⁷, las drogas de mayor consumo son el alcohol (el 78,3% lo ha consumido en los últimos doce meses), el tabaco (40,7%) y los

2 E. Portella, M. Ridaio, E. Carrillo, E. Ribas, C. Ribo. M. Salvat (1998). El alcohol y su abuso: impacto socioeconómico. Madrid: Editorial Médica Panamericana

3 NAVARRO, J. (1987). La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. Pag. 165

4 TORRES M.A. (2008). Historia de las adicciones en la España contemporánea. Madrid. P.55

5 TORRES M.A. (2008). Historia de las adicciones en la España contemporánea. Madrid. P.58

6 TORRES M.A. (2008). Historia de las adicciones en la España contemporánea. Madrid. P.67

7 La Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y otras Drogas (EDADES) 2013/2014

hipnosedantes (12,2%), el cannabis (9,2%), la cocaína (2,2%) heroína (0,7%) Éxtasis, anfetaminas y alucinógenos (0,6%).

Con esta tendencia al consumo, el problema del alcohol y las drogas se introdujo profundamente en el mundo de las relaciones laborales en España. A mediados de los noventa, el alcohol en la población trabajadora había experimentado una evolución positiva. El 58% de los trabajadores ocupados tomaron alcohol la última semana aunque descendió el número de bebedores abusivos (que bebían mas de 75 ml. de alcohol al día), que paso de 24.1% a finales de la década los 80, a un 14.4% en 1996 (entre los parados de un 16%)⁸.

Respecto al tabaco, descendió en casi diez años (de 1987 a 1996), del 54.1% de fumadores diarios, al 48.3%. Y sobre otras sustancias legales, los psicofármacos y tranquilizantes aumentaron en 2.6%, y el de hipnóticos (0.4%). En cuanto a sustancias ilegales, se observaba un leve descenso del uso de cannabis, de los alucinógenos, de los inhalables y de la heroína, y un aumento más considerable de la cocaína.⁹

El consumo del alcohol y las drogas dentro de las empresas era una realidad a la que tenían que hacer frente los empresarios y trabajadores. Los perjuicios les afectaban de un modo tan directo que era inexcusable su colaboración en el marco preventivo y rehabilitador. Según indicadores de encuestas recogidas en el año 1996¹⁰ a distintos trabajadores, un 41.6% indican que sí conocen, en su lugar de trabajo, a compañeros que beben en exceso o toman otras drogas. Estos indicadores determinaban que el grado de presencia de este fenómeno es mayor en determinados segmentos como los hombres, la minería, la construcción y los transportes, entre otros. El 81,5% consideraba que era un problema importante en el mundo del trabajo en base a tres importantes causas: perjuicio directo a las empresas (como disminución de productividad y absentismo), perjuicio a la integridad y salud de los trabajadores (accidentes laborales y enfermedades) mal ambiente y potencial de conflictiva (malas relaciones, sanciones y despidos, perjuicios para los trabajadores en su conjunto).

Curiosamente distintas reacciones a las respuestas recogidas por la encuesta realizada en el año 2011¹¹, en la cual imperaba la “ley del silencio” según la cual un elevado número

8 FAD-EDIS (1996). La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Madrid: Fundación de Ayuda contra la Drogadicción OED, P.226.

9 FAD-EDIS (1996). La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Madrid: Fundación de Ayuda contra la Drogadicción OED, P.227

10 FAD-EDIS (1996). La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Madrid: Fundación de Ayuda contra la Drogadicción OED, P.210-218

11 ÁLVAREZ MARTÍN, E . ; SENDINO GÓMEZ, R. y GONZÁLEZ ALONSO, J . : Encuesta 2007-2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011.

de empleados no se define sobre la existencia o no del problema en su unidad productiva, o manifiesta no conocer ningún compañero que consuma alcohol o drogas o cuya adicción repercute negativamente en la actividad productiva – a pesar de que este problema contenía dándose en el seno de las empresas con la misma intensidad – sin embargo la mayoría consideran que tales hábitos podrían constituir una cuestión muy importante en sus centros de trabajo.

Según la OIT ¹² los problemas laborales relacionados con las drogas en el ámbito laboral no son los derivados de su consumo prolongado la propia adicción a las sustancias tóxicas sino que pueden derivarse de principios diferentes como por ejemplo la embriaguez, como ya se ha dicho, tiene consecuencias laborales de accidentes, accidentes de tráfico y reducción de la productividad, sin embargo la resaca genera absentismo, impuntualidad, abandono, reducción de rendimiento, etc. La dependencia, genera conflictividad, mala calidad del trabajo, robo objetos, etc. El consumo habitual (sin necesaria intoxicación) genera comisión de errores en el trabajo, accidenta ilusas y periodos superiores de recuperación a la media en contraste con consumo esporádicos, entre otras.

2. Un Interrogante Fundamental, ¿Consumen los Trabajadores que el Resto de la Población?

Como se ha señalado anteriormente, estar dentro del grupo de población activa se considera como un factor de ligero riesgo para el consumo de alcohol y drogas, según un estudio realizado en el año 1996¹³. En la encuesta realizada en el año 2007¹⁴ se determinó que las prevalencias de consumo de drogas en la población laboral son similares a las encontradas en la población general. Sin embargo, se observó que la prevalencia de consumo de tabaco, alcohol, y drogas ilegales tiende a ser ligeramente superior en la población laboral. En ambas poblaciones las sustancias psicoactivas más consumidas son las legales, en primer lugar el alcohol seguido del tabaco, y la droga ilegal con mayor prevalencia de consumo es el cannabis seguido de la cocaína en polvo.

En efecto, los estudios demuestran que el nivel de consumo de drogas (uso de drogas) entre los trabajadores es más alto que el de la población general¹⁵. Curiosamente según las encuestas mencionadas anteriormente concluyen que no parece que se consuma

12 OIT (1988) Iniciativas en el lugar de trabajo para prevenir y reducir los problemas causados por el consumo de drogas y de alcohol.

13 TORRES M.A. (2008). Historia de las adicciones en la España contemporánea. Madrid. P.69

14 OED, Encuesta 2007--2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011;Pag. 32

15 ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994. P.138

para olvidar las condiciones laborales, sino que más bien “el nivel de satisfacción obtenido con el trabajo desempeñado no muestra relación clara con el consumo de alcohol y tabaco, ni en hombres ni en mujeres. Únicamente, se registran mayores prevalencias de consumo reciente de cannabis entre hombres y mujeres que declaran estar insatisfechos con su trabajo que entre los que se muestran satisfechos”¹⁶. De hecho, según los resultados de estos estudios, parecen más relacionados con el consumo de estas sustancias en el lugar de trabajo factores como un bajo nivel de ingresos, bajo nivel de estudios, el sector donde se trabaje (más propenso la hostelería y la construcción) y el tipo de jornada que se tenga.

A estas conclusiones también llega un estudio canadiense donde se determina que también son factores de riesgo la poca cualificación del trabajador, el realizar tareas poco reconocidas socialmente y con mala organización¹⁷.

Las motivaciones que pueden dar lugar al consumo, según un estudio del año 1996¹⁸ en el alcohol se observa que un 57.5% de los que lo toman no lo tienen problematizado, siendo la influencia social la motivación prevalente. Los motivos sí problematizados ascienden a un 13% en los trabajadores ocupados y al 18% entre los parados. En lo que se refiere a las motivaciones de los trabajadores consumidores de drogas, un 52.8% de los ocupados y el 54.9% de los parados expresan razones de tipo individual, bien de búsqueda de satisfacción, bien carácter problemático; el 26.5% de los ocupados y el 20.3% de los parados alegan motivos macrosociales, de transgresión social, por situaciones laborales negativas o de tipo funcional. Y un 13.2% de los ocupados y el 15.9% de los parados, aducen razones microsociales, tales como problemas familiares, el deseo de integración grupal.

A pesar de todo, no se ha dejado de lado el hecho de que en el clima laboral existen factores de riesgo que pueden contribuir al surgimiento de problemas relacionados con el alcohol y las drogas: relaciones interpersonales (según si las relaciones son buenas y actúan como apoyo emocional o son malas y de enemistad y crean clima de insatisfacción) políticas de recursos humanos (precariedad laboral o, expectativas de promoción, desigualdades retributivas) clima de organización (tipo de liderazgo, participación en la toma de decisiones, falta de autonomía), adecuación de la vida familiar y laboral, sistemas de remuneración (en horas y en días), por rendimiento (largas jornadas laborales, ritmos excesivos) trabajos en cadena y ritmos de producción (problemas musculares, dolores

16 OED, Encuesta 2007--2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011

17 Marchand A. Alcohol use and misuse: what are the contributions of occupation and work organization conditions. *C Public Health*. 2008 Sep 24;8:333.

18 La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción. Madrid. 1996. Pág. 228

de cabeza, fatiga potencia la automedicación), movilidad y desplazamientos (lejos de la familia y de las relaciones sociales) disponibilidad de la sustancia (según la profesión que se ejerza se tiene más disponibilidad a la sustancia que otras, como por ejemplo farmacéuticos, camareros, etc.)¹⁹.

El Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías, en un estudio del año 2015, revelo que los trabajadores con jornada partida (mañana y tarde) y jornada continua de noche registran los porcentajes de consumo de bebidas alcohólicas a diario más elevados.²⁰ También se llegó a la conclusión de que la autoestima baja y la falta de motivación e incentivos derivada del desempeño del trabajo (en el caso en concreto de recogedores de basura de Sao Paulo, Brasil) proporcionaba una importante influencia para el consumo habitual del alcohol en el lugar de trabajo²¹.

3. Sobre los Resultados y el Rigor o de las Encuestas y los Estudios Conocidos

No existen muchos estudios y encuestas de relevancia actualizados que se conozcan sobre esta materia. La última y más actualizada encuesta es la Encuesta 2013-2014 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, realizada por el Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías y publicada en el año 2014, que realizó una muestreo de modulo laboral de 15.296 encuestados. Existe una encuesta anterior, Encuesta 2007-2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, realizada por el OED (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad) y publicada en el año 2011. Por su nivel de muestreo (se preguntó a 15.071 personas de 16 a 64 años en el año 2007) y su con la otra encuesta de gran relevancia realizada en el mismo periodo, la Encuesta Domiciliaria del Consumo de Drogas (EDADES, entrevistó a 23.715 personas de 15 a 64 años) se pudieron concluir resultados muy fiables y que sirvieron de base para importantes estudios conocidos sobre la materia.

Todos los datos relativos a las encuestas y el muestreo realizados a la población española sobre el consumo de alcohol y drogas en el lugar de trabajo proviene de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad) y de la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (fundación sin ánimo de lucro) a través de sus herramientas llamadas Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES), la únicas que hacen referencia – y no siempre – a la implicación laboral de este fenómeno.

19 UGT: Mujer y drogodependencias en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008, Págs. 20 y 21.

20 DE ASÍS BABÍN VICH F. y otros. Encuesta 2013-2014 Sobre Consumo De Sustancias Psicoactivas En El Ámbito Laboral En España. Observatorio Español sobre Drogas. 2015. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Ministerio del Interior.

21 Mabuchi AS, Oliveira DF, Lima MP, Conceicao MB, Fernandes H. The use of alcohol by workers of the garbage collection service. Revista latinoamericana Enfermagem 2007 Vol. 15 Núm 3: 446-52.

Por lo demás, existen planes de acción a nivel nacional y europeo sobre el consumo de estas sustancias en el ámbito laboral. A nivel nacional, procedentes del Plan Nacional Sobre Drogas, los más actuales y de aplicación a día de hoy son el Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 y el Plan de Acción sobre Drogas 2013-2016. Ambos hacen referencia a la línea de actuación que tienen que tener los agentes públicos y privados a la hora de abordar el problema de las drogas en el ambiente de trabajo y más en concreto de la inserción social de las personas que están siendo rehabilitadas por el consumo de esta sustancia. Acentúan la importancia del mantenimiento del puesto de trabajo para el éxito del proceso de rehabilitación²² y la importancia del fomento de esta idea entre los servicios de prevención, delegados sindicales, empresas y que se les faciliten instrumentos como la formación o sensibilización de las personas implicadas para favorecer este suceso.

4. La Adicción y su Expresión en Función de

4.1. Empleo – desempleo

Según los datos que desprende la última encuesta publicada este año 2015 del Observatorio Español de La Droga y las Toxicomanías²³ existen por estadísticas, patrones de consumo distintos, según la situación laboral en que se encuentre una persona activa, si es empleado o es desempleado: Tomando como referencia la situación laboral, en 2013 se aprecia que entre los parados con trabajo previo se registran mayores prevalencias de consumo de tabaco, hipnosedantes, cannabis y cocaína que entre los empleados. No ocurre lo mismo con el consumo diario de alcohol, que se encuentra ampliamente extendido y muestra cifras de prevalencia similares entre los parados y los empleados (distinto es en el consumo de alcohol de riesgo, donde también se situación los desempleados con mayores tasas de prevalencia para su consumo).

El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías público en 2014 un informe²⁴ que determinaba que en el año 2012, aproximadamente la mitad de los

22 Estrategia Nacional Sobre Drogas 2009-2016. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid. 2009: *es fundamental reforzar los mecanismos que promueven la «no desvinculación» de las personas en tratamiento de su medio laboral y, en todo caso, que faciliten la reinserción en el mismo. Se hace necesaria una atención integral y coordinada dirigida a la incorporación social de la persona, al acceso y disfrute de los derechos sociales básicos (vivienda, empleo, educación, salud, protección social, etc.).* pág.74, *En el tema de las drogodependencias, las actuaciones de las empresas, junto con los sindicatos y las ONGs pueden ser decisivas a la hora de facilitar la integración laboral de los drogodependientes, la inversión en proyectos solidarios y el voluntariado de sus empleados.* Pág. 64

23 DE ASÍS BABÍN VICH F. y otros. Encuesta 2013-2014 Sobre Consumo De Sustancias Psicoactivas En El Ámbito Laboral En España. Observatorio Español sobre Drogas. 2015. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Ministerio del Interior.

24 *Informe Europeo sobre Drogas Tendencias y novedades.* Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. Lisboa. 2014. Pág. 61

consumidores que iniciaron tratamiento especializado por drogodependencia en Europa estaban desempleados (47 %).

Para los toxicómanos, el trabajo cobra gran importancia tanto por la posibilidad que representa de acceder a la independencia económica y personal respecto a la familia de origen como por el potencial de reconstrucción personal que representa.²⁵

Los autores²⁶ no niegan el hecho de la estrecha conexión entre el desempleo y la adicción al alcohol y las drogas. Subrayan que la situación de desempleo puede generar una serie de alteraciones individuales, familiares y sociales que dependiendo del contexto social más amplio pueden ser factores de riesgo de consumo de drogas. Se distingue entre parado y desempleado, siendo distinto el no haber tenido nunca trabajo que haberlo perdido (provocando una serie de alteraciones diferenciadas según otra serie de variables). “Quedarse sin trabajo personas mayores de 40 años puede llevarles a una situación de parados de larga duración provocándoles tanto a ellos como a sus familias una pérdida económica que precarice sus condiciones de vida, efectos psicológicos indeseables, pérdida de autoestima y pérdida de referencia social; que inciden negativamente en la salud de los individuos. No sólo se pierde el trabajo, acorto y largo plazo sino que se pierden muchas más cosas y se gana en “exclusión social””.²⁷

Al desempleo si bien no puede atribuírsele directamente la adición a las drogas, es uno de los factores que conducen a la falta de estímulos generalizada con que se relaciona el consumo de tóxicos considerándolo como una dificultad objetiva para el proceso de reinserción (falta de trabajo y las enormes dificultades para conseguirlo, acrecentadas por el rechazo social hacia los drogadictos/ex-drogadictos)²⁸

También hay posiciones de otros autores²⁹ que intentan desvincular los dos hechos, determinando que el consumo de drogas no está relacionado con el paro, sino con la disponibilidad económica, con el dinero que se tiene y que entre los jóvenes cuanto más dinero se tiene más droga se consume” y que “entre los parados esta menos extendido pero se dan más situaciones de abuso”³⁰ siendo criticados por los primeros, determinando que ni el paro es la causa del consumo de drogas ni lo es la disponibilidad económica, sino los motivos más alegados arriba.

25 NAVARRO, J. (1987). La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. Pág. 379

26 Ilustrativas reflexiones de NAVARRO, J. (1987). La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. Pág. 340 y ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994. Pág. 140

27 ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994. Pág. 140

28 NAVARRO, J. (1987). La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. Pág. 382

29 COMAS ARNAU D. Las drogas, guía para mediadores juveniles. Instituto de la juventud. 1987-1992

30 COMAS ARNAU D. El uso de las drogas en la juventud. Instituto de la juventud. 1985

4.2. Género

El consumo de alcohol y drogas por parte de las mujeres y su influencia en el medio laboral, no tienen las mismas causas y consecuencias que en los varones. En primer lugar el nivel de consumo es distinto (aunque ha aumentado progresivamente como se demostrara con estudios más adelante) los factores de riesgo laborales (y personales), así como el consumo de los tipos de sustancias también son distintas (una mayor proporción de consumo de los varones en todas las sustancias excepto en los hipnosedantes, cuyo consumo proporcional es más por parte de ellas).

Los causas están muy claras, no solo no se ha alcanzado a día de hoy plena igualdad de hombre y mujeres en el mundo laboral, sino que el “el modelo tradicional de roles femenino y masculino [...] sigue todavía influyendo y distorsionando el conocimiento y el análisis de la realidad del consumo de drogas [...], resultado de todo ello es que continúan interpretándose estos comportamientos en clave masculina, considerando que las mujeres mantienen un patrón de conducta similar a los hombres”³¹. “Las mujeres son más vulnerables a los efectos de las drogas y en consecuencia su salud se verá más severamente afectada y en un periodo más corto de tiempo por el abuso intensivo de cualquier sustancia”. “Hombres y mujeres tienen diferentes características físicas, psicológicas y sociales, que son la causa del distinto impacto de los consumos de drogas: Físicas como el peso, la altura y el funcionamiento hormonal; psicológicas derivadas tanto de los factores genéticos (funcionamiento cerebral) tanto educativos [...] Las diferencias respecto a las características encontradas en la mujer drogodependiente, parecen coincidir con la existencia de una mayor tendencia a la depresión, baja autoestima, sentimientos de ineficacia [...] lo que provoca un factor de riesgo en el abuso de ciertas sustancias; y diferencias sociales en lo relativo a los roles sociales, valoración social y poder.”³²

El propio informe en su prólogo denuncia la falta de estudios específicos en este campo determinando, aunque en base a los resultados de las estadísticas realizadas hasta el día de hoy se pueden alcanzar algunas conclusiones.

Los primeros estudios sobre la influencia de las drogas en el ámbito laboral, esbozaban muy brevemente las diferencias de sexo en el consumo de drogas y el alcohol³³. En 1987 el estudio realizado por J. Navarro señala que existen grandes diferencias de sexo en el consumo de alcohol y drogas en el lugar de trabajo: “las diferencias por sexo son mínimas, se puede señalar que entre los hombres tiene un mayor peso la influencia social en el

31 UGT: Mujer y drogodependencias en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008, Pág. 4

32 UGT: Mujer y drogodependencias en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008, Pág. 22

33 NAVARRO, J. (1987). La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. Pág. 178

consumo de bebidas alcohólicas, mientras que las mujeres señalan otras causas (motivadas por la enfermedad y el dolor)”.

Más adelante, en un informe de la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción en el 1996,³⁴ determinaba que entre los hombres es mayor el consumo en el alcohol abusivo, la cannabis, la cocaína y la heroína; también en el tabaco, pero con un fuerte porcentaje de mujeres y casi igualados en las drogas de diseño. La prevalencia es mayor entre las mujeres en los tranquilizantes, los analgésicos y las anfetaminas.

También en relación con el género, según datos Observatorio Español sobre Drogas de 1991 a 2001³⁵, el consumo problemático de drogas sigue afectando principalmente a varones, y la proporción de mujeres implicadas no supera el 30% en ninguno de los indicadores analizados por el Observatorio. Sin embargo, prácticamente todos los indicadores apuntan a un aumento progresivo de los problemas por drogas en las mujeres.

En el año 2001, haciendo una comparativa con encuestas de catorce años atrás (1987) se observó que los patrones de consumo (en el consumo de tabaco) se estabilizaron en los hombres, incluso disminuyeron (55.1 en 1987 a 42.1 en 2001) en comparación con el de las mujeres, que aumentaron aunque siguieron siendo menores que las de ellos (22.9 en 1987 a 27.2 en 2001) en el mismo periodo. En el año 2002, un informe de la FAD (Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, determino que en general, los consumos abusivos de alcohol y de drogas ilegales (no así en los psicofármacos) son mayores en los hombres que en las mujeres. Sin embargo, determina que “el aumento progresivo del consumo de drogas por las mujeres, especialmente las jóvenes, más allá de los tradicionales psicofármacos, es un hecho probado y probablemente irreversible. Y según se ha investigado en un estudio específico en el colectivo femenino (Navarro, J., 2000) esta incorporación se produce desde la normalidad. Obviamente, con la presencia de factores de riesgo, pero en situaciones en general no desestructuradas, e incluso funcionalmente en procesos de igualdad en el mundo laboral y de integración social y política de la mujer.”

Los últimos estudios de consumos de sustancias publicados este año 2015 confirman lo que vienen determinando los estudios de las décadas anteriores: la proporción de hombres consumidores es mayor que la de mujeres para todas las drogas, excepto para los hipnosedantes, donde se aprecia un predominio femenino.

Es obvio que el consumo de drogas y alcohol entre las mujeres ha ido aumentando décadas atrás y como decía J. Navarro se produce desde la normalidad, con la presencia de factores derivados de los procesos de igualdad en el mundo laboral entre el hombre

34 La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción. Madrid. 1996. Pág. 228

35 INFORME Nº 4 Observatorio Español Sobre Drogas. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Ministerio del Interior. Madrid Marzo 2001

y la mujer. En un estudio de ese mismo autor del año 2007 ³⁶ señala “que en el factor laboral las circunstancias más discriminantes [para ellas] en los consumos son las jornadas de trabajo prolongadas, los trabajos de gran cansancio, el agobio o estrés en el trabajo y la insatisfacción en la función realizada”.

En el ámbito laboral se observaba “dos grandes tipos de situaciones problemáticas relacionadas con el uso de drogas distintas. En primer lugar, vemos a un grupo de mujeres frustradas en su trabajo (insatisfacción en la función o el trato) o temerosas ante su futuro laboral, en las que los consumos prevalentes son, de nuevo, el alcohol abusivo y los hipnosedantes. En otra situación tenemos a las mujeres que soportan situaciones de trabajo bastante duras (destajos, jornadas prolongadas, cansancio intenso...) o de agobio y estrés, en las cuales sus consumos son más elevados en las sustancias del modelo de los psicoestimulantes: anfetaminas, cocaína, drogas de síntesis, etc”.³⁷

4.3. Sector productivo

El consumo de alcohol y drogas también tiene cierta variable dependiendo del sector productivo donde venga el estudio. Los primeros estudios realizados condiciones de trabajo y consumo de drogas por sectores productivos desprenden similares resultados a los que contamos a día de hoy³⁸.

Los estudios que se han observado son los realizados en el año 1994 por Ortiz Escribano³⁹ y realizan análisis de los sectores de la siderometalúrgica, alimentación, trabajo agrario, textil, hostelería, transportes y telecomunicaciones.

En el sector de la siderometalúrgica el problema fundamental es el consumo de alcohol en toda su gama, existía un amplio consumo del tabaco, que no se vive como un problema por parte de los trabajadores ni en la empresa.

El consumo de drogas no alcohólicas era reducido entre los trabajadores por la escasez de trabajadores jóvenes en plantilla, si en las empresas subcontratadas en el sector. La mejora en las condiciones de trabajo en este sector en la última década ha correlacionado

36 NAVARRO BOTELLA J. El consumo de alcohol y otras drogas entre las mujeres. Informe de resultados de las encuestas a mujeres en general y a escolares. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Madrid. 2007. Pág. 182

37 NAVARRO BOTELLA J. El consumo de alcohol y otras drogas entre las mujeres. Informe de resultados de las encuestas a mujeres en general y a escolares. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Madrid. 2007. Pág. 19

38 OED, Encuesta 2007-2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011; PNSD, Encuesta Domiciliaria del Consumo de Drogas (Edades) Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011.

39 ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994. Pág. 61

con una disminución subjetiva del consumo problemático del alcohol. Sin embargo la crisis industrial que se experimentó en aquella época supuso factores de riesgo.

En el sector alimenticio la droga más consumida es igualmente el alcohol y el tabaco, aunque este genera más problemas pues en la mayoría de las empresas -sobre todo en las que se trabaja en cadenas de producción- está prohibido fumar y no se ofrecen alternativas para los trabajadores fumadores, siendo un hecho incluso sancionado disciplinariamente.

En cuanto al trabajo agrario las sustancias más consumidas son tanto el alcohol como el tabaco detectando también un aumento del consumo de fármacos en el manipulado de alimentos y problemas con la heroína y otras drogas no alcohólicas en trabajadores jóvenes, sin hacer referencia a la respuesta por parte de la empresa.

En el sector textil, se observa igualmente consumo de alcohol en toda su gama, así como el tabaco (está relacionado con ciertos problemas laborales) y fármacos (asociados a las condiciones de trabajos).

El estudio está en gran parte determinada por el nivel de consumo y tipo de drogas consumidas en la sociedad en donde están ubicadas las empresas, concretamente el análisis está determinado por el lugar donde se han realizado tanto el estudio como los cursos, correspondientes a cuatro grandes núcleos urbanos. Las problemáticas son típicas de los mismos, con ciertas especificaciones.

En el sector de la hostelería aparece un consumo generalizado del alcohol entre los trabajadores del sector, el consumo de fármacos entre la población trabajadora femenina, fundamentalmente en trabajadores que realizan un gran esfuerzo físico como es el caso de camareras de planta, servicios de limpieza, etc. Se observa el consumo de cocaína y drogas de diseño. El consumo de hachís, se da fundamentalmente en pubs y discotecas. Así mismo el consumo de tabaco es elevado y no resulta conflictivo con la empresa (en aquel momento).

En el sector transportes y telecomunicaciones, se observa un consumo de alcohol generalizado. El tabaco problemas en determinadas empresas. Y aparecen problemas puntuales de adicción con sustancias no alcohólicas. Existen programas incipientes de prevención para evitar estos fenómenos en la empresa como por ejemplo la Federación de Transportes y Comunicaciones, RENFE (donde se realizan reconocimientos médicos al personal de circulación al azar) Iberia, Metro de Madrid, Telefónica.

Se implantaron sin negociación sindical y enfocada únicamente hacia lo prohibitivo y sancionador, lo cual creó serios conflictos, resueltos en muchos casos a través de diversas negociaciones en convenio.

En lo que refiere a los estudios más recientes de este fenómeno por sectores, realizados en el año 2008 por la Delegación del Gobierno del Plan Nacional sobre Drogas y

publicadas en el año 2011 (se tomó una muestra de 15.071 personas de entre 16 y 64 años con trabajo en el momento de la entrevista o parados pero con experiencia laboral de toda España). El alcohol y el tabaco son las sustancias psicoactivas de mayor consumo entre la población laboral. La droga ilegal con mayor prevalencia de consumo es el cannabis, seguida de la cocaína en polvo.

Analizado por sectores de actividad, el consumo de alcohol diario y de riesgo predomina en el grupo de hombres que trabajan en agricultura, pesca, ganadería, hostelería y construcción. Igualmente, el consumo diario de tabaco es también mayor en la construcción y la hostelería, en ambos géneros.

En cuanto a las drogas ilegales, la mayor proporción de trabajadores se concentran en los sectores de la hostelería y la construcción, aunque también son relevantes los consumos en los sectores del transporte y comercio.

Según la encuesta, el 18,8% de los trabajadores de la hostelería y el 18,1% de los de la construcción aseguraron consumieron cannabis en el último año. Para la cocaína, los porcentajes son de 6,9% y 6,3%, respectivamente. También depende el puesto que se desempeñe en la empresa para el tipo de sustancia que se consuma, como por ejemplo los gruistas.

Los directivos y profesionales consumen más alcohol que el resto, aunque en el caso de drogas ilegales entre los hombres, su consumo está relacionado con los puestos de trabajo manuales. Entre las mujeres, en el puesto de administrativa y técnicos intermedios se da mayor proporción de consumo de drogas ilegales, confirmando el dato expuesto anteriormente de que consumen ellas más hipnosedantes que ellos (única sustancia en que superan el consumo al otro género).

5. Regulación en España

En el ordenamiento español, la tipificación de esta conducta en el ámbito laboral se encuentra dentro del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente en el segundo punto, letra f) según el cual:

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se consideran incumplimientos graves y culpables: f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

Este es un precepto polémico y discutido, ya que rara vez resulta perfectamente adecuado por los operadores jurídicos a la hora de aplicarlo, en cuanto a que exige dos requisitos imprescindibles junto con la embriaguez o toxicomanía: habitualidad y que repercuta negativamente en el trabajo. Se ha puesto de manifiesto el porcentaje realmente

bajo de ocasiones en las cuales el empresario invoca esta causa disciplinaria aun cuando concurren embriaguez y toxicomanía⁴⁰ y el índice de la preferencia de los destinatarios del tipo por acudir a los motivos contemplados en el resto de los apartados del artículo, que presentan una mayor concreción del comportamiento y admiten prueba más “segura”⁴¹.

La exigencia del requisito de una necesaria repercusión negativa en el trabajo, hace que se haya demandado de manera mayoritaria sobre esa repercusión una incidencia de cierta entidad cuantitativa y cualitativa⁴², la cual obligaría al empresario a buscar una doble prueba tanto sobre el estado del trabajador como sobre su incidencia productiva⁴³.

De esta forma, se observa que se prefiere perseguir las consecuencias que generan estas adicciones en la empresa, más que tratar la propia conducta, como por ejemplo ausencias reiteradas que se producen por el consumo⁴⁴, faltas de puntualidad⁴⁵, incumplimientos de horario con ausencias temporales⁴⁶ y la transgresión de la buena fe contractual – la más común para acudir muchas conductas que no completan el tipo de la letra f) – como descuidar servicio⁴⁷, provocar destrozos⁴⁸, intentar un hurto⁴⁹, generar mal ambiente de trabajo entre sus compañeros⁵⁰, dar mala imagen de la empresa (generando quejas⁵¹ o materializando perdida de clientes⁵²).

Mención importante precisan los convenios colectivos, pues solo estos pueden relativizar el requisito de la habitualidad y hacer que en ciertas profesiones, sea óptima la aplicación de este precepto, al hacer que en cierta medida la relevancia de la actitud del trabajador absorba la habitualidad en la configuración del tipo aunque teniendo en cuenta siempre que los negociadores sociales no podrán modificar el apartado f) del art. 54 sino que habrán de desviarlo hacia la transgresión de la buena fe contractual⁵³, ya que no impide que la conducta aislada consistente en el trabajo en condiciones de intoxicación

40 AGUILERA IZQUIERDO, R.: Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág

41 RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en AA VV /GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): El despido. Análisis y aplicación práctica, Madrid (Tecnos) 2004, págs. 133 y 134.

42 ROMERO RÓDENAS, M. J.: Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social), Madrid (Ibídem), 1995, pág. 243

43 CISCART BEÁ, N.: El despido por embriaguez y toxicomanía, Barcelona (Bosch), 1998, págs. 55-88.

44 STS 3 noviembre 1988 (RJ 8510).

45 SSTSJ Murcia 17 junio 1993 (AS 3045), Comunidad Valencia 17 noviembre 1999 (AS 7486)

46 SSTSJ Canarias/Las Palmas 21 marzo 1995 (AS 1008)

47 STSJ Cataluña 21 marzo 2000 (AS 5537)

48 STS 22 enero 1987 (RJ 111)

49 STSJ Andalucía/Sevilla 22 abril 2008 (JUR 149455/1999).

50 SSTSJ Comunidad Valenciana 17 noviembre 1999 (AS 7486) o País Vasco 12 diciembre 2002 (AS 2974/2003). STSJ Andalucía/Málaga 13 enero 2005 (AS 1199).

51 STS 18 noviembre 1989 (RJ 8077), STCT 3 mayo 1982 (RTCT 2588)

52 SSTSJ Cataluña 4 diciembre 1992 (AS 6344)

53 SSTSJ Cantabria 16 noviembre 2004

ética o por otras sustancias pueda considerarse un ilícito de gravedad suficiente para justificar un despido⁵⁴.

No solo exige la presencia de esos dos requisitos, sino que obliga al empresario además a la difícil tarea de probar que la cantidad de sustancia consumida es la suficiente como para considerar al trabajador afectado lo suficiente por ella, debiendo acudir a métodos de prueba indirectos tales como testificales de personas que hayan observado el comportamiento reprochable del trabajador, con la inseguridad jurídica que estos medios de prueba suponen. M

De ello que se busque la obtención de pruebas directas tomadas a los trabajadores en el propio centro de trabajo, entrando aquí en un polémico campo. Este tipo de pruebas, al no existir una regulación internacional que los regule, tienen la misma consideración jurídica los reconocimientos médicos, los cuales exigen consentimiento del trabajador o paciente sin embargo, también se pueden recabar sin la necesidad de este por la vía restrictiva que establece el artículo 22.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Este artículo establece que estos controles tendrán carácter de obligatorios cuando se trate de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los trabajadores o para personas relacionadas con la empresa. Sin embargo este precepto se tiene que aplicar de manera restrictiva ya que la doctrina constitucional solo lo ve viable cuando se cumplen tres condiciones⁵⁵: que la decisión sea proporcional al riesgo a prevenir, el carácter indispensable de las pruebas y la gravedad de los motivos que impulsan al empresario.

Los tipos de pruebas mas recomendables para la toma de muestras son las realizadas por análisis de fluido oral, por tener la misma efectividad que la prueba de la sangre, tener pocas posibilidades de adulteración y ser el método que mas respeta la intimidad del trabajador, ya que la orina, por su facilidad de adulteración y baja especificidad y el aire espirado, el pelo y la sangre, al no haber sido aceptadas por normativa europea ni norteamericana, no resultan la opción más correcta para obtener óptimos resultados.

Hay que tener presente que estos métodos de prueba directos solo pueden ser obtenidos con el consentimiento del trabajador o con la aplicación restrictiva del art. 21.1 de la LPRL encontrándose dentro del marco de seguridad y salud dentro de la empresa, muy lejos del objetivo real de la realización de estas pruebas, que es el punitivo y disciplinario hacia el trabajador afectado, resultando de esta forma contradictorias según el fin buscado.

54 SSTSJ Castilla y León/Burgos 19 diciembre 2005

55 BALLESTER PASTOR, M.A.: "La vigilancia de la salud", Social mes a mes, núm. 116, 2006, pág. 17.

Además de estas dificultades probatorias para el empresario, se suma la corriente jurisprudencial que considera que la embriaguez habitual como un atenuante⁵⁶ e incluso motivo de total exculpación.

Por lo tanto, en base a lo expuesto, se puede desprender del precepto la poca utilidad práctica que tiene y las denotaciones discriminatorias que dan lugar a una sanción sólo porque quien comete la infracción sea alcohólico o drogodependiente.

6. Conclusiones

El consumo de sustancias psicoactivos en el ambiente laboral es un problema con el que tienen que convivir las empresas y que lejos de menguar las estadísticas que demuestran su consumo, los últimos estudios exponen que se mantiene estable e incluso aumentan en determinadas sustancias dentro de los centros de trabajo -- se observaron entre los años 2007 a 2013 un aumento de consumo de alcohol e hipnosis antes y un descenso en los consumos de cannabis y cocaína --.

Las empresas son conscientes de los elevados costes que generan, tantos corporativos (en términos de absentismo, disminución de productividad, riesgo de producción de un accidente de trabajo), como para el propio trabajador (pérdida de salud, trabajo y relaciones sociales) y para la administración pública (gastos salud pública, procesos judiciales, programas de prevención) y que es un problema que es una debilidad en la que puede caer el ser humano y se manifiesta dentro de la empresa. Para el trabajador con empleo, la empresa puede ser síntoma de foco con factores de riesgo propensos a favorecer el brote del consumo y para un trabajador sin empleo, el hecho de no tenerlo puede favorecer el consumo de determinadas sustancias como el tabaco o los hipnosedantes y también para una persona adicta puede ser un obstáculo para el proceso de reinserción social. Por lo tanto, no solo los efectos del consumo alcohol y las drogas pueden verse manifestados dentro de la empresa, si no que el propio trabajo – o el hecho de no tenerlo – está íntimamente relacionado con aquel y su separación de estos dos elementos no es del todo fácil. Para eliminar este problema del ámbito laboral hay que buscar una solución que beneficie a todos los afectados.

Demostrado queda de la poca utilidad práctica que tiene la solución punitiva contenida en el tipo del artículo 54, debido a la dificultad probatoria que supone para el empresario a cerca de los requisitos que exige el tipo en cuanto a habitualidad, repercusión negativa y probar si efectivamente el trabajador está lo suficientemente perjudicado cuando actúa con ese comportamiento. Para la obtención de esta prueba se debe acudir a métodos que incumben al ámbito de la seguridad y la salud dentro de la empresa, invadiendo

56 STS 20 febrero 1991 o SSTSJ Cataluña 5 marzo 1991, Murcia 17 junio 1993,

la privacidad del trabajador en casos muy restrictivos para buscar justo lo contrario a la seguridad y la salud laboral que es la reacción disciplinaria a quien tiene esta actitud solo por el hecho de ser alcohólicos o drogo dependiente adquiriendo por tanto el precepto cierto carácter discriminatorio.

Por lo tanto, se debería abandonar el enfoque punitivo del tipo y abordar el problema desde el punto de vista preventivo, creando programas de asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas dentro de la empresa con el apoyo de la administración para superar un problema que no es solo personal, familiar o empresario, sino de todos.

7. Referencias

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- ÁLVAREZ MARTÍN, E . ; SENDINO GÓMEZ, R. y GONZÁLEZ ALONSO, J .: Encuesta 2007-2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011.
- CISCART BEÁ, N.: El despido por embriaguez y toxi-comanía, Barcelona (Bosch), 1998.
- COMAS ARNAU D. Las drogas, guía para mediadores juveniles. Instituto de la juventud. 1987-1992.
- COMAS ARNAU D. El uso de las drogas en la juventud. Instituto de la juventud. 1985.
- DE ASÍS BABÍN VICH F. y otros. Encuesta 2013-2014 Sobre Consumo De Sustancias Psicoactivas En El Ámbito Laboral En España. Observatorio Español sobre Drogas. 2015. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Ministerio del Interior.
- E. PORTELLA, M. RIDAO, E. CARRILLO, E. RIBAS, C. RIBO. M. SALVAT. El alcohol y su abuso: impacto socioeconómico. Madrid: Editorial Médica Panamericana. 1998.
- Estrategia Nacional Sobre Drogas 2009-2016. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid. 2009.
- FAD-EDIS (1996). La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Madrid: Fundación de Ayuda contra la Drogadicción OED.
- GARCIA VIÑA J. ¿Prohibido fumar? La eliminación del tabaco en el lugar de trabajo. Un mecanismo para proteger la salud laboral, Madrid (Tecnos), 2005.
- INFORME N° 4 Observatorio Español Sobre Drogas. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Ministerio del Interior. Madrid Marzo 2001.

- Informe Europeo sobre Drogas Tendencias y novedades. Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. Lisboa. 2014.
- La Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y otras Drogas (EDADES) 2013/2014.
- La incidencia de las drogas en el mundo laboral. Fundación de Ayuda contra la Drogadicción. Madrid. 1996.
- MABUCHI AS, OLIVEIRA DE, LIMA MP, CONCEICAO MB, FERNANDES H. The use of alcohol by workers of the garbage collection service. *Revista latinoamericana Enfermagem* 2007 Vol. 15 Núm 3.
- MARCHAND A. Alcohol use and misuse: what are the contributions of occupation and work organization conditions. *C Public Health*. 2008.
- NAVARRO BOTELLA J. El consumo de alcohol y otras drogas entre las mujeres. Informe de resultados de las encuestas a mujeres en general y a escolares. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Madrid. 2007.
- NAVARRO J. El consumo de drogas. FAD. Sociedad y drogas: una perspectiva de 15 años. Madrid. 2002.
- NAVARRO, J. La incidencia de las drogodependencias en el mundo laboral. Madrid: UGT. 1987.
- OED, Encuesta 2007--2008 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011; PNSD, Encuesta Domiciliaria del Consumo de Drogas (Edades) Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad), 2011.
- Office of National Drug Control Policy. Executive Office of the President. How illicit drug use affect Business and the Economy. https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ondcp/Fact_Sheets/effects_of_drugs_on_economy_jw_5-24-11_0.pdf
- OIT. Iniciativas en el lugar de trabajo para prevenir y reducir los problemas causados por el consumo de drogas y de alcohol. 1988.
- ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994.
- ORTIZ ESCRIBANO J. Condiciones de trabajo y consumo de drogas. UGT, Departamento Confederal de Servicios Sociales. Madrid. 1994.
- RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en AA VV / GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): El despido. Análisis y aplicación práctica, Madrid (Tecnos) 2004.
- ROMERO RÓDENAS, M. J.: Sida y toxicomanías (Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social), Madrid (Ibídem), 1995.

TORRES M.A. (2008). Historia de las adicciones en la España contemporánea.

TORRES M.A. Historia de las adicciones en la España contemporánea. Madrid. 2008.

UGT: Mujer y drogodependencias en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008.

UGT: Mujer y drogodependencias en el ámbito laboral, Madrid (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), 2008.

LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

NURIA DE NIEVES NIETO

Profesora Titular de D. Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

En España se está produciendo un proceso de modernización del mercado de trabajo como resultado de los requerimientos de la Unión Europea para hacer frente a los altos índices de desempleo existentes. Una de las instituciones centrales de este proceso es la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, anunciada primero en la Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016 y regulada posteriormente en el RD 7/2015, de 16 de enero. Dicha norma fija los principios y criterios técnicos de la Cartera de Servicios así como los servicios que la componen, que se estructuran en cuatro grandes bloques: orientación profesional, colocación y asesoramiento a empresas, formación y cualificación para el empleo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. La distribución de competencias en la materia le reserva al Estado la regulación de la Cartera Común, mientras que a las Comunidades Autónomas les corresponde la gestión de los servicios incluidos.

Palabras clave

Servicios Públicos de Empleo; Políticas Activas de Empleo; Cartera Común de Servicios de Empleo.

Key words

Public employment Services; Active employment Policies; Common catalogue of Employment Services.

Abstract

In Spain there is taking place a process of modernization of the labor market as result of the requirements of the European Union to address the high existing rates of unemployment. One of central institutions of this process is the Common Services Portfolio of the National Employment System, announced firstly in the activation Strategy

for the Employment 2014-2016 and regulated later in the RD 7/2015, of January 16. The above mentioned norm fixes the principles and technical criteria of the portfolio of services as well as the services that compose it, which are divided into four main blocks: professional orientation, placement and advice to companies, training and qualification for the employment and advice for the self-employment and counseling entrepreneurship. The distribution of competences in the matter reserves to the State the regulation of the Common Portfolio, while the Autonomous Communities rightful management services included.

1. Introducción

La estrategia de coordinación de políticas de empleo iniciada en la Unión Europea¹ ha sido una de las claves de la transformación del modelo de políticas activas. La modernización del mercado de trabajo ha exigido un refuerzo de las políticas activas para conseguir un adecuado ajuste entre la oferta y la demanda de empleo, ofrecer un aprendizaje permanente para la adquisición de competencias profesionales y aumentar la empleabilidad de los trabajadores y la gestión de las transiciones profesionales. Como reflejo de dicho proceso de modernización, el nuevo concepto de políticas activas de empleo comprende, además de la intermediación en el mercado de trabajo, el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación dirigidos a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta propia o ajena de las personas ocupadas y desempleadas.

En nuestro país la Ley de Empleo 56/2003, de Empleo, inició un cambio de rumbo apostando por un concepto más moderno de las políticas activas de empleo al considerarlas

1 El Consejo Europeo Extraordinario de noviembre de 1997 de Luxemburgo aprobó la Estrategia Europea de Empleo en el denominado proceso de Luxemburgo con la finalidad de coordinar los esfuerzos nacionales en materia de empleo y articular políticas más eficaces. Posteriormente la Estrategia de Lisboa en 2000 definió una nueva estrategia global para el empleo de largo alcance y con el pleno empleo como meta a diez años. El papel central de las políticas de empleo en la Estrategia Europea de Empleo se apreció con claridad en el Libro Verde de la Comisión titulado “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (2006). En esta línea, entre las Directrices integradas para las políticas de empleo 2005-2008 se advierte (en la nº 19) que para mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo es necesaria la modernización y el fortalecimiento de las instituciones de dicho mercado. Esta apuesta comunitaria por el empleo sigue presente en la actual Estrategia 2020 (de 2010), que prevé que los Servicios Públicos de Empleo son los responsables de la calidad de los servicios ofrecidos proporcionando los mecanismos para apoyar la gestión de las carreras profesionales individuales y promover la creación de empleo, prestando mayor atención a las necesidades de los empleadores, y especialmente de las pequeñas y medianas empresas; se insta a que estos servicios de empleo respondan a las necesidades de los ciudadanos y de las empresas con mayor eficacia, eficiencia, flexibilidad y precisión. *Vid.*, J. Luján Alcaraz, “Políticas Públicas frente al desempleo”, *fundación.usal.es*; J. Cabeza Pereiro y M.A. Ballester Pastor, *La Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010 y L. Molina Temboury “La Estrategia 2020 y el empleo” en *RMTIN*, nº 91, 2011.

como auténticas herramientas de activación frente al desempleo, que se complementan con la prestación económica de desempleo y se articulan en torno a itinerarios de atención personalizada a los demandantes de empleo en función de sus características y requerimientos personales y profesionales. Una reforma en profundidad fue anunciada por el RD Ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la Empleabilidad y Reforma de las Políticas Activas de Empleo y, a partir de entonces, el Estado y las Comunidades Autónomas han acordado importantes avances en las líneas de actuación que se han tenido en cuenta para la elaboración de los sucesivos Planes Anuales de Política de Empleo.

A pesar de todas las medidas de política de empleo que se han puesto en marcha hasta el momento sigue sorprendiendo el elevado nivel de paro (23,7%), que supone un importante reto. Los parados de larga duración ya representan más del 60% y siguen existiendo ciertos colectivos especialmente afectados: mayores de 45, jóvenes o trabajadores menos cualificados. Según la EPA, casi la mitad de los desempleados (el 46,9%) no contacta con su Oficina Pública de Empleo y sólo el 30% espera una llamada de la Oficina de Empleo Pública son necesarias medidas de activación para el empleo para que más desempleados participen en la recuperación económica así como el suministro de servicios eficaces de empleo. Para conseguir tales objetivos se aprueba el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, relativo a la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

El Sistema Nacional de Empleo al que se refiere la Cartera de Servicios se encuentra integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de política de empleo) y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas (a los que corresponde, en sus respectivos ámbitos, la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo). Entre los fines del Sistema Nacional de Empleo destaca el ofrecimiento de un *“servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios, capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo sobre las bases de una atención eficaz y de calidad”*, y junto a este se encuentra la tradicional finalidad de puesta en contacto de ofertas y demandas de trabajo facilitando la *“información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de empleo y a los empresarios, contratar a los trabajadores adecuados apropiados a sus necesidades”* (artículos 6 b) y c) de la Ley de Empleo). La consecución de estos fines y el principio de eficacia en la gestión de las políticas de empleo demandan seguir avanzando en el camino de la coordinación entre los distintos sujetos intervinientes, en particular, las distintas Administraciones implicadas, la estatal y las autonómicas.

2. Proceso de Incorporación de una Estructura de Servicios Comunes

Una estructura de servicios comunes de los Servicios de Empleo no aparece por primera vez en normas recientes. Ya había sido introducido con anterioridad, en el artículo

19 ter de la Ley de Empleo 56/2003, por el art 7.2 del RD Ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la Mejora de la Empleabilidad y la Reforma de las Políticas Activas de Empleo, un Catálogo de Servicios a la Ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo. El objeto de este Catálogo era garantizar, en todo el Estado, el acceso a un servicio público y gratuito de empleo en condiciones de igualdad, así como la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo. El Catálogo pretendía recoger los servicios comunes a prestar por los Servicios Públicos de Empleo a las personas desempleadas u ocupadas y a las empresas, sin perjuicio de que cada Servicio Público de Empleo desarrollara y ampliara, en su correspondiente ámbito territorial, la oferta común de servicios para lo que podía establecer su propia carta de servicios, atendiendo a la evolución de su mercado de trabajo, a las necesidades de las personas y empresas, a las prioridades establecidas en el marco del Sistema Nacional de Empleo y a los recursos disponibles.

El contenido del Catálogo de Servicios se articulaba en función de los destinatarios de los mismos: personas desempleados, personas ocupadas y empresas.

a) Para personas desempleadas se veía la realización de un diagnóstico individualizado sobre su perfil y sus necesidades y expectativas mediante entrevistas personalizadas, para poder encontrar un empleo. Una vez identificadas sus condiciones de empleabilidad se les ofrecía información y gestión acerca de ofertas de empleo adecuadas, incluyendo las procedentes de los otros países de la Unión Europea, así como la información sobre el mercado de trabajo, y los incentivos y medios disponibles para el fomento de la contratación y el apoyo a las iniciativas emprendedoras y la posibilidad de solicitar el diseño, elaboración y realización de un itinerario individual y personalizado de empleo, que podía incluir servicios de orientación e información para el empleo y el autoempleo, de mejora de su cualificación profesional y de su empleabilidad, y contactos con las empresas, entidades y organismos públicos para facilitar su inserción laboral. Los desempleados podían acceder a la oferta de acciones de formación profesional para el empleo, con acreditación oficial a través del Repertorio de Certificados de Profesionalidad cuando estuvieran vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones, así como a la evaluación y al reconocimiento de las competencias adquiridas por la experiencia laboral mediante la acreditación oficial de su cualificación.

b) A las personas ocupadas se les ofrecía también un diagnóstico individualizado sobre el perfil y sus necesidades y expectativas para poder mantener el empleo o acceder a uno nuevo; la orientación e información sobre empleo, autoempleo y mercado de trabajo, incentivos y medios disponibles para el fomento de la contratación, el mantenimiento del empleo y el apoyo a las iniciativas emprendedoras, así como medidas para la mejora de su cualificación profesional; la información y gestión de ofertas de empleo adecuadas, incluyendo las procedentes de los otros países de la Unión Europea; la oferta de acciones de formación profesional para el empleo, que favoreciera la promoción profesional

y desarrollo personal de las personas trabajadoras y su derecho a la formación a lo largo de toda la vida, con especial atención a los supuestos de riesgo de pérdida del empleo, y, en fin, la evaluación y reconocimiento de las competencias adquiridas por la experiencia laboral mediante la acreditación oficial de su cualificación.

c) Para la empresas estaba previsto un tratamiento de sus ofertas de empleo, incluyendo su difusión en el marco del Sistema Nacional de Empleo y a través de portales de empleo, preselección y envío de candidaturas, así como la colaboración en las entrevistas y/o procesos selectivos de difícil cobertura; la información y asesoramiento sobre el mercado de trabajo, medidas de fomento de empleo, acceso y tramitación de las mismas, modalidades y normas de contratación, diseño de planes formativos y ayudas para la formación de las personas trabajadoras; la comunicación telemática de la contratación laboral y de las altas, períodos de actividad y certificados de empresa a través del portal del Sistema Nacional de Empleo; y la información, asesoramiento y tutorización para la creación, gestión y funcionamiento de empresas, por parte de emprendedores, trabajadores autónomos y otras empresas de la economía social.

La existencia del catálogo de servicios exigía un modelo de atención personalizada a las personas en situación de desempleo basado en un itinerario individual y personalizado de empleo, como derecho subjetivo, y el apoyo de los Servicios de Empleo en la búsqueda de empleo, modelo que, aunque con otros términos, ya había diseñado en la redacción original del artículo 24 de la Ley de Empleo.

3. La Estrategia de Activación para el Empleo 2014-2016 como Planificación política

En la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, celebrada el 11 de abril de 2013, entre CCAA y MEYSS, se acordaron las líneas de actuación que iban a seguir las políticas activas de empleo en España a partir de 2013, en función de las cuales se elaboraron los Planes Anuales de Política de Empleo de 2013 y de 2014, así como la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, de 23 de septiembre de 2014 (Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre) que, entre otros objetivos, siguiendo las directrices de la Unión Europea, persigue la modernización de la Administración de Empleo. En ella, se aprecian ya cambios significativos de terminología puesto que en lugar de referirse, como hasta el momento, a “medidas y acciones” se hace referencia a “servicios y programas”.

Pero, además, para lograr los objetivos de la Estrategia se apuntó la necesidad de disponer determinados desarrollos normativos en virtud de la competencia constitucional exclusiva del Estado en materia de legislación laboral, sin perjuicio de las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas. Así, adelantó que, en cumplimiento de dicha

Estrategia, se desarrollarían tres reglamentos: uno, en materia de empleo, que incluiría un marco de programas de políticas activas de empleo a ejecutar por las Comunidades Autónomas en materia de fomento del empleo²; otro, en materia de Formación Profesional para el Empleo, que velaría por la adaptación de la formación a las necesidades del mercado de trabajo (en respuesta a este compromiso se ha adoptado el Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral), y, en fin, otro en materia de servicios, que determinaría el contenido los servicios que debían prestar los Servicios de Empleo y fijaría las bases del procedimiento de actualización de los mismos.

Para poder ofrecer una atención adecuada, integral y continuada a los usuarios y garantizar su acceso en condiciones de igualdad, se dispuso que este reglamento de servicios desarrollara los servicios comunes que deberían ser prestados por todos los Servicios Públicos de Empleo que, se avanzaba, se reconducían a cuatro grandes bloques a los que se asignaba un breve contenido.

- Servicio de orientación profesional que debía permitir a los usuarios acceder a un servicio que le ofreciera información sobre el mercado de trabajo, las políticas activas de empleo y la oferta de los servicios comunes y complementarios de la cartera, así como aportarles información y asesoramiento para la definición de su currículum y perfil profesional en términos de competencias, de técnicas para la búsqueda activa de empleo, de alternativas profesionales, de las condiciones de vida y trabajo en la Unión Europea, la oferta formativa y sobre los instrumentos de apoyo a la contratación e inserción en la empresa. El usuario que lo considerara debía poder recibir un diagnóstico individualizado, un itinerario personalizado para el empleo y un acompañamiento también personalizado en el desarrollo del itinerario y el cumplimiento de actividad. Asimismo el usuario debía poder acceder a la identificación de un itinerario formativo, a partir de su perfil, para la mejora de competencias y cualificación profesional.
- Servicio de colocación y de asesoramiento a empresas que permitiría la difusión de las ofertas de empleo en el marco del Sistema Nacional de Empleo y del Portal Único de Empleo (establecido en el artículo 8.2.b) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre). Los usuarios debían poder acceder a la difusión de la información de las ofertas de empleo y su gestión a través de la casación entre ofertas y demandas, y el asesoramiento sobre la contratación y las medidas de

2 Establecerá, entre otros, los importes máximos de las subvenciones dirigidas a sufragar costes salariales de empresas y velará por que las subvenciones no puedan interpretarse como ayudas del Estado y regulará un marco eficaz de evaluación, seguimiento, control y gestión de calidad de esos programas.

fomento, activación e inserción de empleo. Este servicio debía promover la captación de ofertas de empleo y dar apoyo en la prospección e identificación de necesidades de los empleadores, en los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente, así como en la gestión de la movilidad laboral.

- Servicio de formación y cualificación para el empleo. Los usuarios debían, según sus necesidades, poder disponer de asesoramiento y oferta de formación acreditable y no formal y de procesos de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, así como de los instrumentos europeos para favorecer la movilidad en la formación y cualificación profesional. Se adelantaba además que los proveedores de formación dispondrían de un sistema de inscripción y acreditación de entidades de formación profesional para el empleo. La garantía de calidad de la formación se aseguraría realizando actuaciones de asesoramiento, seguimiento y evaluación de la misma.
- Servicio de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Se prevé que los usuarios, incluidos los beneficiarios de las Garantía Juvenil, puedan acceder a un servicio especializado que les facilite la implantación de sus actividades de autoempleo y emprendimiento recibiendo un asesoramiento y acompañamiento en los procesos vinculados, basado en la realización de un itinerario emprendedor que contemple todas las fases del emprendimiento, en especial a la fase de consolidación. Asimismo, podrán recibir asesoramiento sobre incentivos y medios disponibles para el fomento de la contratación. Se advierte que recibirá una especial atención el trabajo autónomo, la economía social y el emprendimiento colectivo.

4. La Ley de Empleo como Marco Normativo Básico

Entre los objetivos de la política de empleo, el artículo 2 de la Ley de Empleo, redactado conforme al RD Ley 8/2014, de 4 de julio, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficacia (reiterándose en la Ley 18/2014, de 15 de octubre) prevé el de “*proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral, así como a las empresas para contribuir a la mejora de su competitividad*”, pero también el de mantener la unidad de mercado de trabajo en nuestro país, para lo cual deben tenerse en cuenta las características específicas de los diferentes territorios y promoverse la corrección de desequilibrios territoriales y sociales. Por su parte, el artículo 9 establece que entre las funciones del Sistema Nacional de Empleo se incluye la de “*determinar y tener actualizada una Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo a prestar por los Servicios*

Públicos de Empleo y que garantice en todo el Estado el acceso, en condiciones de igualdad, a un servicio público y gratuito de empleo”.

El RD Ley 8/2014 introdujo una nueva redacción del artículo 19 *ter* de la Ley de Empleo en la que, por primera vez, se incluye la Institución de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo en un texto normativo, sustituyendo al anterior Catálogo de Servicios a la Ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo. En ese artículo ya se da forma y contenido a la misma, pero no se regula y no se mencionan los servicios que la componen. De un lado se indica que el objeto de la Cartera Común de Servicios es garantizar, en todo el Estado, el acceso en condiciones de igualdad a los Servicios Públicos de Empleo y a los servicios prestados por los mismos, así como la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Específicamente se advierte que el acceso a los servicios de la Cartera Común requiere la inscripción como demandante de empleo de las personas, ocupadas o desempleadas, que pretendan utilizar sus servicios, señalando que los trabajadores desempleados tendrán garantizado el acceso gratuito a los servicios prestados por los Servicios Públicos de Empleo.

Se hace referencia en la Ley a los sujetos implicados en la prestación de los servicios que, siguen siendo los mismos, solo que ahora no se estructuran los servicios en función de los destinatarios, como en el caso del Catálogo anterior. De un lado, los trabajadores, ocupados o desempleados, y las empresas siguen siendo los usuarios de los servicios y, de otro lado, los prestadores de los servicios, los Servicios Públicos de Empleo, deben establecer su propia cartera de servicios que ha de incluir la Cartera Común de Servicios y, además, otros complementarios que cada servicio determine en el ámbito de sus competencias.

Expresamente se remite la regulación de la Cartera Común a un posterior Reglamento y, paralelamente, el contenido del artículo 19 *quater*, que establecía el contenido del Catálogo de Servicios, fue suprimido, primero, por el art. 114.13 del RD Ley 8/2014, de 4 de julio y confirmado, después, por mismo artículo de la Ley 18/2014.

5. El RD 7/2015 como Reglamento Ejecutivo

El Real Decreto relativo a la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, ha pretendido que, por primera vez, desde el proceso de transferencias de las competencias a las Comunidades Autónomas, los servicios que prestan los Servicios Públicos de Empleo tengan un referente común³, siendo de aplicación al conjunto de los

3 Como referencia en la creación de una Cartera de Servicios puede citarse la contenida en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que diferencia: la cartera común

usuarios de los Servicios de Empleo, por lo que el acceso a las prestaciones incluidas en cada servicio se garantizará con independencia del donde se encuentre y en las condiciones de calidad y equidad en todo el territorio nacional.

Como es frecuente en múltiples normas recientes, antes proceder a fijar el contenido de los servicios y requisitos de acceso a los mismos, se ofrecen unas indicaciones que permiten orientar sobre los términos de la regulación. Así, en primer lugar, se expone un listado de conceptos clave con sus correspondientes definiciones para la correcta comprensión de la regulación de la institución.

La Cartera Común de servicios se presenta como el conjunto de servicios comunes cuya prestación continua debe ser garantizada por todos los Servicios Públicos de Empleo en todo el territorio nacional y está integrada, de un lado, por unos servicios comunes, que son los que se corresponden con las funciones y objetivos estructurales del Sistema Nacional de Empleo y que se consideran necesarios para la atención adecuada y continuada a los usuarios y, de otro, por unos servicios complementarios, que son aquellos que, no habiéndose incluido en la Cartera Común sean establecidos por el Servicio Público de Empleo competente para su propio ámbito territorial. Por tanto, la cartera de servicios de un Servicio Público de Empleo será el conjunto de servicios cuya prestación es garantizada por dicho Servicio en el ámbito de sus competencias e incluirá, además de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, aquellos otros servicios complementarios que el propio Servicio Público determine en el ámbito de sus competencias.

El conjunto de actividades que realizan los Servicios Públicos de Empleo son los servicios, que deben prestarse de forma continua y sostenida en el tiempo con el objetivo de atender los derechos o necesidades de los usuarios para mejorar su empleabilidad, facilitar el acceso al empleo, y promover la cobertura de las necesidades del sistema productivo. En la prestación de los servicios comunes han de respetarse tanto los principios de actuación y objetivos establecidos en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 como los siguientes principios o instrumentos de aplicación: la transparencia, la igualdad de acceso a los servicios -que se proveerán sin discriminación por cualquier condición personal o social, sin perjuicio de la aplicación de las actividades específicas para personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral-, la eficiencia, la trazabilidad de las actividades -desde el inicio de su ejecución hasta la evaluación de su impacto-, la orientación a resultados, medidos a través de evaluaciones periódicas de los servicios y actividades, la calidad técnica y de gestión en la prestación de los servicios, la atención personalizada en la prestación del servicio al usuario, la portabilidad e

básica de servicios asistenciales, cubiertos de forma completa por financiación pública; la cartera común suplementaria que incluye aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y está sujeta a aportación del usuario; la cartera común de servicios accesorios.

interoperabilidad de servicios y datos dentro del Sistema Nacional de Empleo, la activación para el empleo -mediante el refuerzo de la vinculación entre las políticas activas y pasivas de empleo-, y, por último, la gestión por competencias profesionales, como un elemento central de los servicios y de la modernización de los Servicios Públicos de Empleo.

En la regulación del RD 7/2015 se identifican, por un lado, los sujetos implicados en la prestación de los servicios, esto es, los usuarios de los servicios y los prestadores de los servicios, a diferencia -como se ha advertido con relación al contenido de la Ley de Empleo- de la estructura anterior del Catálogo de Servicios a la Ciudadanía de los Servicios Públicos de Empleo y, por otro lado, los servicios incluidos en la Cartera Común.

A los sujetos que pueden utilizar los servicios se les atribuye un rol distinto, en función de sus necesidades y requerimientos: podrán ser demandantes de empleo y servicios o únicamente solicitantes de servicios. Ambos tendrán derecho a recibir los servicios de la Cartera Común y los servicios complementarios que se establezcan mediante una atención personalizada y adaptada a sus expectativas y necesidades, sobre la base de su perfil, y de acuerdo con los requisitos de acceso que se establezcan en los Protocolos específicos que incluirán los contenidos y requisitos comunes de prestación. A estas personas se les ha de garantizar el acceso en condiciones de igualdad a los Servicios Públicos de Empleo y a los servicios que prestan, y la igualdad efectiva de oportunidades y la no discriminación en el mercado de trabajo, sin perjuicio de la especial atención mediante actuaciones específicas a los colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral como: jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes⁴.

Las personas desempleadas siguen teniendo derecho a que los Servicios Públicos de Empleo les confeccionen un itinerario personalizado para el empleo, que conllevará por su parte el cumplimiento del compromiso de participación activa en los servicios que incluya el itinerario. Dicho compromiso, como venía exigiéndose, ha de quedar recogido en un acuerdo personal de empleo. En el caso de que los desempleados sean perceptores de prestaciones por desempleo, habrán de cumplir, además, las obligaciones correspondientes al compromiso de actividad. El incumplimiento de estas obligaciones, por causas no justificadas, da lugar a las sanciones previstas en el artículo 47 -en relación con el artículo 17- del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁴ Artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo, redactado conforme al artículo 114 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficacia.

En segundo lugar, serán usuarias de los servicios las empresas, con independencia de su forma jurídica, a las que en función de sus requerimientos, se les atribuirá la condición de: ofertantes de empleo o solicitantes de servicios.

De otro lado, la prestación de los servicios se lleva a cabo por los Servicios Públicos de Empleo que pueden hacerlo, bien directamente a través de sus propios medios, o bien a través de entidades colaboradoras habilitadas para ello, entendiéndose por tales las agencias de colocación –que hayan firmado el correspondiente convenio de colaboración, según lo establecido en el RD 1796/2010, de 17 de septiembre, por el que se regulan las Agencias de Colocación-, si bien no se detalla el papel de dichas agencias en la prestación de los servicios, tan solo se declara la intención de promover la colaboración con ellas.

La Cartera Común de Servicios, siguiendo la indicación de desarrollo prevista tanto en la Estrategia de Activación como en la Ley de Empleo, presenta una serie de servicios que no son nuevos puesto que, en su mayoría, ya se venían prestando, y que se reconducen a cuatro grandes bloques comunes a todos los Servicios de Empleo: orientación profesional, colocación y asesoramiento a empresas, formación y cualificación profesional para el empleo y, por último, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento. Cada uno de estos cuatro servicios está formado por distintas actividades básicas que se han de impartir de forma idéntica en todas las Comunidades Autónomas. Para ello deberán concretar su contenido y unos Protocolos de evaluación y control, que aún están pendientes de desarrollarse por parte de las Comunidades Autónomas y que, posteriormente se tendrán que aprobar mediante Órdenes Ministeriales, según la disposición adicional primera del Real Decreto.

A) Servicio de orientación profesional

Se trata de servicio integral que tiene por objeto la información, el diagnóstico de la situación individual, el asesoramiento, la motivación y acompañamiento en las transiciones laborales que pueden producirse desde la educación al mundo laboral o entre las diversas situaciones de empleo y desempleo que pueden darse a lo largo de la vida laboral. En todo caso, este servicio integral requiere que las personas que lo presten, orientadores laborales posean una formación también integral, lo que implica, entre otras cosas, la necesidad de poseer conocimientos permanentemente actualizados de la situación del mercado de trabajo para lo cual es necesario que dispongan de medios materiales y técnicos suficientes para cumplir dicha función.

La finalidad del servicio de orientación es ayudar a los usuarios a mejorar su empleabilidad, promover su carrera profesional y facilitar su contratación u orientar hacia el autoempleo. La orientación profesional se convierte, en fin, en una necesidad continua a lo largo de la vida de los trabajadores

Las actividades básicas que se incluyen en este servicio son: el diagnóstico individualizado de la situación del usuario y elaboración de su perfil (identificando sus habilidades, competencias, formación, experiencia, intereses...) que llevarán a clasificar al usuario en el correspondiente grado de empleabilidad, el diseño de un itinerario personalizado para el empleo a través de una comunicación del proceso más adecuado para el acceso al empleo, el acompañamiento personalizado en el desarrollo del itinerario y, en su caso, del compromiso de actividad, y determinadas labores de asesoramiento, información y apoyo, a través tanto de medios tradicionales como de medios telemáticos y redes sociales, con relación a la búsqueda activa de empleo, la definición de los currículos, la situación del mercado de trabajo o las ofertas de formación.

B) Servicio de colocación y de asesoramiento a empresas

En realidad, se trata de dos servicios diferentes, en primer lugar, el servicio de colocación incluye una tradicional labor de intermediación en el mercado de trabajo que persigue la identificación y gestión de ofertas de empleo, incluyendo las procedentes de otros países, y además la localización y desarrollo de nuevas oportunidades de empleo, vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias. Las concretas actividades que se integran en este servicio de colocación son: la prospección e identificación de necesidades de los empleadores, la captación de ofertas de empleo no gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo y la difusión de información sobre las ofertas de empleo adecuadas y disponibles.

En segundo lugar este servicio debe desarrollar labores de asesoramiento a empresas que incluye actividades la información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la activación, la contratación e inserción en la empresa, la comunicación de la contratación laboral y de las altas, períodos de actividad y certificados de empresa, y, por último, el apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos en el artículo 45 del RD 1483/2012 relativo a los despidos colectivos en la Administración, con relación a la elaboración del plan de recolocación.

C) Servicio de formación y cualificación para el empleo

Se persigue con este servicio la promoción de la formación, cualificación profesional, recualificación y actualización permanente de las competencias profesionales con el fin de facilitar la transición al empleo, ajustando la oferta formativa y la de los proveedores de formación a las necesidades del mercado de trabajo. Los usuarios podrán beneficiarse de la mejora de sus competencias profesionales a través de una oferta de formación acreditable y formación no formal, así como el reconocimiento de competencias adquiridas por la experiencia laboral.

Las actividades que integran este servicio son, primero, la formación profesional para el empleo según las necesidades de los usuarios que comprenderá la programación de una oferta de formación profesional para el empleo, la formación de demanda que realizan las empresas para sus trabajadores y la formación en alternancia con el empleo, promoviendo asimismo la formación profesional dual mediante la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje; segundo, el control, seguimiento y evaluación de la calidad de la formación; tercero, la evaluación, reconocimiento y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral; cuarto, el mantenimiento y actualización de la cuenta de formación; quinto, la inscripción, acreditación y selección de centros y entidades de formación profesional para el empleo y, sexto, la gestión de los instrumentos europeos para favorecer la movilidad en la formación y cualificación profesional.

D) *Servicio de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento*

Este servicio tiene por objeto el apoyo y la promoción de las iniciativas emprendedoras y generadoras de empleo y autoempleo, vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias, con especial atención al trabajo autónomo, a la economía social y a la dinamización del desarrollo económico local.

A través de este servicio de asesoramiento se pretende, a través del acompañamiento en las iniciativas de los usuarios, facilitar la implantación de actividades de autoempleo y emprendimiento, para lo cual los Servicios Públicos de Empleo deben procurar la coordinación necesaria con las redes de oficinas públicas y privadas encargadas de promover el autoempleo y el emprendimiento, en particular los Puntos de Atención al Emprendedor.

Las actividades que se han de desarrollar en este servicio son, por una parte, las de asesoramiento sobre el autoempleo y el emprendimiento de una actividad productiva, sobre ayudas a las iniciativas emprendedoras y de autoempleo, así como sobre incentivos y medidas disponibles para el fomento de la contratación. Además, el fomento de la economía social y del emprendimiento colectivo, por otra parte, incluye actividades de apoyo a la constitución de cooperativas, sociedades laborales y otras entidades de economía social.

6. La Política de Empleo en la Constitución Española

La Constitución Española no hace referencia expresa al empleo, aunque reconoce en su artículo 35, incluido en el Título referido a derechos y deberes de los ciudadanos, el derecho al trabajo de forma genérica (en una dimensión individual del derecho al trabajo). A este reconocimiento se añade una mención específica al empleo en el artículo 40.1 que marca como objetivo precisamente el “*pleno empleo*” (en una dimensión colectiva

del derecho al trabajo). Este artículo, situado entre los principios rectores de la política social y económica, insta a que la política económica se oriente preferentemente hacia la consecución del pleno empleo por encima de otros criterios de racionalidad económica.

En definitiva, el artículo 40.1 de la Constitución Española encierra una encomienda a los poderes públicos para que realicen una política orientada a tal objetivo entendiendo que para ello, no solo se ha de contar con un elemento cuantitativo sino también con ingredientes de productividad o eficiencia de las actividades que al efecto se desarrollen (pleno empleo cualitativo)⁵. Esto implica la provisión pública de unos servicios de acción y protección social que garantice las necesidades de los individuos en relación con el empleo. En respuesta a este mandato los poderes públicos han asumido el deber de crear un Servicio Público de Empleo destinado a poner los medios necesarios para tender al pleno empleo, lo que, desde luego, no implica la obligación de proporcionar un puesto de trabajo concreto a cada ciudadano que lo demanda.

En este marco constitucional, la propia Ley de Empleo ha definido la política de empleo como “*el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen como finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la reducción de situaciones de desempleo*”.

Con relación a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁶, no existe en la Constitución ningún precepto dedicado a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de empleo, por lo que el reparto competencial ha de buscarse en aquellos preceptos constitucionales referidos a la distribución competencial de materias con las que el empleo tiene vinculación. Una primera referencia competencial puede encontrarse en el artículo 149.1.1 de la CE que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. La jurisprudencia constitucional⁷ ha atribuido carácter transversal a este título afirmando que la finalidad del precepto es la garantía de una homogeneidad social mínima. Resulta, pues, pertinente la invocación del apartado 1 del artículo 149.1 de la CE, cuando una mínima centralización ejecutiva es imprescindible en garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles (SSTC 64/1989, de 6 de abril, 189/1989 y 190/1989, de 16 de noviembre). En este sentido, el artículo 2 a) de la Ley 56/2003 establece como objetivo de la

5 A. Martín Valverde, “Política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo” en *Documentación Laboral*, nº 9, 1983, p. 66.

6 Vid. M. Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas” en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 9 y sig.

7 STC 61/1997, de 20 de marzo.

política de empleo “*garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la CE, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión u oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna*”.

El segundo título competencial es el referido a la legislación laboral; la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral reside, como es sabido, en el apartado 7 del artículo 149.1, que establece la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación laboral, correspondiendo a las Comunidades Autónomas su ejecución. Aunque la mayor parte de las competencias relacionadas con la política de empleo podrían estar incluidas en este título por su vinculación con las relaciones de trabajo, eso no significa que el concepto legislación laboral incluya de forma exclusiva toda la política de empleo. Los límites de lo que había de entenderse por legislación laboral debieron ser precisados para determinar el ámbito competencial que corresponde en exclusiva al Estado⁸. El Tribunal Constitucional, en SSTC 18/1982, de 4 de mayo, 39/1982, de 30 de junio, o 51/2006, de 16 de febrero, ha entendido que, en la expresión “legislación laboral”, legislación ha de interpretarse en un sentido material incluyendo tanto la potestad legislativa como la reglamentaria de desarrollo, preservando así la ordenación uniforme de la materia laboral en todo el territorio nacional⁹. Las Comunidades Autónomas mantienen, entonces, la potestad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en materias de su competencia o que afecten a la mera estructura interna de la organización administrativa (STC 57/1982, de 27 de julio). Lo fundamental para determinar la titularidad de la competencia controvertida es, según la STC 86/1991, de 25 de abril, la configuración material del acto que permite analizar si pertenece a la esfera de la legislación o de la ejecución en materia laboral. Por su parte, el término laboral “no puede ser entendido... como potencialmente ilimitado..., cosa que inevitablemente sucedería si el adjetivo “laboral” se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo” (STC 35/1982, de 14 de junio), “ya que de ser así, no tendría sentido la referencia en el propio texto constitucional a materias como la Seguridad Social, emigración, inmigración, extranjería, e incluso medidas de planificación

8 *Vid.*, M. Alonso Olea, “Las Comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 3, 1982, p. 6.

9 Así, las disposiciones reglamentarias estatales de carácter general, a través de las que se pretenda garantizar dicha uniformidad en materia laboral en todo el territorio nacional forman parte de la legislación laboral. *Vid.*, M.E. Casas Baamonde, “Relaciones laborales y autonomías territoriales: nuevas perspectivas”, *Relaciones Laborales*, T-II, 1991, p. 15; J. García Murcia, “Las fuentes del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional: notas para un balance” en *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 1997, p.18 y sig.; F. Cavas Martínez y C. Sánchez Trigueros, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, p103 y sig.

económica que inciden sobre las relaciones laborales”¹⁰. El sentido concreto que se atribuye a esta acepción estaría referido al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose como legislación laboral la que regula directamente la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los cuales y bajo cuya dirección se prestan esos servicios. Por su parte, la inclusión del tratamiento de las prestaciones por desempleo en el concepto del empleo fue reconocida por el Tribunal Constitucional en su STC 195/1996, de 28 de noviembre¹¹, que consideró que se había producido una segregación de la materia de la protección contra el desempleo respecto del sistema de Seguridad Social para incluirla en un sector legislativo autónomo y unitario como es el del empleo que comprende: la definición y ejecución de la política de empleo, el fomento del empleo, la protección por desempleo y los servicios de colocación y empleo. Esto implica que materias como la colocación, el fomento del empleo y la formación profesional ocupacional, en tanto que son estadios previos a la relación laboral, se encuentren claramente incluidas en el concepto de “legislación laboral”¹².

Pero estas no son las únicas referencias constitucionales a la política de empleo. Debe tenerse en cuenta que el artículo 149.1.13 declara que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y, si la política de empleo tradicionalmente ha formado parte de la política económica, corresponde al Estado también la competencia exclusiva del establecimiento de un servicio público de empleo y su garantía¹³. La ejecución de las normas dictadas en virtud de la competencia estatal sobre las bases y coordinación de dicha planificación corresponde a las Comunidades Autónomas, sin que en el ejercicio de su competencia normativa pueda el Estado desapoderar a las mismas de las competencias estatutariamente asumidas. Por su parte, el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional, puede ser asumido a través de los Estatutos de Autonomía, según el artículo 148.1.13 de la CE, por las Comunidades Autónomas.

Todas las referencias expuestas se dejan notar en el Real Decreto 7/2015 sobre la Cartera Común de Servicios. Los títulos competenciales en los que se enmarca la materia

10 M. Rodríguez Piñero Royo y M.L Pérez Guerrero, “El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía”, *Temas Laborales*, nº 100, Vol. I, 2009, p. 200.

11 Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra la LISOS, referido, entre otras cosas, a si los conceptos empleo y prestaciones por desempleo podían incluirse para definir una categoría propia en el ámbito de las infracciones y sanciones del orden social.

12 Porque son “actividades de contratación laboral en sus diversas fases o estadios”, SSTC 195/1996, de 28 de noviembre, 95/2002, de 17 de octubre y 190/2002, de 17 de octubre.

13 M.R. Vallecillo Gámez, “Principios Básicos de la intermediación laboral” en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del empleo* (Dirs. J.L. Monereo, M.N. Moreno Vida y J.A. Fernández Avilés), Comares, Granada, 2011, p. 528.

de empleo habilitan al Estado para dictar, en exclusiva, leyes y reglamentos de desarrollo –como el referido– en materia de servicios comunes de los Servicios de Empleo. La gestión y aplicación de dicha normativa será competencia de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus correspondientes territorios de la mano, como apunta la STC 95/2002, de 25 de abril, de la facultad de ejecución de la legislación laboral.

Esta distribución de competencias en la materia hace que esté reservada al Estado la legislación o regulación, de ahí que la disposición adicional primera del Real Decreto 7/2015 atribuya al Ministerio el desarrollo del contenido de las actividades incluidas en la cartera común, así como los Protocolos y criterios de calidad para su prestación, mediante Orden Ministerial. Ahora bien, es evidente que esta competencia normativa estatal afecta muy directamente a las competencias ejecutivas autonómicas¹⁴, de donde se sigue que debe ejercerla de acuerdo con el principio constitucional de lealtad institucional¹⁵, dándoles la debida participación a las Comunidades Autónomas, a lo que alude el inciso “*en colaboración con las Comunidades Autónomas*” del precepto citado. Para ello, el cauce normal de colaboración es la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, en cuyo seno pueden adoptarse acuerdos sobre el desarrollo de la cartera común, que después el Ministerio sancione y publique mediante orden ministerial. Lo que el precepto no dice es qué cabe hacer en el caso de que dicha colaboración se frustre por el desacuerdo entre el Estado y las Comunidades Autónomas o algunas de ellas. Parece razonable pensar que, siendo estatal la competencia reguladora en cuestión, el deber de colaboración se cumple con su intento, no exige un determinado resultado (que depende, además, de más de una voluntad), por lo que la ausencia de acuerdo no impide que, como *última ratio*, el Ministerio apruebe por Orden los contenidos de las actividades incluidas en la cartera común y los Protocolos y criterios de calidad necesarios para su prestación.

En todo caso, el esquema descrito nos muestra que el Estado es quien ordena pero no quien presta, siendo las Comunidades Autónomas quienes deben arbitrar los medios personales, materiales, técnicos y financieros de la prestación, hasta donde dispongan de ellos o hasta donde su voluntad lo estime prioritario. Así ocurre con varias de las prestaciones fundamentales del Estado social en España: no sólo con las de empleo de que se ocupa este trabajo sino también, por ejemplo, con las del Sistema Nacional de Salud. El principal problema de esta distribución competencial en un Estado complejo es que, si falla la obligada coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas, se distancien

14 Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del RD 7/2015, la ejecución de los servicios comunes y complementarios en él regulados se financiará, con carácter general, mediante los recursos propios de las Comunidades Autónomas, por lo que el Estado está imponiendo deberes cuyo cumplimiento compete a las Comunidades Autónomas con cargo a sus propios medios, aunque el precepto también prevé que se acuerden transferencias de fondos para financiar actividades incluidas en la cartera común.

15 Por todas, SSTC 239/2002, de 11 de septiembre, 13/2007, de 18 de enero y 247/2007, de 12 de diciembre.

los fines que regula el primero de los medios que disponen las segundas, abocando a la ineficacia del sistema entero. Pero este es un problema que no afecta ya solo a las políticas de empleo sino también a otras, como se acaba de apuntar, por lo que requiere ser abordado por la perspectiva más general de la arquitectura institucional y financiera del Estado autonómico.

COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LOS EMIGRANTES EUROPEOS

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada.

Resumen

En los países de la Unión Europea y, en particular en España, la inmigración continúa siendo uno de las cuestiones sociales que más atención ha acaparado en los distintos medios de comunicación, lo que ha llegado a convertir al país ibérico en un receptor natural de constantes flujos migratorios. Principalmente esta problemática se ha visto acrecentada a causa de la grave coyuntura de crisis económica que, desde el 2008, viene implacable fustigando a las frágiles estructuras de todos los mercados nacionales, incluido el español. La gravedad y universalidad del problema han planteado algunos interrogantes acerca de la adaptación de los sistemas europeos de Seguridad Social. Este hecho determina que la coordinación de la Seguridad Social Europea sea ahora más necesaria si cabe que nunca.

Palabras clave

Retorno; Desempleo; Emigración; Seguridad Social y Coordinación.

EC member states coordination of unemployment benefit for European migrants

Abstract¹

Among the European Union states, and especially in Spain, immigration is still one of the most controversial and conflictive social issues. Indeed, this Iberian state has become a natural country of destination for continuous migration flows and a proof of that is the fact it has dramatically captured international media's attention. This problem has mainly been increased because of the critical situation prompted by the economical crisis since 2008, which has damaged the frail structures of every single national market, including the Spanish one. The seriousness and universality of this issue have raised

¹ Traducción al inglés realizada por Pablo Fernández Rubio.

several questions about the adaptation abilities of the European National Health Services and demand an organized coordination among them, just because today is more required than ever.

Key words

Return; Unemployment; Migration; Emigration; Immigration; Seguridad Social (or Spanish Health National Service) and coordination.

1. Introducción

Los incesantes movimientos migratorios de trabajadores en el mercado interior europeo (que se desplazan dentro del espacio de la Unión Europea) en busca de nuevas oportunidades de vida y trabajo, viene ocupando desde hace tiempo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la ciudadanía. Es harto significativo que esta materia figure como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico, de cohesión e integración social que tanto necesita el conjunto de Estados miembros.

En los países de la Unión y, en particular en España, la emigración continúa siendo uno de las cuestiones sociales que más atención ha acaparado en los distintos medios de comunicación, lo que ha llegado a convertir a esta región en un natural emisor de constantes flujos migratorios. Principalmente esta problemática se ha visto acrecentada a causa de la grave coyuntura de crisis económica que, desde el 2008, viene implacable fustigando a las frágiles estructuras de todos los mercados nacionales, incluido el español. La gravedad y universalidad del problema han planteado algunos interrogantes acerca de la adaptación de los sistemas europeos de Seguridad Social. Este hecho determina que la coordinación de la Seguridad Social Europea sea ahora más necesaria si cabe que nunca. La coordinación instrumental (no armonización legislativa, pues su finalidad no es establecer un sistema normativo comunitario de Seguridad Social) de los distintos sistemas de Seguridad Social supone la traslación a este ámbito del derecho a la libre circulación de trabajadores, en los términos que fijan los artículos 45 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esto se traduce, paradigmáticamente, en el derecho a circular libremente por la Unión Europea conservando los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social, con el consiguiente derecho a exportar las prestaciones, sin que la legislación del Estado miembro que reconoció una prestación pueda condicionar su disfrute a la residencia o permanencia en el territorio de dicho Estado.

En relación con el *desempleo* —y en este contexto crítico—, el régimen de exportación se desarrolla en los artículos 63 a 65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en los artículos 55 y 56 del Reglamento (CE) núm. 987/2009. Nótese que en estos preceptos se

ponen de manifiesto cómo la libre circulación de trabajadores y, por ende, los principios de conservación o mantenimiento de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social y de exportación de prestaciones, alcanzan no sólo a los trabajadores migrantes en activo que se desplacen a otros Estados miembros en búsqueda de empleo, sino también a las personas desempleadas que *retornen* a España para disfrutar de la protección por desempleo.

La presente comunicación tiene por objeto analizar los distintos Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de Seguridad Social para los trabajadores europeos, haciendo especial énfasis en el régimen (de Derecho social comunitario y nacional) de exportación de las *prestaciones por desempleo* de trabajadores retornados a España. Por lo que, se incide en cuestiones tan relevantes como el relativo a la determinación de hasta dónde podrá alcanzar la protección por desempleo, o si podrá o no el trabajador, que goza de la ciudadanía de la Unión (y ostentan, por tanto, los derechos anudados a dicha condición jurídico-política, artículos 18 y siguientes y 45 y siguientes del TFUE, incluida la expresa prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros), disfrutar de los tres niveles previstos por nuestra legislación. Tras ello subyace la realidad normativa de la “territorialización” de la protección por desempleo. Todos estos problemas tratarán de ser resueltos en este trabajo. Finalmente, al marco normativo de referencia se le incorpora necesariamente la interpretación que para estas problemática han establecido, hasta la fecha, los numerosos pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

2. Problemática General: Retorno y Crisis Económica

Las migraciones son, a día de hoy, una realidad muy compleja que se sitúa cada vez más en el centro neurálgico de la acción política y jurídica a desarrollar por parte de todos los Estados. El modo de afrontarla y gestionarla resulta de difícil aplicación en el marco de una sociedad globalizada. Y es que, actualmente, no existe una infraestructura institucional y jurídica adecuada a nivel internacional, que otorgue una respuesta uniforme al conjunto de interrogantes que se plantean dentro de los sistemas normativos de los diferentes países.

Los constantes movimientos de salida, retorno o ambos conjuntamente que sufren las naciones occidentales mayoritariamente han motivado el establecimiento de una serie de mecanismos de control con la intención de salvaguardar sus mercados de trabajo. En este sentido, algunos Estados se han visto verdaderamente desbordados en los últimos años, principalmente, a causa de una entrada masiva de personas en busca de posibilidades vitales que a duras penas encontraban en sus países de origen. Ya sea debido a razones geográficas, políticas, económicas o incluso sociales, una inmensa cantidad de personas

han saturado las costas mediterráneas de la Unión Europea. Esta situación ha motivado que los Estados y otros actores tomen conciencia de la gravedad del problema, de ahí que se hayan adoptado desde el ámbito comunitario una serie de medidas de política jurídica de control de flujos enfocada a la racionalización económica (Monereo y Triguero, 2012: 12) e incluso a la laboralización de las políticas migratorias (Rojo y Camas, 2010: 15).

En concreto, la figura del retorno ha estado desde siempre presente en las medidas de política migratoria que se han adoptado a nivel europeo, aunque si bien de manera tangencial y limitada, pues muchas veces se ha asociado al fracaso del proyecto migratorio. En los últimos tiempos este fenómeno ha cobrado gran relevancia debido a la situación de crisis de empleo que viven los países receptores de esta mano de obra (Charro, 2013: 70), entre los que se encuentra España.

Lamentablemente, la respuesta entre los distintos países se ha hecho notar de una forma poco deseable, siendo así muy dispares las medidas adoptadas entre ellos. Así pues, mientras que algunos Estados han optado por favorecer el retorno otros, por el contrario, han sacado a la luz la fragilidad de sus mercados. Principalmente, éste último ha sido el caso de España en donde sus migrantes se han caracterizado por ocupar empleos poco cualificados y de carácter temporal (Charro, 2013: 71), lo que ha motivado el surgimiento de la irregularidad y precariedad. Y es que, como en toda crisis, los estamentos más débiles han sido los más perjudicados, especialmente la porción poblacional que incluye a los emigrantes retornados. Esta crispada situación no sólo se ha traducido en un aumento del empleo sumergido, sino también en un crecimiento vertiginoso y de larga duración de los niveles de desempleo debido todo ello a la caída de la actividad productiva (López, 2015: 124).

3. Políticas de Retorno y Marco Jurídico: La Protección por Desempleo

Si el retorno implica la vuelta al lugar o la situación en la que antes se estuvo (Meléndez, 2013: 201), por emigrante retornado cabe entender la propuesta de definición que ofrece la División Estadística de la Organización de las Naciones Unidas.

Aquellas personas que regresan al país del que habían salido antes de ser inmigrantes internacionales (de larga o de corta duración) con la intención de quedarse en su propio país durante al menos un año (United Nations Division, 1998).

En este sentido, el retorno puede deberse a distintas circunstancias (Charro, 2013: 105)² siendo la más frecuente aquella que consiste en una decisión voluntaria de regreso

2 Señala la profesora Charro Baena que son múltiples los factores y formas de retorno. En primer lugar, se encuentra el retorno *decidido* o *escogido* que es aquél que se lleva a cabo de forma voluntaria y sin

desde el país de destino al de procedencia (Vilar, 2006: 188), sin que necesariamente tenga ésta un carácter definitivo.

Pese a que existe un derecho a emigrar reconocido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no se establece en esa legislación, en cambio, ninguna obligación de acogida. De forma que no cabe afirmar que se haya previsto una simetría entre el derecho a salir de un país y el derecho a entrar en otro Estado (Charro, 2013: 71). El resto de normas internacionales que recogen esta materia reiteran e insisten en esa misma idea de una forma programática, pero no concretan y desarrollan el contenido de este derecho como tal. En este sentido, cabe citarse dos grandes textos internacionales, de un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 12 y, de otro lado, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias de 1990. Pacto éste último en donde en su artículo 67 se prevé el deber de los Estados de adoptar medidas para fomentar el retorno de los emigrantes y sus familias, para lo cual cabe establecerse condiciones económicas adecuadas que garanticen el reasentamiento y reintegración de los retornados en sus países de origen³.

En España, tras el fracaso de la Ley de Extranjería de 1985, pasa a abordarse el tema del retorno en el artículo 42 de la Constitución Española (CE) que encomienda al Estado la tarea de salvaguardar los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, para lo cual los poderes públicos deberán orientar su política hacia el retorno. Tal y como indica la doctrina científica, este precepto no puede entenderse de forma aislada, sino como parte de un todo, pues esta previsión no es más que una expresión del Estado Social y democrático de Derecho que propugna la Carta Magna en su artículo 1.1 (Olarte, 2009: 134). El retorno no goza, por tanto, de las mismas garantías que

que medie medidas coercitivas. En segundo lugar, aparece el *retorno asistido*, esto es, el que operan los inmigrantes que desean volver a su país de origen, siempre que cumplan las condiciones previstas en un programa concreto y por el que reciben determinadas ayudas. En tercer lugar, está el *retorno incentivado* entendido éste como aquel en el que el migrante retornado se acoge a una prestación o subsidio, de duración diferente según el país de acogida y que tiene por finalidad cubrir los gastos de viaje, reinserción en el Estado de origen y, posterior, búsqueda de empleo o nueva emigración. En cuarto lugar, figura el *retorno forzoso* o llevado a cabo en el marco de acuerdos de regulación de flujos migrantes de temporada. Y, finalmente, se encuentra el *retorno espontáneo*, en virtud del cual la persona que desea retornar no se acoge a ningún programa institucional o marco normativo.

- 3 Al hilo de este deber se ha establecido en España, a través de la Disposición adicional octava de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la posibilidad de que Gobierno contemple anualmente la fijación de programas de retorno voluntario. Se trata de una disposición que ha sido introducida por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

se establecen para los derechos fundamentales, sino que se enuncia entre los principios rectores de la política social y económica en su art. 42 CE, de ahí que deba informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (tal y como establece en el artículo 53.3 del Texto Constitucional). Por lo que, claramente, se diferencian aquí dos garantías para los emigrantes retornados que deberán ser observados y protegidos por el Estado, actuando como nexo común entre ellos el principio de igualdad de los trabajadores españoles en el extranjero y los ciudadanos que residen en territorio nacional. Ambos mandatos quedan vinculados al derecho de libertad de emigrar cuyo ejercicio efectivo requiere, de un lado, adoptar normas que no afecten a sus derechos y, de otro lado, eliminar los obstáculos y promulgar medidas que faciliten el regreso a su Estado de origen (Meléndez, 2013: 203-204).

A fin de cumplir con esta previsión se ha aprobado la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, que regula el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, y cuyo Título II aparece dedicado, por primera vez, a una *Política integral en materia de retorno*. Se trata esta ley de 2006 de una normativa que responde a una concepción muy estricta del concepto de retornado que se refiere, únicamente, a los ciudadanos de nacionalidad española que abandonen su país de origen para emigrar a otros lugares y a sus descendientes. No obstante, esta acepción quedará posteriormente ampliada gracias a la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecuciones o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Así pues, en esta Ley de Memoria Histórica se contemplarán ahora dos supuestos más:

En primer lugar, a los voluntarios integrantes de las Brigadas internacionales, a los que se les permitirá acceder a la nacionalidad española sin necesidad de que renuncien a la que ostenten hasta este momento (art. 18); y, también, a las asociaciones ciudadanas que se hayan significado en la defensa de la dignidad de las víctimas de la violencia política a que se refiere esta Ley (Exposición de motivos de la Ley 52/2007).

La aprobación de la Ley 40/2006 ha sido muy aclamada por la sociedad, pues la existencia de una legislación reguladora de los derechos de los emigrantes brillaba hasta ese momento por su ausencia. Junto a una serie de disposiciones de carácter general esta norma ha establecido un Título II que pretende acentuar, evidentemente, las características configuradoras de las políticas de retorno, su diseño y la configuración de los elementos específicos que conforman la protección del ciudadano español en el exterior (Charro y San Martín, 2009: 575). En este contexto, las referencias a medidas específicas de protección de los emigrantes retornados no sólo se contienen en esta norma de 2006, sino que además aparecen otras a lo largo del ordenamiento jurídico español que buscan, igualmente, completar la protección en caso de retorno, en especial, en materia de protección social.

A pesar de lo expuesto, se comprueba cómo España todavía no ha sido capaz de tomar conciencia real de unas políticas adecuadas en materia de retorno (Gómez-Millán, 2011: 359). Y es que, sobre la base de que se trata éste de un país de emigración, la CE (siguiendo la tónica marcada por la normativa internacional y comunitaria) ha diseñado un marco jurídico que, ciertamente, se aleja de toda posibilidad real de protección para aquellos trabajadores españoles que retornan a su lugar de origen. Por lo que los poderes públicos abordan, con mayor o menor fortuna, esta materia desde el punto de vista de la inmigración, es decir, sobre la idea base de que los que vienen aquí lo hacen para quedarse y componer, junto al resto de nacionales, su proyecto de vida en el país de destino (Charro, 2013: 77)⁴. Y dentro de esta desregulación con vocación permanente y enfocada a adoptar medidas que incentiven el abandono de los extranjeros de la nación española⁵ es en donde aparecen, paradójicamente, esbozadas las medidas públicas de retorno.

3.1. *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el principio de libre circulación de personas*

El Derecho de la UE, al igual que sucede con los convenios internacionales bilaterales o multilaterales sobre Seguridad Social, se fundamenta en la coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social de sus Estados miembros, por lo que rige aquí el principio de *coordinación* y no el de armonización o unificación legislativa (Arrieta, 2014: 183).

La diferencia es nítida, mientras que la coordinación adopta las medidas necesarias para relacionar los Sistemas entre sí sin alterar los ordenamientos nacionales, la armonización incide precisamente en dichos ordenamientos nacionales y tiende a suprimir diferencias existentes entre ellos (Rodríguez, 1997: 111-112).

Por lo tanto, la finalidad de la UE consiste en aplicar normas comunes de coordinación a todo el colectivo comunitario, de forma que se respeten los elementos peculiares que conforman a los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social. Con vistas a hacer efectivo este objetivo se publicó el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁶ y

4 Todas estas medidas tienen su razón de ser la Decisión 575/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de mayo de 2007 y por la que se establecía el *Fondo Europeo para el retorno*. Como parte del programa general se determina aquí la obligación de promocionar la gestión del retorno a nivel nacional de una forma efectiva y sostenible, pudiendo emplearse múltiples medidas, a saber: como el pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo (RD 1800/2008, de 3 de noviembre).

5 Véase la Resolución de 20 de marzo de 2013, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones para programas de retorno voluntario de personas inmigrantes.

6 Reglamento que deroga al anterior Reglamento 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Sin embargo, la versión consolidada del Reglamento (CE) nº

el Reglamento 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009⁷, por el que se adoptan las normas de aplicación del primero.

La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo. En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de normas de coordinación de la Seguridad Social. Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (Artículo 13 .1 del Reglamento 883/2004). Para más inri, el artículo 48 del TFUE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar:

... las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y propia, así como a sus derechohabientes:

a. la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

b. el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Para ello, a través de los sistemas de coordinación de la Seguridad Social se establecen criterios de conexión entre las distintas legislaciones nacionales mediante la distribución de cargas, evitando así que los derechos de los trabajadores emigrantes se vean afectados por el simple hecho de que no coincidan, aún mismo tiempo, el lugar de residencia y el de empleo. Así pues, gracias al mecanismo de coordinación que prevén los citados Reglamentos de 2004 y 2009 los sujetos protegidos podrán beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social que les correspondan, sin que en ningún caso se vean limitados o disminuidos sus derechos adquiridos a causa de que se han visto sometidos a uno o más

883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento (CE) n° 988/2009, el Reglamento (UE) n° 1244/2010 de la Comisión, el Reglamento (UE) n° 465/2012 y el Reglamento (UE) n° 1224/2012 de la Comisión.

7 Este reglamento de 2009 deroga al antiguo Reglamento 574/72 del Consejo de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.

sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros a los que le son de aplicación estos reglamentos (Arrieta, 2014: 185).

En lo que respecta a las prestaciones por desempleo el considerando 32 del Reglamento 883/2004 establece que:

Para fomentar la movilidad de los trabajadores, resulta especialmente oportuno facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros. Por consiguiente, es menester velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros

De esta manera, las cuestiones relativas a la coordinación de las prestaciones por desempleo quedarán reguladas por lo previsto por ambos reglamentos⁸, sin que pueda ser de aplicación los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre los diferentes Estados miembros⁹. Quedará completado todo éste entramado con la interpretación que, a tal efecto, lleve a cabo en materia de desempleo el TJCE (García, 2010: 258-259).

Las normas de Seguridad Social supeditan el derecho a la protección por desempleo al principio de territorialidad, por lo que se condiciona su aplicación al hecho de que sus destinatarios deban cumplir con los requisitos de nacionalidad, residencia o trabajo en el territorio de un Estado miembro; por lo que si se dan estas condiciones, las personas emigrantes tendrán derecho a diferentes prestaciones siempre y cuando no sean de la misma naturaleza (Arrieta, 2014: 188). Por lo tanto, no se atiende al criterio del *lugar* en donde se haya ejercido una actividad profesional, sino al criterio del vínculo que une al trabajador con un régimen de la Seguridad Social en un Estado en que ha cubierto los períodos de cotización. En este sentido, los Reglamentos de 2004 y 2009 pretenden extender el ámbito personal de aplicación no sólo a los nacionales de los Estados miembros, sino también a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros (García y Nebreda, 2006: 51) que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados comunitarios, así como a sus familias y a sus supérstites extracomunitarios.

3.2. La protección por desempleo para trabajadores emigrantes retornados y su aplicación en España

En orden a establecer una coordinación uniforme para toda la UE, el artículo 3.1 h) del Reglamento 883/2004 dispone que la prestación por desempleo será de aplicación

⁸ Véase artículo 3.1 h) del Reglamento 883/2004 y artículos 55 a 56 del Reglamento 987/2009.

⁹ No obstante, se han previsto algunas excepciones en el artículo 8 del Reglamento 883/2004. Así por ejemplo, España tiene suscrito un convenio bilateral con Portugal que es de 11 de junio de 1969. Por medio de este convenio se ha realizado una reserva a favor del mantenimiento de la exportación de las prestaciones por desempleo (artículo 22).

a todos los Regímenes de la Seguridad Social tanto generales, como especiales y en su modalidad contributiva y asistencial¹⁰ (García, 2010: 261). Ello implica, en el caso de España, que los emigrantes retornados podrán disfrutar de los tres niveles previstos por nuestra legislación, siempre que cumplan con los requisitos que prevé la nación española. A este respecto, el Reglamento de 2004 señala las siguientes condiciones y límites:

a) la persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo; b) la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Se considerará cumplido este requisito durante el periodo previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo; c) el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un periodo de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del periodo durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del periodo de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado; los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho periodo de tres meses hasta un máximo de seis meses; d) las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique.

La prestación por desempleo se caracteriza por su naturaleza territorial, de ahí que no todos los Estados contemplen dicha prestación de la misma forma, condiciones y requisitos para acceder a ella, lo que provoca que la coordinación no sea fácil de solventar. El Reglamento 883/2004 ha previsto, para este caso, la determinación de la *lex loci laboris* aplicable en caso de conflicto entre los Estados miembros. Así pues y como dispone el artículo 11.3, como regla general, será de aplicación la legislación del Estado miembro de residencia en donde el trabajador emigrante estuvo empleado o cubrió período de seguro en último lugar. Por lo que no cabe reclamar una prestación por desempleo en un país

10 A este respecto, el TJCE ha incluido dentro de este listado el subsidio para mayores de 55 años. Ver STJCE de 20 de febrero de 1997, Asuntos acumulados Martínez Losada -88, -102 y 103/95 y STJCE de 25 de febrero de 1999, Asunto Ferreiro Alvíte -320/95.

en el que no se estaba asegurado inmediatamente antes de quedar en paro¹¹. Por contra, para los agentes diplomáticos y consulares la prestación por desempleo que reciban será en virtud del Estado miembro de residencia¹². Y para los funcionarios será de aplicación la legislación del Estado del que dependa la Administración que le ocupa¹³.

Cuestión distinta es el desplazamiento de personas desempleadas a las que se refiere el artículo 65 del Reglamento de 2004, disposición que hace referencia a aquellos desempleados que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente, diferenciándose aquí entre aquellas personas que se encuentran en desempleo parcial y aquellas que están en situación de desempleo total. El hecho de que existan rasgos diferenciadores entre ambas modalidades no debe implicar, en modo alguno, el establecimiento de criterios desiguales (Mella, 2008: 33). Comienza el artículo 65 del Reglamento regulando la situación de los desempleados parcial, estableciendo que:

Las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente. Recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del Estado miembro competente (Artículo 65.1 del Reglamento 883/2004).

Sin embargo, los trabajadores desempleados a tiempo completo o total deberán ponerse, en principio, a disposición de los servicios de Empleo del Estado miembro de residencia. Ahora bien, como medida complementaria podrá el trabajador ponerse a disposición de los servicios de empleo del país comunitario en el que hayan transcurrido sus últimos períodos de actividad por cuenta ajena o propia (Artículo 65.2 del Reglamento 883/2004).

En España la protección por desempleo cuenta con una garantía constitucional explícita en el artículo 41 de la CE, el cual encomienda imperativamente a los poderes públicos mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice una protección social suficiente frente a las situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo (Monereo, 2002: 1425 ss.). Como parte de la acción protectora que dispensa el sistema de Seguridad Social (artículo 38.1 LGSS) se ha previsto la regulación de esta prestación en el Título III de la LGSS. Asimismo, hay que tener en cuenta la abundante normativa existente en esta materia y, en concreto, el RD 625/1985,

11 STJCE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-655/13.

12 STJUE de 4 de febrero de 2015, Asunto C-647/13.

13 STJCE de 24 de marzo de 1994, Asunto Van Poucke (C-71/93).

por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (que ha sido objeto de diversas reformas legislativas). En cuanto a la actuación concreta del legislador español para coordinar el reconocimiento de las prestaciones por desempleo a emigrantes retornados a España cabe diferenciar tres niveles de protección: el contributivo, el asistencial y las rentas activas de inserción (RAI).

a) Prestaciones por desempleo a nivel contributivo

El artículo 208.1.5 de la LGSS reconoce la situación legal de desempleo a:

.... los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.

Para ello los trabajadores emigrantes deberán cumplir determinados requisitos: a) Tener cotizaciones por desempleo computables a la Seguridad Social española de, al menos, 360 días durante los seis años anteriores a la última salida de España; b) Acreditar la condición de emigrante retornado; c) Haber cesado en la relación laboral que se tenía en el país de emigración y no tener derecho a la protección por desempleo en dicho país; d) Inscribirse como demandante de empleo y solicitar la prestación en la Oficina de Empleo en los quince días hábiles siguientes al retorno. En la fecha de la solicitud deberá suscribir un compromiso de actividad consistente en la obligación que adquiere el beneficiario de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad y; e) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el periodo de cotización necesario para ello (“Guía de retorno”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014: 24).

Para la totalización de las cotizaciones por desempleo en los países de la UE o del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, Liechtenstein), Suiza y Australia, se deberán sumar aquellas a las efectuadas en España a efectos del acceso a la prestación por desempleo de nivel contributivo, siempre que el trabajador se emplee nuevamente en España tras su retorno y pierda su trabajo por una causa que genere una nueva situación legal de desempleo. El cómputo del tiempo trabajado en este caso, se realiza sumando los periodos cotizados dentro de los seis años anteriores a la finalización del último trabajo en España.

El derecho a la prestación nace al día siguiente de la fecha del retorno, siempre que la inscripción como demandante de empleo y la solicitud de la prestación por desempleo se formule dentro de los 15 días hábiles siguientes a dicha fecha. Siendo la duración de la prestación mínimo de 120 día y máximo de 720 días, para ello se tendrá en cuenta los periodos de ocupación cotizada correspondientes a los seis años anteriores a la salida de España, salvo cuando los trabajadores tengan cotizaciones efectuadas en el extranjero que

sean computables para la obtención de la prestación, en cuyo caso el cómputo de los seis años se efectuará desde la fecha que finalice la relación laboral en España.

b) Subsidio por desempleo de nivel asistencial

El artículo 215.1.1 c) de la LGSS considera como situación de necesidad, a los efectos de reconocimiento del nivel asistencial en la prestación por desempleo, la del trabajador español *no* emigrante que, al retornar de un país no miembro de la UE o perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE) o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, no tenga derecho al nivel contributivo previsto para esta prestación.

Entre los requisitos y elementos característicos se establecen los siguientes: 1) la acreditación de un período mínimo de carencia, aunque no de cotización a la Seguridad Social española. Ello se concreta en haber trabajado, como mínimo, doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España (Artículo 215.1.1 c) de la LGSS); 2) Si retorna de un país distinto a los indicados, o en el caso de haber trabajado un mínimo de seis meses, sin llegar a doce, y haber cumplido 45 años, podría optar a la Renta Activa de Inserción y 3) la duración del subsidio será de seis meses prorrogables por períodos semestrales hasta un máximo de dieciocho meses (Artículo 216.1 de la LGSS).

También podrá acceder a este nivel asistencia los trabajadores retornados mayores de 55 años (Artículo 215.3 de la LGSS) que cumplan con los siguientes requisitos: a) Estar desempleado; b) Tener cumplidos 55 o más años en la fecha de la solicitud; c) Cumplir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social; d) Haber cotizado por desempleo un mínimo de seis años a lo largo de su vida laboral; e) Carecer de rentas de cualquiera naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 % de la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (483,97 € para 2014); f) Ser emigrante retornado, habiendo trabajado como mínimo doce meses en el extranjero desde su última salida de España en países no pertenecientes a la Unión Europea, Espacio Económico Europeo, Australia y Suiza, sin derecho a prestación contributiva por desempleo; g) Estar inscrito durante un mes como demandante de empleo y suscribir el compromiso de actividad.

La duración del disfrute en la prestación por desempleo es, para este último caso, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación.

Notas comunes a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial

Las prestaciones por desempleo en el nivel contributivo y asistencial podrán ser suspendidas cuando el emigrante pierda el requisito de residencia en España (Sánchez-Rodas, 2015: 138). No obstante, éste requisito conoce de importantes excepciones que se

recogen en el artículo 6.3 del Real decreto 625/1985, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, a las que se le suman la causas introducidas en el artículo 212.1 f) de la LGSS tras las reformas operadas por el Real Decreto-ley 11/2013 y la Ley 1/2014:

En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

Ahora bien, en los supuestos de estancia en el extranjero durante un período, continuado o no de 90 días como máximo durante cada año natural, cuando la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora:

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1.

Para este último caso, el apartado g) del artículo 213.1 de la LGSS ha previsto la extinción del derecho a la prestación por desempleo (Sánchez-Rodas, 2015: 140).

c) La renta activa de inserción

Conforme al artículo 2.2 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, podrán ser beneficiarios de este programa los trabajadores emigrantes que, habiendo retornado en los doce meses anteriores a su solicitud, hubieran trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España y estén inscritos como demandantes de empleo. No obstante, deberán además cumplir los siguientes requisitos a la fecha de solicitud de incorporación al programa de renta activa de inserción: a) ser mayor de 45 años y menor de 65. b) no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo o a la renta agraria; c) no tener ingresos propios superiores a 483,98 euros mensuales; d) que la suma de los ingresos mensuales obtenidos por todos los miembros de su unidad familiar, dividida por el número de miembros que la componen, no supere 483,98 euros mensuales (“Guía de retorno”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014: 34).

4. Conclusiones

A finales de la primera década de este siglo se produjo una grave crisis económica y financiera a nivel mundial. Obviando las causas y las pertinentes responsabilidades, son

los efectos de la misma los que suponen el presente de la política social e internacional. El término más temido, pero a la vez más remarcable es el desempleo. Toda la UE ha sido azotada con esta lacra, lo que ha puesto en peligro la estabilidad política de la eurozona y su cohesión social. Como en toda crisis, los estamentos más débiles han sido los más perjudicados, especialmente la porción poblacional que incluye a los emigrantes retornados, quienes se han visto obligados a aceptar trabajos precarios e irregulares para poder sobrevivir. Aunque hay que reseñar, que si bien es cierto que todos los estados miembros han visto peligrosamente aumentado las cifras de paro, no todos han sufrido esta situación con la misma magnitud, lo que a la postre ha abierto comprometedoras grietas entre países que han corrido diferente suerte en este asunto.

La universalidad del problema ha suscitado una enorme preocupación a nivel comunitario, que ha tenido su respuesta en la adopción de diversas estrategias coordinadas entre los países miembros en materia de Seguridad Social. En relación con el *desempleo*, el régimen de “exportación” se desarrolla en los artículos 63 a 65 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y en los artículos 55 y 56 del Reglamento (CE) núm. 987/2009. Las normas de Seguridad Social supeditan el derecho a la protección por desempleo al principio de territorialidad, por lo que se condiciona su aplicación al hecho de que sus destinatarios deban cumplir con los requisitos que se establecen en cada uno de los Estados miembros. Ello ha planteado en la práctica multitud de conflictos entre los Estados miembros a la hora de determinar quién es el país competente para abonar dichas prestaciones, lo que ha limitado gravemente el principio de libre circulación al desincentivar a los migrantes a retornar por miedo a no poder obtener una prestación por desempleo que cubra sus necesidades básicas. La diversidad de reglas que se han establecido en ambos reglamentos, así como los contradictorios pronunciamientos del TJCE no han contribuido a solventar una problemática que me mantiene todavía latente en la sociedad. Pese a que se ha establecido a nivel comunitario un principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad el TJCE ha olvidado, en alguno de sus pronunciamientos, este principio estructural de Derecho de la UE. Y es que, para que se pueda considerar violado el principio general de igualdad y, por lo tanto, pueda ser aplicado el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo será necesario que se aplique una misma norma a situaciones diferentes o que a situaciones comparables se apliquen normas distintas, sin que exista para ello una justificación objetiva.

Las consecuencias más directas de estas directrices orientativas y coordinadoras de las políticas de empleo migratorias comunitarias han dado ya sus frutos en España. En efecto, nuestro país ha sido tierra fértil para el proceso de modificación de la normativa de extranjería e inmigración, donde todas las ayudas para el retorno se han dirigido básicamente a fomentar la salida de inmigrantes hacia sus países de origen, en lugar de incentivar el regreso de los nacionales emigrados. La principal dificultad que encuentran los nacionales españoles que retornan es su desconexión con el mercado de trabajo local,

así como la ausencia de recursos suficientes para hacer frente a las necesidades vitales más elementales. Por esta razón considero que las medidas de empleo deberían ir dirigidas no solo a dispensar prestaciones (función de sustitución) o subsidios económicos (función de compensación), sino también y adicionalmente (en un enfoque “pro-activo”) a facilitar el acceso o reinserción laboral en el mercado de trabajo a fin de favorecer su participación en la creación el producto social, al tiempo que se eliminan los obstáculos que dificultan su integración laboral plena en España (Monereo, 2008: 1051 y siguientes). Ciertamente, se precisa de una nueva normativa comunitaria que ordene adecuadamente y centre la orientación de esas políticas de empleo migratorias en un sentido más protector con los derechos de los trabajadores en situación de desempleo. De forma que se haga justicia y proteja, efectivamente, a los emigrantes retornados frente a cualquier carencia o estado de necesidad que sobrevenga a causa de la pérdida involuntaria de empleo.

5. Referencias

- Arrieta Idiáquez, F.J (2014). La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea. En Arrieta Idiáquez, F.J (Coord). *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados* (pp. 183-225). Aranzadi.
- Charro Baena, P (2013). Retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 105.
- Charro Baena, P y San Martín Mazzucconi, C (2009). Política integral en materia de retorno. En A.V. Sempere Navarro (Dir) y P. Benlloch (Coord). *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. Comentario a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior* (pp. 575-594). Aranzadi.
- García de Cortaza y Nebreda, C (2006). El campo de aplicación del Reglamento 883/2004. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64.
- García Viña, J (2010). La coordinación de prestaciones por desempleo en el Reglamento 883/2004. En C. Sánchez-Rodas Navarro (Dir). *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009* (255-296). Laborum.
- Gómez-Millán Herencia, M^a J (2011). *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*. Murcia: Laborum.
- López Insua, B.M (2015). El fraude en las prestaciones por desempleo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº3, 2º Trimestre de 2015.
- Meléndez Morillo-Velarde, L (2013). La política de retorno para los emigrantes españoles. Reflexiones sobre la viabilidad de la exportabilidad del modelo español a otros Estados. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 105.

- Mella Méndez, L (2008). La prestación por desempleo en el derecho Social comunitario. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 77.
- Monereo Pérez, J.L (2002). El derecho a la Seguridad Social. En J.L Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M^a.N Moreno Vida (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J.L (2008). El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de su reforma. En J. Vida Soria, J.L Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M^a. N Moreno Vida (Coords). *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria* (pp. 150 y siguientes). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J.L y Triguero Martínez, L.A (2012). El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España. *Revista de derecho Migratorio y Extranjería*, nº 29.
- Olarte Encabo, S (2003). Los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el exterior y la política de retorno: el marco constitucional (art. 42 CE). En A.V. Sempere Navarro (Dir) y P. Benlloch (Coord). *El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. Comentario a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el exterior* (pp. 117-141). Aranzadi.
- Rodríguez Gutiérrez, J (1997). Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº 2.
- Rojo Torrecilla, E y Camas Rodas, F (2010). Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas, *Temas Laborales*, nº 104.
- Sánchez-Rodas Navarro, C (2015). *La residencia en España desde el prisma del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Aranzadi.
- Vilar Ramírez, J.B (2006). Retorno y retornados en las migraciones españolas a Europa en el Siglo XX: su impacto sobre la modernización del país. Una aproximación. *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 22.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS “BECARIOS” EN EL DERECHO DEL TRABAJO¹

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social.

1. Introducción

La beca plantea importantes dudas en orden a su calificación jurídica como relación de carácter laboral o extralaboral. En efecto, el “ayuno de regulación legal específica”² en el que se encuentra esta institución jurídica no es el cauce adecuado ni para garantizar la finalidad formativa de la beca ni para evitar el fraude huyendo de la aplicación de la normativa laboral.

En nuestra regulación laboral encontramos algunas normas que acercan la situación de beca al Derecho del Trabajo con el objetivo de que se promueva la incorporación del estudiante en prácticas en el ámbito de las administraciones, entidades públicas y empresas y entidades privadas, y el investigador adquiera formación. Estas normas son el Real Decreto 63/2006 que regula el Estatuto del Personal Investigador en Formación, el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el régimen general de la Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación, y el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación dual. Precisamente, el carácter mixto que identifica esta regulación, -en tanto en cuanto la beca se compone de un necesario carácter formativo, pero a la vez participa de la naturaleza de la relación laboral-, constatan la evidente dificultad para delimitar la línea fronteriza que en la práctica presenta la distinción entre beca y contrato de trabajo.

A través de este artículo se propone reflexionar sobre soluciones concretas, desde el análisis de la regulación actual de la situación de beca y la política pública diseñada en torno a la misma, para luchar eficazmente contra el desempleo –sobre todo, juvenil-, ofreciendo herramientas útiles para impulsar las tasas de empleo y favorecer su estabilidad y calidad.

1 Este trabajo se presenta en el marco del proyecto I+D+I Retos de la Formación en el Empleo Juvenil DER 2013 46764-R

2 STSJ Madrid 8 de abril de 2005 (AS 2005/1180)

2. La Beca: Frontera entre “lo Extralaboral y lo Laboral”

Existen distintas figuras de becarios. La que interesa al Derecho del Trabajo, para deslindarla del contrato de trabajo, es la que se refiere a la persona que recibe una compensación económica o “beca” destinada a apoyar su formación teórica, práctica o ambas cosas, en una empresa o institución. El ente financiador de la beca y aquel en el que el becario lleva a cabo su actividad formativa pueden coincidir o no. Hay que distinguir las becas institucionales, públicas o privadas, de las becas concedidas directamente por las empresas, y las becas que implican una prestación de servicios de aquellas que no lo implican.

En algunos casos, la obtención de la beca constituye un paso previo u opción para la contratación laboral, pero lo que el solicitante de una beca persigue de modo primordial es completar su formación teórica y práctica y preparar así su futuro profesional. En este sentido, cabe diferenciar tres grandes grupos o tipos de “becas”³:

1. Becas para la realización de prácticas, a través de las cuales se pretende que quienes ya están en posesión de una titulación académica, que les habilite para desarrollar una determinada actividad profesional o, preferentemente, quienes están próximos a obtenerla, puedan poner en práctica los conocimientos durante su etapa formativa a fin de completar su formación⁴. Ejemplos típicos de ellas serían las “prácticas académicas externas”, reguladas Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, así como en el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 5 de julio de 2014), que declara, que “las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios tienen el carácter de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos

3 Junto al indicado concepto tradicional de beca, existen otro tipo de relaciones que también reciben esta denominación, pero cuyo contenido es diferente. Entre otras, cabe destacar: “las becas o ayudas consistentes en deducciones o exenciones totales de los gastos que se deriven de la actividad desarrollada, o en cantidades de dinero que tiendan a cubrir partes de los mismos” (matrículas, libros, alojamiento y manutención, etc...), “las bolsas de viaje”, mediante las que se pretende cubrir los gastos que se derivan del traslado a un determinado lugar con fines formativos o de educación (asistir a una conferencia, el precio del viaje para una estancia en el extranjero, etc.), en AHUMADA VILLALBA, B. “La beca de formación práctica con prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1999, Tomo I, pág. 248.

4 LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 246.

y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación” (Disp. Adic.25^a)

En suma, tras un verdadero torrente legislativo en lo que a protección social de los estudiantes en prácticas universitarias se refiere⁵, motivado por las diferentes y contradictorias decisiones del legislador, adoptadas en un corto espacio de tiempo, con distintos gobiernos, pero que, finalmente, y participando de las condiciones de urgencia que justifican una medida del orden legislativo que nos ocupa, han resuelto de forma favorable para el estudiante universitarios en prácticas una situación verdaderamente complicada.

2. Becas de formación, dirigidas a la ampliación del campo de conocimientos del interesado, titulado o no, a cuyo fin se le proporciona ayuda para el seguimiento de los estudios. Entre este tipo de becas, cabe señalar las tradicionales becas de formación del investigador, ya sea en instituciones públicas o privadas⁶, entre

5 Las prácticas académicas externas venían reguladas por Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre. Sin embargo, como tendremos oportunidad de analizar, la STS de 21 de mayo de 2013 declaró la nulidad del mencionado Real Decreto por cuestiones puramente formales y procedimentales. Como consecuencia de esta decisión judicial, la normativa vigente aplicable a las prácticas académicas externas es ahora el RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación, que eximía de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social a los estudiantes universitarios en prácticas académicas, siempre y cuando no percibieran ningún tipo de contraprestación económica, cualquiera que fuera el concepto o la forma en la que se hiciera efectiva. La Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social ha flexibilizado y facilitado el encuadramiento y cotización de los estudiantes que realicen prácticas académicas externas.

6 “Estas becas, señala LUJÁN ALCARAZ J., no pueden confundirse con la vinculación contractual entre personal docente e investigador y universidades. Otra cosa es que en las Universidades convivan becarios de investigación y personal docente e investigador vinculado contractualmente”, en “Las becas con prestación de servicios”, *Aranzadi Social*, 2006, nº 14, pág. 10. Sobre estas cuestiones: SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El profesorado laboral de universidades Públicas: Inseparadas afectaciones (RD Ley 5/2006), previsible evolución (Estatuto Básico Empleados Público Las prácticas académicas externas venían reguladas por Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre. Sin embargo, como tendremos oportunidad de analizar, la STS de 21 de mayo de 2013 declaró la nulidad del mencionado Real Decreto por cuestiones puramente formales y procedimentales. Como consecuencia de esta decisión judicial, la normativa vigente aplicable a las prácticas académicas externas es ahora el RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participan en programas de formación, que eximía de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social a los estudiantes universitarios en prácticas académicas, siempre y cuando no percibieran ningún tipo de contraprestación económica, cualquiera que fuera el concepto o la forma en la que se hiciera efectiva. La Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social ha flexibilizado y facilitado el encuadramiento y cotización de los estudiantes que realicen prácticas académicas externas.

s) y anunciada contrarreforma (Ley Orgánica de Universidades), en SEMPERE NAVARRO: A.V. (Dir.): *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ed. Laborum, 2ª ed., 2006, págs. 221 y ss; MOLINA NAVARRETE, C.: “Una «nueva e inaudita» relación laboral especial: el régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2004, núm.257-258, págs. 100 y ss; AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El Estatuto del Becario de Investigación”, cit., págs. 563 y ss.

ellas muy señaladamente, aquellas a las que se refiere el Estatuto del Personal Investigador en Formación, regulado por RD 63/2006.

Esta “situación de beca”, no obstante, está pendiente de sustitución a través de la elaboración de un nuevo Estatuto del Personal investigador en formación. Mientras tanto, como tendremos oportunidad de analizar más adelante, los investigadores en formación “de beca” se registrarán por las prescripciones recogidas en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, de la Tecnología y de la Innovación para el contrato predoctoral.

3. Becas para la formación práctica de los alumnos, a través de la formación profesional dual, regulada en el RD 1529/2012, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje, y establece las bases de la Formación Profesional Dual.

Como fácilmente puede comprenderse y por lo que ahora interesa, el rasgo más característico en estos tipos de beca es que el becario o el estudiante en prácticas, al tiempo que se forma, desempeña un trabajo útil para la empresa, entidad u organismo destinataria de sus servicios; que puede ser “susceptible de constituir objeto de un verdadero y propio contrato de trabajo”⁷. A través de este intercambio útil de trabajo nos referimos a las denominadas “becas con prestación de servicios”⁸, que son las que mayores problemas plantean en la práctica.

Por tanto, es fundamental distinguir la figura del becario de la del trabajador, pues éste se regula por el Derecho del Trabajo y aquél está fuera de esta rama del Derecho. Como ya hemos venido apuntando, la finalidad formativa es esencial a la condición de becario o estudiante en prácticas, de forma que sin esa función no puede hablarse de relación de beca. Sin embargo, esa finalidad no aclara del todo la existencia o no del becario, ya que, como tendremos oportunidad de analizar, el contrato para la formación y el aprendizaje presentan grandes semejanzas, en orden a su finalidad, con la situación de los becarios⁹.

En teoría, puede parece fácil distinguir al becario o estudiante en prácticas del trabajador si se piensa que éste trabaja por cuenta ajena, mediante retribución y bajo la

7 SEMPERE NAVARRO, A.V./LUJÁN ALCARAZ, J.: “Becas y contrato de trabajo”, *Aranzadi Social* 1996, págs. 2577-2579. También, GONZÁLEZ ORTEGA, S, apunta la dificultad “enjuiciar el carácter, laboral o no, de estas becas” Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, cit., pág. 126-128. En igual sentido: AHUMADA VILLALBA, B. “La beca de formación práctica con prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, cit., págs. 246-248.

8 LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 246.

9 LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 13.

dependencia de un empresario, y que el becario ni realiza una actividad dependiente y por cuenta ajena ni recibe un salario. Pero en la práctica no resulta tan fácil deslindar ambas situaciones, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia situaciones aparentes de becario o estudiantes en prácticas ocultan situaciones reales de trabajador¹⁰.

En concreto, la dificultad estriba en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad becante, ya que toda relación en la que se produce un intercambio de prestación de servicios y remuneración de los mismos puede ser calificada como laboral en razón de la amplitud que de tal concepto se desprende del art.1.1 ET.

El intercambio de prestación de servicios y remuneración no es exclusivo de los contratos laborales sino que constituye la causa de otros de naturaleza diferente en la que concurren circunstancias comunes con los contratos de trabajo, surgiendo entonces la habitual controversia respecto a la delimitación del ámbito de unos y otros que ha de lograrse mediante el análisis de los elementos predominantes que conducen a la calificación jurídica de la relación y aquellos otros que resultan secundarios o accesorios. Así, la calificación del tipo del vínculo por el que se prestan unos servicios sería de fácil solución si viniera automáticamente determinado por el modo en que la relación se describe por las propias partes. No obstante, sucede, que en la determinación de si hay o no contrato de trabajo se ha sentado una sólida jurisprudencia “que niega a las partes la calificación contractual con efectos constitutivos de ésta, que deviene del concreto modo en que se desarrolla la actividad”¹¹. Y es que el Derecho del Trabajo se constituye por el vínculo existente entre quien se compromete de forma personal y voluntaria a prestar una actividad en régimen de ajenidad y dependencia y quien la recibe apropiándose de los frutos o ventajas de ella derivados¹².

10 Un estudio jurisprudencial sobre la relación entre la “beca” y el contrato de trabajo, en I.A. RODRÍGUEZ CARDO: “Zonas fronterizas del Derecho del Trabajo: beca vs. Relación laboral” (I) y (II), *Actualidad Laboral*, 2009, núms. 5 y 6, págs. 589-597 y 714-722.

11 En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la determinación de si una relación “*inter partes*” tiene o no naturaleza laboral, no depende de cómo la denominen o conciben las partes (“*nomen iuris*”), sino que compete a los órganos judiciales atendiendo a su verdadero contenido obligación determinar la auténtica naturaleza de aquélla: STSS de 14 noviembre 1983, 14 de abril 1984, 27 de abril 1998, 29 diciembre 1999, 9 diciembre 2004 y 14 marzo 2005 (RJ 1983/5595, RJ 1984/2065, RJ 1998/3870; RJ 2000/1427; RJ 2005/875; RJ 2005/4175); STSJ Asturias 15 de octubre de 2005 (JUR 2005/101457); STSJ Asturias de 7 junio 2002, (AS 2002, 2282). En este sentido, es indiferente que el becario “conociera los requisitos y condiciones de la beca (...) pues, aunque fue libremente aceptada de acuerdo con la oferta pública, no resultó ser acorde con dicho ofrecimiento” [STSJ Madrid 5 de junio 2003 (AS 2003/3525)]; Incluso aunque sea cierta que la beca goce de naturaleza administrativa, “no lo es menos que no hay que estar al “*nomen iuris*” que las partes den a la relación sino al verdadero contenido de la relación y a la condiciones en que se desarrolla la labor” [STSJ País Vasco 6 de julio 2004 (AS 2004/1812)].

12 SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre el concepto del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, nº 28, pág.183. La STSJ Madrid 8 abril de 2005 (AS 2005/1180), tras realizar una

A falta de una norma de rango legal que ordene una exclusión constitutiva, “la expulsión de la relación de trabajo del becario del ámbito del contrato de trabajo sólo puede resultar de la ausencia de las notas típicas de laboralidad”¹³. Y ello dependerá de la preponderancia que en la relación cuestionada tenga la finalidad formativa que, en teoría, inspira la concesión de toda beca¹⁴.

Se suele sostener, como criterio diferenciador entre becario y trabajador dependiente, que en el primer caso predomina el interés formativo del beneficiario de la beca y en el segundo el interés económico del titular de la empresa en la que se lleva a cabo la prestación del becario. Así, la STS de 7 de julio de 1998 afirma que “la finalidad perseguida en la concesión de las becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario sino en la ayuda que se preste a su formación profesional”¹⁵; y la STS de 26 de junio de 1995 concluye que “el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y formación del becario, y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizado al patrimonio de la persona que la otorga, pues, y aunque este estudio y formación puede fructificar en la relación de una obra, estas producciones o la formación conseguida por los becarios, nunca se incorpora a la actividad productiva de la institución”¹⁶. Precisamente, por ello, la beca no es, en ningún caso, “la contraprestación de la actividad que se presta”¹⁷.

En definitiva, la finalidad de la beca es facilitar el estudio y la formación del becario o estudiante en prácticas y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación al patrimonio que la concede, “habida cuenta que la beca es una relación de beneficio en la que el provecho de la entidad empleadora no puede prevalecer sobre el provecho personal y científico del becario”¹⁸. Se precisa, por tanto, que la actividad becada abarque un interés educativo con la suficiente relevancia para definir la naturaleza del vínculo¹⁹. Y es que la distinción entre la finalidad puramente formativa o formadora del

acertada crítica sobre la ausencia de una regulación específica de la beca por el legislador y lanzar la idea de un “contrato real docente ajeno al mundo del trabajo”, entiende que hasta que tal situación no se produzca, el argumento de solución entre el carácter laboral o extralaboral de la beca “debe girar en torno a las notas de la relación laboral establecidas en los arts. 1.1 y 8.1 ET”. Igualmente: STSJ Madrid 12 septiembre de 2006 (AS 2006/850); STSJ Andalucía Málaga 12 de enero de 2001 (AS 2001/1151).

13 LUJÁN ALCARAZ, J: “Las becas con prestación de servicios”, cit., pág. 10.

14 En otro caso se estará, sencillamente, “ante una beca aparente que se utiliza como alternativa al contrato en prácticas, en su caso, al contrato para la formación e incluso al contrato ordinario de trabajo”, en LUJÁN ALCARAZ, J: “Las becas con prestación de servicios”, cit., pág. 10.

15 RJ 1998/6161. Igualmente: VILLALBA SALVADOR, B.: “Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales”, *Actualidad Laboral*, 1998, nº 11, pág. 195.

16 RJ 1995/5365.

17 STSJ País Vasco 8 de noviembre 2005, RJ 2006/627.

18 STSJ Madrid 19 de septiembre de 2006 (AS 2006/597). En el mismo sentido: STSJ País Vasco 2 de noviembre de 2005 (AS 2005/2738); STSJ País Vasco 24 de mayo de 2005.

19 Por todas, STS de 13 abril 1989 (RJ 1989/2967).

becario de lo que es la mera prestación de servicios constituye la línea fronteriza entre las instituciones cuyo deslinde se pretende: beca y contrato de trabajo.

Otro criterio importante para saber cuando estamos ante una auténtica beca y no ante un contrato de trabajo podría ser tal vez el de valorar el peso que tengan en la correspondiente relación el interés patrimonial del receptor del servicio del becario y el interés formativo del becario. Si éste es predominante, se estará ante un verdadero becario, pero si lo fundamental es el interés patrimonial del receptor del servicio, entonces se estará seguramente ante un contrato de trabajo²⁰. En función del interés o utilidad principal²¹ que se satisfaga con una u otra, se podrá determinar la naturaleza jurídica de la beca; utilidad que se comprueba, en principio, a través de la adecuación entre la formación recibida por el becario y el trabajo realizado. O dicho de otra forma se trata de ponderar “qué finalidad prevalece en la relación del presunto becario, si la formativa o la laboral”²².

Sin embargo, esta ponderación no será siempre fácil, y en su ayuda habrá que buscar otros criterios complementarios como el seguimiento y control de la actividad del investigador por parte de la entidad otorgante²³, la relación congruente y lógica entre los estudios que cursa o ha cursado el becario con la actividad que se proyecta cubrir con la beca²⁴,

20 Como matiza la STSJ País Vasco 15 de diciembre de 2005 (JUR 2006/80448), al haber prevalecido el interés de la demandada en la obtención y prestación de los servicios por la actora para su formación, estamos ante una relación de trabajo. Indudablemente, continúa el TSJ, la «becaria» habrá obtenido experiencia y mejorado su preparación, “pero también lo habría logrado en una relación laboral, y la propia convocatoria con las funciones a desarrollar que detalla (“estar a disposición de los alumnos prestándoles servicios de asesoramiento, información y atención, además de participar en la Matriculación y Programa de Automatriculación de los nuevos alumnos de la Universidad), no hace sino refrendar que lo que ha primado ha sido la atención del Servicios de Orientación Universitaria sobre la formación del becario”. Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha 25 de septiembre de 2000 (AS 2000/3358) declara que “la beca tan sólo tenía virtualidad a los efectos de sustituir la correspondiente prestación económica del actor, sin cumplir en modo alguno las exigencias necesarias para poder caracterizar una relación como propiamente becaria”. Igualmente, la STSJ Madrid 10 de mayo de 2000 (AS 2000/2371) afirma que “la actora no era «becaria» ya que había realizado siempre las mismas funciones que los demás trabajadores laborales de su categoría, y la finalidad perseguida mediante el desarrollo de su actividad no radicaba en la ayuda prestada a la formación profesional sino en beneficiarse de su actividad incorporando los resultados de su trabajo a la consecuencia de los fines del organismo autónomo recurrente”. En igual sentido: STSJ Andalucía Sevilla 15 de junio de 1994 (AS 1994/2397); STSJ Madrid 10 de julio de 1995 (AS 1995/2891).

21 GOÑI SEIN, J.L.: “Las becas y el encubrimiento de contratos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1983, nº 14, pág. 297.

22 LUJÁN ALCARAZ, J: “Las becas con prestación de servicios”, cit., pág. 12.

23 STSJ Madrid de 19 mayo 2003 (2003/3423).

24 *A sensu contrario* es la disfunción entre el período de beca inicialmente concedido (diez meses) con el que fue con posterioridad prorrogado (4 años), rebasando con mucho la duración habitual de una actividad becada, lo que evidencia que la duración de la beca no se condiciona al logro de una determinada formación del becario, sino de la completa realización del resultado pretendido para sí por la Institución becante” [STSJ País Vasco 18 de marzo de 2003, (AS 2003/2567)].

la supervisión o dependencia de un profesor o Departamento docente”²⁵, y la capacitación profesional²⁶. Incluso también se puede recurrir a otros criterios adicionales, tales como: “el contenido material de las tareas asumidas, la existencia o no de otras personas vinculadas laboralmente con la empresa o entidad que realicen iguales o similares funciones que los becarios, la duración y estabilidad de la relación o la cuantía de la misma”²⁷. Por el contrario, para la STSJ de Castilla León de 14 de marzo de 1996 no ofrece duda que la relación que une a las partes es laboral, “cuando la actividad encomendada al becario no se encamina a su propia formación, sino más bien a satisfacer necesidades administrativas de quien ha concedido la beca”²⁸, “sin perjuicio de la mayor experiencia adquirida por aquél como consecuencia de su realización, que también habría obtenido en una relación concertada formalmente como laboral”²⁹.

En definitiva, el argumento decisivo de la calificación “no es sustantivo, sino finalista”³⁰. Es el interés predominante en el establecimiento de la relación lo que decanta la solución: Así “cuando predomine la utilidad del empresario en el aprovechamiento del trabajo del becario, la beca es o debiera ser un salario y el contrato es de trabajo; si, en cambio, el interés de la formación del becario domina, el contrato no es de trabajo”³¹.

En estos supuestos la jurisprudencia viene resolviendo de manera tajante, negando la condición de becario cuando el que concede la beca incorpora el trabajo del becario a su patrimonio. En este sentido, la STS de 13 de junio de 1988 concluyó que eran becarios y no asalariados los colaboradores becados por un Ayuntamiento habida cuenta que no hay prueba ni indicio de que la actividad que realizaron bajo la tutela de un Arqueólogo “tuviera otro objeto que el propio perfeccionamiento y capacitación de los actores, fijando ellos el horario del grupo y la distribución de la cantidades asignadas”³².

25 STSJ Madrid de 2 febrero 2001, (AS 2001/1246), si bien no exige que tal actividad, “esté localizada en los locales de dicho Departamento, pudiendo realizar su actividad formativa fuera de los mismos” [STSJ Madrid de 26 septiembre 2001, (AS 2001/3986)].

26 STSJ Madrid 3 de abril 2006 (AS 2006/1762).

27 LUJÁN ALCARAZ, J: “Las becas con prestación de servicios”, cit., pág. 10.

28 AS 1996/468.

29 STSJ País Vasco 24 de mayo de 2005 (AS 2005/1914). En igual sentido: STSJ País Vasco 18 de marzo de 2003 (AS 2003/2567), STSJ País Vasco 6 de julio de 2004 (AS 2004/1812), STSJ Las Palmas 18 de marzo de 2004 (AS 2004/1168).

30 LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 252.

31 ALONSO OLEA, M/ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Derecho del Trabajo*, 24^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 2006, pág. 618.

32 RJ 1998/5270. Igualmente: STS 22 de junio de 1988 (RJ 1998/6030). Así se comprueba, por ejemplo en los hechos de la STSJ Comunidad Valencia de 3 febrero de 2000 (AS 2000/2302) cuando la «becaria» realiza trabajos consistentes en atender al público en el Centro Mujer 24 horas de la Administración demandada, que consistían en entrevistas a las mujeres que acudían al Centro, tratamiento y adopción de las correspondientes medidas de urgencia, indicación de los caminos a seguir, etc..., no apreciándose en la actividad becada un interés educativo para definir la naturaleza del vínculo; advirtiéndose, sin embargo, la nota de ajenidad tanto en los frutos, al prestarse los servicios para el Consellería de Bienestar

Luego, las becas sólo pueden comenzar a considerarse como posible vínculo laboral cuando hay trabajo, “entendido como actividad personal con valor productivo por parte del becario y de la que se beneficia una entidad, empresa o institución que detenta una organización productiva para ofertar su resultado a ese mercado”³³. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares ha entendido que “donde no hay trabajo productivo, aunque sea en mínima proporción, las becas quedan fuera de toda consideración y de toda duda”³⁴.

Por tal razón, no habrá beca “cuando los servicios del «becario» cubren o satisfacen necesidades que, de no llevarse a cabo por aquél, tendrían que encomendarse a un tercero, de modo el supuesto becario se limita a realizar los cometidos propios de esfera de actividad de la entidad”³⁵. Igualmente reluce la naturaleza del contrato de trabajo, cuando el objetivo de la simulada beca “no era la formación de los potenciales becarios sino la realización de labores propias de los servicios informáticos, cuya convocatoria abierta a cualquiera alumno se desligaba totalmente del tipo de estudios que aquéllos venían realizando; de tal forma que la beca en cuestión no es porque quiera contribuir a la formación de los becarios sino porque quiere solucionar un problema de mano de obra en la cobertura de esos servicios y trata de hacerlo sin concertar un contrato de trabajo”³⁶, o cuando “los «becarios», obligados por la situación de desempleo, se acogieron a unas denominadas becas de la Agencia Española del Medicamento y en esa situación formal de becarios, el contenido material de sus actividades consistió en llevar a cabo los trabajos que les encargaban, bajo la dirección y dentro del ámbito de organización del mencionado Organismo, que se enriquecía con el producto de sus trabajos a cuyo patrimonio pasaba”³⁷. En definitiva, las situaciones o relaciones descritas coinciden literalmente con la definición del contrato del trabajo del 1.1 del ET; en realidad, “ocultan una intención fraudulenta”³⁸, que no es otra que intentar eludir la aplicación de la legislación laboral.

de la Comunidad valencia, que los incorpora a su trabajo, ofreciéndolos como servicios destinados a las colectividad, como en los riesgos, porque la retribución se percibe si se desarrolla la actividad pactada sin que esa percepción se subordine a la entrega de una obra o producto específico del trabajo”.

33 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, cit., pág. 124.

34 Por ello, el período de tiempo como becario, al no resultar desvirtuada tal condición “no es computable como de prestación de servicios laborales a efectos de antigüedad” [STSJ Baleares 22 octubre 2004 (AS 2004/3212)].

35 STSJ Madrid 6 de febrero de 2006 (AS 2006/2070); STSJ Castilla-La Mancha 22 de junio de 2006 (AS 2006/2467); STSJ Canarias Las Palmas 18 de marzo 1004 (AS 2004/1168); STSJ Asturias 18 de julio de 2003 (AS 2003/4049); STSJ Asturias 7 de junio de 2002 (AS 2002/2282); STSJ Andalucía Granada 26 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2981); STSJ Madrid 2 de febrero de 2001 (AS 2001/1246); STSJ Cataluña de 3 octubre de 2000 (AS 2001/888).

36 STSJ País Vasco 8 de noviembre de 2005 (AS 2006/627).

37 STSJ Madrid 28 de noviembre de 2005 (AS 2005/3784).

38 GOÑI SEIN: “La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas”, *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, págs. 420-421.

La jurisprudencia y la doctrina social de los TSJ han tenido ocasión de detectar el uso fraudulento de la figura del becario para encubrir verdaderos contratos de trabajo e intentar eludir la aplicación de la legislación laboral. Así, la STSJ Andalucía (Sevilla), de 19 de julio de 2004³⁹, declaró que un supuesto becario de postgrado era en realidad un técnico auxiliar de medios audiovisuales al servicio de la Universidad pretendidamente becante. Más recientemente la STS de 22 noviembre de 2005 ha venido a confirmar que “disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir”⁴⁰.

Sin pretender concluir en una materia, como se advierte, “muy casuística y escurridiza”⁴¹, la valoración que realizamos nos lleva a las siguientes reflexiones: Primera, no es del todo sencillo vincular la beca como institución jurídica con el objetivo básico de carácter formativo, en beneficio del perfeccionamiento y capacitación teórica y práctica del beneficiario⁴². Segunda, el elemento principal para diferenciar la beca del contrato de trabajo es la determinación o análisis del “interés o beneficio predominante”: si el mismo aprovecha fundamentalmente al perceptor se está ante una beca, con independencia de que se produzca algún tipo de beneficio para el otorgante; si el beneficio principal es para el otorgante, se está ante un contrato de trabajo, dando por supuesto el beneficio del perceptor que, como mínimo, estará constituido por la percepción económica⁴³. Tercera,

39 AS 2005/2425; Con posterioridad, otros Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en el mismo sentido: STSJ Comunidad Valenciana 11 de abril de 2006 (AS 2006/2587); STSJ Madrid 5 de diciembre de 2005 (AS 2006/195); STSJ País Vasco 11 de abril de 2006 (AS 2006/2063); STSJ Asturias 15 de octubre de 2005 (JUR 2005/101457); STSJ País Vasco 18 de marzo de 2003, (AS 2003/2567); STSJ Madrid 8 de noviembre 2003 (2003/1498).

40 RJ 2005/10049. Igualmente, STS 4 abril de 2006 (RJ 2006/2325); y otras anteriores como: STS 16 febrero de 1990 (RJ 1990/1099).

41 LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., pág. 19.

42 Salvo en los casos extremos como por ejemplo, cuando el interés del receptor de la prestación y las actividades realizadas por el becario no guardan ninguna relación con la finalidad formativa de la beca: caso resuelto por las SSTCT de 14 de octubre y 10 de diciembre de 1982, que consideraron que en dichos supuestos no hay verdadera relación de becario, sino contrato de trabajo.

43 GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: “Naturaleza de la relación que une al «supuesto becario» con la Universidad”, *Aranzadi Social*, 2005, nº 12. Ahora bien, apunta GONZÁLEZ ORTEGA, que el criterio de la prevalencia o predominio sólo es útil cuando se manifiesta “de manera tajante, clara e indiscutible, esto es, cuando la parte de beca, o de contrato de trabajo (...) es alta y permite decantar hacia una u otra calificación la relación de trabajo”, en *Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?*, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, cit., pág. 131. También, LÓPEZ GANDÍA advierte que la efectividad de la teoría del “interés o beneficio predominante” es discutible. Entiende que “para el titulado es prioritario adquirir experiencia profesional y destreza práctica a través del trabajo, más que obtener una contraprestación salarial importante y el valor de su prestación siempre será inferior al de un trabajador normal. Y esto es así tanto en una relación de beca como un contrato de trabajo. Luego el empresario o la organización siempre encontrarán un valor patrimonial, si lleva consigo la prestación de servicios o resultados o si la actividad no es muy distinta de la de otros trabajadores o

aunque obvia y en directa conexión con la reflexión anterior, la ponderación del “interés o beneficio mayor” habrá de ser sopesado a tenor de las circunstancias de cada juicio concreto⁴⁴; en fin, se trata de determinar, caso por caso, si la beca se ha otorgado con la finalidad propia de su carácter formativo o, si por el contrario, su verdadera razón radica en obtener unos servicios que se retribuyen con aquélla y se califican como beca a fin de no quedar sujetos al régimen jurídico propio del contrato de trabajo⁴⁵.

3. La Configuración Legal de las “Situaciones de Beca” en el Ordenamiento Jurídico Laboral

En nuestra regulación laboral encontramos algunas normas que acercan la situación de beca al Derecho del Trabajo con el objetivo de que se promueva la incorporación de los becarios y estudiante en prácticas en el ámbito de las administraciones, entidades públicas y empresas y entidades privadas, y el investigador adquiera formación.

Estas normas son el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, el Real Decreto 63/2006 que regula el Estatuto del Personal Investigador en Formación, afectado por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, de la Tecnología y de la Innovación, y el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación dual.

Al estudio y análisis de la configuración legal de las situaciones de beca en las citadas normas jurídicas dedicaremos los próximos epígrafes.

3.1. Prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios

Las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las Universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en

satisface necesidades de la empresa no se ve qué criterio diferencia la beca de un contrato en prácticas”. *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., págs. 19-20.

44 GONZÁLEZ ORTEGA S.: Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán*, cit., pág. 129.

45 A la luz de la jurisprudencia vertida sobre la materia, LUJÁN ALCARAZ, concluye distinguiendo entre: “a) becas declarativamente excluidas del ámbito laboral, caracterizadas por la falta de dependencia y amenidad entre el becario y el otorgante de la beca; b) becas constitutivamente excluidas, en las que la presencia de estas notas típicas de laboralidad resultaría irrelevante por voluntad legal y c) becas ilegalmente excluidas del ámbito laboral en el que los servicios prestado por el becario son materialmente laborales y no existe norma con rasgo bastante que ampare tal exclusión”, en *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs 251-256.

su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento. Para ello, se prevé la posibilidad de que las Universidades establezcan, mediante convenio con una empresa, Programas de Cooperación Educativa en los que se concierte la participación de ésta en la preparación especializada y prácticas requeridas para la formación de los alumnos, sin que en ningún caso la participación de una empresa en el convenio “derive obligaciones propias de un contrato laboral”⁴⁶.

La inclusión en el ámbito de la Seguridad Social de los estudiantes que realizan prácticas externas se lleva a cabo a través del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Además, para favorecer el desarrollo de estas prácticas académicas, tal y como exige el Espacio Europeo de Educación Superior, concede una bonificación del cien por cien en la cotización a las Seguridad social a las entidades, empresas que instituciones que acojan a estos estudiantes.

Al igual que sucede con otras situaciones de becarios, los sujetos obligados a cotizar son la entidad que incorpora al estudiante en prácticas y el propio estudiante, y el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y de ingresar en la Seguridad Social sus cotizaciones junto con las el estudiantes universitario en prácticas externas es la entidad o empresa que recibe al “practicante”. Por ello, debe valorarse positivamente el hecho de que las personas que participen en estos programas de formación tengan una bonificación del cien por cien a la Seguridad Social a partir del 1 de agosto de 2014.

3.2. La situación de beca del personal investigador en formación

Dentro del segundo grupo de situaciones de becas que se ha señalado, se encuentran las becas de formación, dirigidas a la ampliación del campo de conocimientos del interesado, titulado o no, a cuyo fin se le proporciona ayuda para el seguimiento de sus estudios.

Entre este tipo de becas, cabe destacar aquéllas a las que se refiere el Estatuto del Personal Investigador en Formación, regulado por RD 63/2006. Para el Real Decreto 63/2006, el investigador en formación se encuentra en situación jurídica “de beca” durante

46 Frente a esta vía que promueve la incorporación de los estudiantes universitarios en prácticas en el ámbito de las empresas y entidades privadas y administraciones y entidades públicas, el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, regula las prácticas no laborales en empresas. Ésta prácticas, que se formalizan también a través de la suscripción del correspondiente convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal competente en razón del ámbito territorial donde se desarrollarán aquéllas, se dirigen a personas jóvenes (desempleados inscritos en la Oficina de Empleo con edades entre 18 y 25 años) que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad. Éstas prácticas no laborales no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre la empresa y la persona joven.

los dos primeros años desde la concesión de la ayuda. Recuérdese que el esquema que se configura para el personal investigador en formación es de “2 + 2”, es decir, dos años de “situación de beca”, más dos años en “situación de contrato” a través de la modalidad del contrato en prácticas.

En efecto, el personal investigador en formación se encuentra en “situación de beca” durante los dos primeros años, siempre que, además, cumpla con los siguientes requisitos: ser graduado universitario, ser beneficiario de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica; y ser beneficiario de esas ayudas a través del correspondiente programa oficial de doctorado.

Esta decisión del legislador de colocar en “situación de beca” al personal investigador en formación durante los dos primeros años de su carrera investigadora trae consigo una importante consecuencia jurídica: la exclusión del “personal investigador en formación de beca” del régimen jurídico laboral. Sin embargo, como tendremos oportunidad de analizar a continuación, esta situación ha sido reconducida por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, de la Tecnología y de la Innovación, de forma que la situación jurídica del investigador en formación predoctoral se regula a través de contrato de trabajo.

La inclusión del personal investigador en formación predoctoral en el Régimen General se lleva a cabo por la vía de la asimilación a los trabajadores por cuenta ajena de conformidad con lo previsto en el art. 97 .2 l) LGSS⁴⁷, con independencia de la inscripción del programa de ayudas correspondientes al Registro general de programas de ayudas a la investigación. Con todo, esta incorporación no supone una identificación completa con el régimen jurídico previsto para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General, sino que la disposición adicional primera del RD 63/2006 establece sustanciales particularidades con relación a aspectos tan relevantes como los sujetos responsables, los actos de encuadramiento, la cotización y, la más destacada, a la acción protectora:

- Quedan asimilados a los trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social quienes estén en posesión del Título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario o máster universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado.
- Por lo que se refiere al régimen de afiliación, altas y bajas, la norma únicamente contiene la previsión de que “la entidad que otorgue la beca asumirá los

⁴⁷ Se utiliza, como recuerda el Consejo de Estado, el mismo fundamento legal que utilizó el RD 1326/2003, de 23 de octubre, para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los becarios que habían obtenido el reconocimiento de su suficiencia investigadora, los cuales, como ya hemos señalado, tampoco eran considerados trabajadores por cuenta ajena

derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social” (disposición adicional primera apartado 1 c) RD 63/2006). En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 100 LGSS, la entidad que otorgue la beca estará obligada a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social del personal investigador en formación predoctoral, así como su alta y baja en el Sistema. Queda claro que el sujeto responsable es la entidad que otorgue la beca y no el organismo de acogida del becario cuando ambos no coinciden. La figura del empresario la asume, por tanto, la entidad convocante.

- En relación con la cotización a la Seguridad Social, el Estatuto del personal investigador en formación también establece varias reglas específicas que diferencian el régimen de cotización del investigador en formación predoctoral del régimen de cotización previsto con carácter general para los trabajadores por cuenta ajena. Así, los sujetos obligados a cotizar son la entidad que otorgue la beca y el personal investigador en formación, y el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y de ingresar en la Seguridad Social sus cotizaciones junto con las del personal investigador es la entidad convocante de la beca. No se prevé, por tanto, ningún tipo de responsabilidad solidaria o subsidiaria del organismo de acogida del becario cuando éste no coincida con la entidad que otorga la beca.

En esta materia, la principal novedad que ha incorporado la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación radica en la reducción del 30% de la cuota empresarial por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral. Recuérdese que la cotización al sistema del personal investigador en formación en “situación de beca”, conforme al RD 63/2006, se realizaba aplicando las reglas referentes a los contratos para la formación y el aprendizaje. Con independencia de que se acuda a estas reglas, la cuantía de la base de cotización estará constituida por la base mínima vigente en cada momento para el grupo de cotización 1⁴⁸. En relación con los tipos de cotización aplicables a la base de cotización, no existirá

48 En efecto, a partir de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales para el 2008 (BOE 24-12-2007, núm. 309), se establece que la cotización del personal investigador en formación durante la “situación de beca” debe realizarse aplicando las reglas referentes a los contratos para la formación (Ley 51/2007, de 26 de diciembre, art. 122. Doce). A esta regulación se añade el matiz incorporado por la Ley 2/22008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (Ley 2/2208, de 23 de diciembre. Art. 120. Doce), que viene a establecer que, con independencia de que se acuda a las reglas referentes a la cotización del personal investigador en formación en situación de beca, a efectos del cálculo de la base reguladora se seguirá aplicando el importe de la base mínima correspondiente al Grupo de cotización 1 del Régimen General”, en ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Las últimas reformas en materia de becas de trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2013, pág. 337

obligación de cotizar, con respecto a la contingencia de desempleo, al Fondo de Garantía Salarial, ni por formación profesional⁴⁹.

4. Formación Profesional Dual

El tercer grupo de becas que se ha apuntado para favorecer la formación práctica de los alumnos viene representando, fundamentalmente, por la formación profesional dual. Ésta se regula en el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, que desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y establece las bases de la Formación Profesional Dual.

La formación profesional dual se configura como un instrumento destinado a favorecer la inserción laboral y la formación de las personas jóvenes en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa, recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. En concreto, representa “el conjunto de acciones e iniciativas formativas que tienen por objeto la cualificación profesional de las personas, combinando los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación”⁵⁰. A través de este sistema se trata de avanzar en una mayor colaboración y participación con las empresas, propiciando una participación más activa de éstas en el proceso formativo del alumnado.

En definitiva, como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, se pretende que la empresa y el centro de formación profesional “estrechen sus vínculos, aúnen esfuerzos y favorezcan una mayor inserción del alumnado en el mundo laboral durante el período de formación”. La formación profesional dual ha obtenido resultados muy beneficiosos en países de nuestro entorno europeo que se traducen, sobre todo, en un aumento notable de la empleabilidad de los jóvenes.

49 En relación a la contingencia de desempleo, ninguna duda plantea su exclusión de la obligación de cotización pues el personal investigador en formación de beca no tiene derecho a esta prestación y, de acuerdo con el art. 223 LGSS, la finalidad de la cotización por la contingencia de desempleo es, básicamente, cubrir esta contingencia incluida en la acción protectora de la Seguridad Social. Por lo que se refiere a las cotizaciones al FOGASA, las aportaciones ingresadas a dicho Fondo por los empresarios se dirigen a autofinanciar las cantidades a abonar a los trabajadores en caso de que éstos, por carencia patrimonial de su empresario, no perciban sus salarios o determinadas indemnizaciones de que sean acreedores.

50 Exposición de Motivos Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre.

Grupo 3

**Direito Mercantil, Direito Civil,
Direito do Consumidor e Novas Tecnologias**

***Derecho Mercantil, Derecho Civil,
Derecho del Consumidor y Nuevas Tecnologías***

DAÑOS DERIVADOS DE LA CRISIS MATRIMONIAL¹

CARMEN MUÑOZ GARCIA

Profesora de Derecho Civil. Acreditada a Titular. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen

Nos planteamos si es posible aplicar el régimen general de la responsabilidad civil en los daños que se producen durante el matrimonio o como consecuencia de la crisis matrimonial. Hasta ahora, ha sido difícil entablar acciones civiles en el Derecho de familia por la inmunidad entre cónyuges – también la inmunidad de los padres frente a los hijos-, y por la idea de unidad familiar que rige en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En España empiezan a admitirse las primeras reclamaciones. Han sido decisivas: (1) la Ley 30/1995 sobre el seguro de responsabilidad civil, que permite la reclamación entre familiares por accidentes de circulación, (2) la Ley 15/2005, por la que se admite el divorcio sin causa, y (3) la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009, en la que se admite el resarcimiento del daño moral por concurrir los requisitos de la regla general del art. 1902 Código Civil. No hay razón ya para no admitir la exigencia de responsabilidad civil por los daños en el Derecho de familia.

Palabras clave

Derecho de Daños; Derecho de familia; Daños morales en las relaciones conyugales y como consecuencia de la ruptura matrimonial.

Abstract

The paper analyzes if it is possible to apply the general regime of the civil responsibility in damages that take place during the marriage or as consequence of matrimonial crisis. It has been difficult to bring civil actions in the Family law because of the interspousal immunity – also the parental immunity-, and the familiar unit idea that applies in the majority in ours legal systems. In Spain first claims are beginning to be admitted. These

1 Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), titulado “Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema”, dirigido por la Prof. Dr. D^a Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM “Derecho de la contratación. Derecho de Daños”, de cuyos equipos de investigación formo parte.

ítems have been decisive: (1) Law 30/1995 about the civil responsibility insurance, which allows the claim between relatives because of motor vehicle accidents, (2) Law 15/2005, that admitted the divorce without reason, and (3) the ruling issued on 30 June 2009 by Spanish Supreme Court that admits the compensation of non-pecuniary loss for coincide the requirements of the general rule of the art. 1902 Civil Code. There is no reason now not to admit the exigency of civil responsibility for damages into the Family law.

Key words

Tort law; Family law; Moral damages caused during marriage or as a result of marital breakdown.

Palavras-chave

Direito de danos; Direito de família; Danos morais nas relações conjugais e em como consequência da ruptura do casamento.

Índice de Acrónimos

| | |
|------|--|
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil de Alemania) |
| CA | Comunidad Autónoma |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CC | Código civil |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| S | Sentencia |
| SAP | Sentencia Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia Tribunal Supremo |

1. Consideraciones Generales

El concepto de familia tradicional, ligado a “la casa” ya fue superado por el sistema constitucional, que al reconocer la completa efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones de familia derivaba en un individualismo, en el que el papel “tradicional de la familia tendía a quedar relegado”². Ahora bien, también es cierto que ha sido, y sigue

2 Así lo expresa ROCA TRÍAS, E., “FAMILIA, FORMAS FAMILIARES Y ECONOMÍA”, en *Dos ensayos sobre metodología del derecho de familia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

siendo, una institución social que suple las carencias económicas y afectivas que en otros ámbitos serían difíciles de lograr. Y se describe esencialmente a partir del matrimonio, configurándose el derecho a contraerlo como un derecho fundamental (art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la ONU, de 1948), del que derivan entre otros, la filiación o el patrimonio y su transmisión.

La familia comprende a los cónyuges y a los parientes. Y aunque el Código civil carece de un tratamiento unitario del derecho de familia, la determinación del parentesco se recoge en los art. 915 a 920 con ocasión de la ordenación para suceder (solo referida a la intestada es de aplicación general). Son estos, los cónyuges y los parientes, los que son objeto de una amplia regulación y protección, fundamentalmente la de los menores, aunque no la única³, donde las relaciones de familia se caracterizan por su privacidad e intimidad, y se desarrollan en la esfera más propia, alejada de injerencias e intromisiones externas.

El texto constitucional, en la línea marcada por los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales⁴, garantiza la

3 Nos remitimos a distintas obras/ autores, manuales/artículos: ALBALADEJO GARCÍA, M, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, Madrid, 2006; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Madrid, 2007 ; Díez PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil IV*, Madrid, 2006 p. 47 y ss; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO y RAMS ALBESA, , en *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ y SANCHO, T IV, *Familia*, 2ª ed. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, E. Dykinson, Madrid, 2005, pág 24 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, C *Principios de Derecho Civil*, Tomo 6º “Derecho de Familia”, 12ª ed., 2013, pág. 361; MARTÍN –CASALS, M. y RIBOT, J., “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, II, abril-junio, 2011, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011 ; PANTALEÓN PRIETO, A., “El artículo 1902” en *Comentarios del Código Civil*, T.II, del Ministerio de Justicia, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN Y SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, 1993; ROCA TRÍAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2000; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “La responsabilidad civil en las relaciones familiares” en *Tratado de Derecho de la Familia*, coordinado por YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M, T. VI (Las relaciones paterno-filiales II. La protección penal de la familia), Pamplona, 2011, pp 659-763; SERRANO ALONSO Y SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho Civil, Familia, Curso IV-Plan Bolonia*, Edisofer, 2007.

4 Sobre los principales tratados internacionales de Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>. Por lo que se refiere a la UE, pese a que los Tratados no incluyen una relación escrita de los mismos, la elaboración doctrinal de los Derechos Humanos en la UE se debe principalmente al TJUE. Además el art. 6 TUE actualiza la referencia en Derecho Originario sobre Derechos Fundamentales al declarar: (i) La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007, la cual tendrá el mismo valor jurídico de los Tratados(...); (ii) La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados; (iii) Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte el Derecho de la Unión como principios generales.

protección al honor y a la intimidad (art. 18.1 y 4), reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio –y a no contraerlos–, con plena igualdad jurídica (art. 32), asegura la protección social y económica y jurídica de la familia (art. 39), garantizan pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas durante la tercera edad, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán para ellos servicios sociales que procuren su bienestar (art. 50). Y mientras que para los primeros citados (arts. 18.1 y 4, y art. 32) proclama la vinculación a todos los poderes públicos, y determinan que solo podrán regularse por ley (art. 53.1); para el resto, “el reconocimiento, el respeto y la protección,...informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE).

En este contexto, con estas premisas que nos ocupan, y siendo las relaciones de familia relaciones en las que prima la privacidad y la solidaridad entre sus miembros, no es extraño que cualquier planteamiento de resarcir el daño producido al cónyuge o al hijo, resulten cuando menos chocantes. En términos parecidos, aunque ya restringido a las relaciones entre cónyuges, con un nuevo marco legal del matrimonio en España –consolidado por Ley 15/2005–, culmina el nuevo modelo matrimonial en el que además del pleno derecho a contraer matrimonio, se determina como clave también el “derecho a no seguir casado”, que por el legislador se vincula al respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.1CE. Precisamente, estas afirmaciones del legislador que reconoce la plena libertad individual para contraer matrimonio y también para dejar de estar vinculado, excluye cualquier viabilidad para un “hipotético ajuste de cuentas” en el momento de la ruptura⁵, pero no debe excluir acciones de responsabilidad civil

La previsibilidad en el Código Civil de responsabilidades derivadas de obligaciones legales (las obligaciones de alimentos entre parientes, la responsabilidad por la gestión y administración de los bienes comunes o de los hijos, las legítimas), y contractuales (los pactos sobre el régimen económico matrimonial, sucesiones, el contrato de alimentos o la pensión compensatoria acordada, son sólo unos ejemplos) **en el ámbito del Derecho de familia**, no es obstáculo para que los pocos artículos que regulan la responsabilidad civil extracontractual en el en el CC se apliquen también ante los daños producido en el contexto del Derecho de familia, aun después de la ruptura del vínculo matrimonial. Es cuestión tratada con gran precisión jurídica en la STS de 30 de junio de 2009, por la

La inobservancia de los Derechos fundamentales, (violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE) puede llegar a constituir un motivo de suspensión de los derechos derivados de los Tratados al Estado miembro de que se trate. Además del respeto por los Derechos humanos en el interior de la Unión, se fomenta el respeto de estos derechos fuera de la UE. http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/human_rights_in_third_countries/index_es.htm

5 MIQUEL MARTÍN-CASALS y JORDI RIBOT, “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás” *ADC*, T. LXIV, II, abril-junio 2011, Ministerio de Justicia, pág. 503 y ss

ponente Encarnación Roca i Trías, en la que se declara la existencia de responsabilidad civil extracontractual fundada en el art. 1902 CC, principalmente por impedir la progeneradora que el hijo menor pudiese relacionarse con su padre. La responsabilidad en estos casos, o bien tiene fuerte presencia en el ámbito penal -el daño en este contexto, agrava las penas-, que no excluye el remedio indemnizatorio propio del derecho de daños, o bien, sin estar sancionados por el Derecho Penal, merecen el reproche social y la responsabilidad civil por el daño ocasionado.

El estudio de la escasa y reciente jurisprudencia estimatoria da cumplida muestra de que estamos ante un nuevo tema de debate, el de la progresiva aplicación de la resarcibilidad de los daños entre cónyuges, que trasciende, igual que las obligaciones, más allá de la disolución del vínculo matrimonial.

Bien es verdad, que solo en supuestos muy concretos, el Código civil prevé el remedio indemnizatorio de la responsabilidad civil. Así, el art. 43, que regula el resarcimiento para el caso de incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio —que no produce obligación de contraerlo-, y que lo limita a los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido; o el art 97, que regula la compensación económica al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un perjuicio por desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; o el art. 168.2, que establece la obligación de los padres de responder frente a los hijos, de los daños y perjuicios causados por pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave.

2. Del Estado de la Cuestión de Daños Civiles entre Familiares

2.1. De la unidad familiar a la individualidad. Nuevo enfoque

La familia se concreta en la llamada “familia nuclear” integrada por padres e hijos, en detrimento de la llamada “familia extensa” integrada de parientes consanguíneos y también afines. En esta evolución del modelo familiar, la Constitución española ha centrado el sistema de protección de los derechos fundamentales en el individuo y su libertad e igualdad, que constituyen los valores supremos de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE), lo que incluye la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente, el libre desarrollo de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar (art. 10.1 CE) y la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 y 2 CE). Se está produciendo una gradual disolución de la dependencia familiar en pos de la individualidad de los sujetos que la integran⁶.

6 Así lo expresan entre otros: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual...*, op. cit., pág. 22 y ss. O ROCA TRÍAS, E., *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág. 93 y ss.

A ello contribuye también algunas de las últimas modificaciones legislativas de más hondo calado, en concreto, las introducidas en el Código por la Ley 13/2005⁷ y por la Ley 15/2005⁸ respecto al matrimonio. También las SSTC 138/2005⁹ y 273/2005¹⁰ y STS de 30 de junio de 2009.

Las sentencias de las Audiencias Provinciales son sólo una muestra del giro jurisprudencial producido tras la última referida, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 512/2009 de 30 de junio, de la que fue Ponente Doña Encarna Roca i Trías¹¹ y que marca, por el supuesto, por el fundamento y por las consecuencias, un importante avance en el planteamiento acerca de la responsabilidad civil en el Derecho de familia, especialmente entre quienes fueron los cónyuges, en este caso convivientes, por lesión de un derecho de guarda y custodia del hijo que atribuida al padre, fue impedida por la progenitora. La sentencia examina la concurrencia de los requisitos del art. 1902: (i) acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Y en este comportamiento de

-
- 7 La ley 13/2005, de uno de julio, por la que se modifica el Código civil, autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, para garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio (E. de M.) .
- 8 Se garantiza el derecho a no seguir casado, por lo que la separación o divorcio no se hace depender de la existencia y prueba de causa alguna, bastando que uno solo de los cónyuges lo solicite una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (E. de M. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).
- 9 La STC 138/2005, de 26 de mayo (BOE de 22 de junio) afecta sustancialmente a la presunción de paternidad del marido con respecto a los hijos de su mujer, al ampliar el plazo de impugnación de esa paternidad por el marido (art. 136.1 CC declarado inconstitucional).
- 10 La 273/2005, de 27 de octubre (BOE 29 de noviembre), declara inconstitucional el prrf. 1º del art. 133. Y admite que así como el art. 134 legitima al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, aunque no goce de la posesión de estado.
- 11 STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009-5496). La sentencia resuelve sobre el siguiente supuesto: progenitora que viaja al extranjero con hijo menor propio reconocido por el demandante, y que no regresa a España, impidiendo al otro progenitor el ejercicio de la guardia y custodia que se reconoce al padre en virtud de sentencia judicial. Atribuida la guarda y custodia sobre el menor a su padre, y ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia en USA, donde vivía su hijo, tras diversas reclamaciones en distintos organismos, Don Paulino interpuso demanda ante Juzgado de 1ª Instancia de Madrid contra Doña Remedios –madre del menor –, y contra Asociación y Centro, pertenecientes a la denominada Iglesia de la Cienciología, a la que ella pertenecía, exigiendo la responsabilidad extracontractual, por daños morales. Había sido privado, en contra de su voluntad, de su hijo desde el 23 de agosto de 1991. Como la demanda de reclamación de daños se interpuso en octubre de 1998, ante la alegación de los demandados de la prescripción de la acción –había transcurrido el plazo de un año marcado en el art. 1968.2 CC–, esta fue desestimada. Apelada la sentencia, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de octubre de 2004, la desestima por igual motivo. D. Paulino interpuso recurso de casación, que admitido, y el TS casó y anuló la sentencia recurrida, estimando parcialmente la demanda y condenando a Doña Remedios a indemnizar a Don Paulino con la cantidad de 60.000 euros, incrementado en dos puntos desde el día en que se dictó la resolución. Ciertamente el plazo de inicio del cómputo no puede contarse desde un día concreto –cuando la madre se lleva al menor a EEUU–, sino que se mantiene en el tiempo mientras permanezca en esta situación. Es el caso de los “daños continuados”. Es más, la prescripción debía iniciarse al transcurrir un año desde que finaliza el derecho del demandante a la guarda y custodia por cumplir la mayoría de edad. Respecto a los otros codemandados, fueron absueltos.

Doña Remedios, el carácter antijurídico del acto, se manifiesta en que efectuó un acto contrario a derecho, no sólo oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo al padre, también porque impidió que el menor pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el art. 160 CC; (ii) la lesión a un derecho protegido –la relación paterno-filial-, que daña no sólo el supremo interés del menor, también el del progenitor que apartado obligatoriamente de su hijo, no puede ejercer ni la patria potestad, ni el derecho de guarda y custodia¹²; (iii) la relación de causalidad, entendida aquí no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, en cuya virtud cabe imputar a una persona –la madre-, el resultado dañoso consecuencia de su acto.

A ello contribuye también el buen entendimiento que de la Ley 15/2015, de 8 de julio, viene haciendo la doctrina, y que junto a la Ley 13/2005, de 1 de julio, derivaron en una de las más profundas reformas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento. Esencialmente por la idea que late en su articulado, y que consagra el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). La Ley 15/2015, en cuanto dejando al margen cualquier criterio de culpa para disolver el matrimonio, declara que el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada a su cónyuge. Es inexigible jurídicamente mantener el matrimonio cuando uno no quiere. La segunda, la Ley 13/2005, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, favorece el marco de realización personal.

Por fin, el Código acoge el largo proceso de transición. El respeto de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar, deben recibir el reconocimiento y tutela, antes que por el *status familiae* que ocupan dentro de la misma, por su propia identidad como personas.

No cabe duda de que estas profundas reformas superan el modelo de separación-sanción. Pero no por ello, deben quedar indemnes las conductas que por causar daño, merecen de reproche moral y reparación por el daño causado.

2.2. De la inmunidad a la autonomía

En las legislaciones europeas coexisten dos grandes culturas: el sistema de la Europa continental, y el de *Common law* –que se ha ido desarrollando en las jurisdicciones estatales de los EEUU. Lo que determina que la cuestión de la responsabilidad por daños

12 La STS 30 de junio de 2009, cita al efecto que este tipo de daños ha empezado a ser considerado en diferentes Tribunales como fuente de indemnización. Así, el Tribunal de Roma, en sentencia de 13 de junio 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido, considerando que el derecho del progenitor no guardador, además de un derecho de visita, tiene un deber hacia el hijo.

en el contexto del matrimonio y sus crisis, se presente con diferencias relevantes. Si las diferencias esenciales se reducen como propone FERRER i RIBA¹³, al esquema siguiente, bien podemos afirmar que el abandono de la inmunidad, se encuentra superado, lo que sin duda ha reducido sustancialmente las diferencias entre unos y otros ordenamientos.

Así, mientras en Europa continental, nuestros Códigos Civiles decimonónicos no establecen excepción formal a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los daños entre cónyuges o convivientes, aunque sí contienen en ocasiones – es el caso del Código civil alemán (1359 y 1664) –, estándares particulares de diligencia en el cumplimiento de deberes familiares o que fijan obligaciones indemnizatorias; en los ordenamientos de *Common Law*, se forjaron históricamente reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas por su vínculo familiar con la víctima.

Mientras que en los primeros existe una gran imprecisión legal y jurisprudencial, en los segundos, su aplicación se agrupa del siguiente modo: (i) la *parental immunity*, por daños causados por el progenitor a los hijos en potestad –con origen en los Tribunales estadounidenses-, y (ii) la *interspousal immunity*, por los daños entre cónyuges, y que tiene sus raíces en el antiguo *common law*. Esta inmunidad, fundada en la unidad del matrimonio en la que la identidad de la mujer se funde con la del marido y ambos pasan a ser, en derecho, una sola persona, parte de ideas bíblicas en las que subyace la presunta falta de capacidad jurídica de la mujer, y quiebra primero en los Estados Unidos, y después en Inglaterra, a mediados del siglo XIX, cuando a través de las *Married Women's Property Acts*, se reconoce capacidad patrimonial a la mujer casada y de ejercicio de acciones indemnizatorias contra el marido por daños patrimoniales, no así, las acciones en el ámbito de los daños personales, culposos o dolosos, que tardaron más de un siglo más en admitirse. A su progresiva admisión contribuyó –refieren los autores-, la proliferación del seguro de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación, que abrió la vía de la reclamación por daños causados en accidentes de tráfico. El abandono de la inmunidad en el ámbito familiar es finalmente inevitable¹⁴.

3. Daños Objetivos por Tipificados y Daños Subjetivos

El Código Civil francés (art. 1382), el español (art. 1902) y el italiano (art. 2143), consagraron el principio de atipicidad del ilícito civil. La admisión de la resarcibilidad de

13 Seguimos con el rigor de FERRER i RIBA, J., “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret*, octubre 2001, en cuanto a la sistemática ordenación y clasificación de la materia, aunque reducida, en este caso, a los daños entre cónyuges, dejando por tanto al margen los daños causados por el padre o la madre a los hijos en potestad. http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf

14 Del fin de la “inmunidad conyugal”, dan cumplida muestra entre otros, MARTÍN –CASALS, M. y RIBOT, J., en *Daños...*, op. cit., pág. 525 y ss.; VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

los daños en familia de derechos absolutos, -como en los sistemas de ilícito civil típico-, como son las lesiones que los cónyuges, los hijos, los padres, produzcan en la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad y los derechos de la personalidad de sus parientes, vienen siendo contemplados por nuestro derecho positivo, y resarcibles con mayor o menor acierto. Como señala ALPA/BESSONE, la tutela extracontractual, en principio, se entiende establecida por los ordenamientos como medio de protección de valores fundamentales del individuo. Por eso, las lesiones de estos bienes en familia, han sido admitidos unánimemente y no plantean problemas en cuanto a su resarcibilidad¹⁵.

Apreciada la importancia de los daños previstos por el legislador, que ha determinado la reparación del daño “tipificado”, no hay ya razón alguna para eludir o evitar la reparación del daño que o bien excede del tipificado, o que ni siquiera lo está. Este sería también daño resarcible si concurren los requisitos del art. 1902 CC.

Ahora bien, con lo antedicho, no podemos prescindir de una idea que nos caló profundamente sobre el art. 1902 CC, y que plasmó con gran acierto PANTALEÓN¹⁶ sobre la concepción “subjetiva” y “real-concreta” del daño. Debe aceptarse un concepto del daño –en este caso se refería al patrimonial-, que salvo que una norma disponga excepcionalmente lo contrario, tenga en cuenta las específicas circunstancias de lo dañado, que puede hacer que por ejem., en caso de destrucción de una cosa, el daño sufrido por su dueño sea nulo puesto que había decidido destruirla. Dicha idea, la entiendo trasladable a los daños morales en el Derecho de familia. Así, el daño que podría alegar el progenitor que pierde el contacto con su hijo cuando nunca lo ha tenido o querido, debe ser un “daño en sí” inexistente. En verdad, de ser reclamado y estimado, produciría un enriquecimiento injusto en beneficio de quien no ha sufrido tal daño certero.

Y si de obligaciones se trata, del incumplimiento de estas derivan responsabilidades. Claro que, para ello, debemos prestar especial atención a la fuente de la que emanan, según art. 1089 CC, y que de manera directa o indirecta están sustentadas en la propia ley. Así:

- (i) si el hecho es susceptible de ser tipificado en el Código Penal (lesiones, abandono de familia,..), la responsabilidad civil deriva de estos y se regirá por el Código Penal (art. 109 y ss.);
- (ii) si se trata de incumplimiento de obligaciones contractuales, la responsabilidad que deriva del propio incumplimiento aunque no se produzca daño, se rige por el art. 1101 y ss. CC;

15 Como con gran acierto lo expresa y recoge SÁINZ.CANTERO CAPARRÓS, M^aB., y PÉREZ VALLEJO. A. M^a, Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación, Ed. Comares, 2012, pp. 11 y ss.

16 PANTALEÓN PRIETO, A., “El artículo 1902” en *Comentarios...*, cit. ant., pág. 1991.

- (iii) si el daño se produce por intromisión contra el honor, la intimidad personal y familiar, le será de aplicación el art. 9 LO 1/1982, de 5 de mayo) y la responsabilidad civil deriva de la propia tipicidad del daño.
- (iv) y si es por cualquier otro tipo de daños, también los morales, deriva de la concurrencia de los requisitos del art. 1902 CC;

Ahora bien, aunque aplicar las reglas del derecho de daños a la vida familiar es muy cuestionable, la expansión de los supuestos que son reparados al margen de los previstos en el Código Civil, y Penal, son una muestra del aumento de supuestos que en el Derecho de familia exigen de una respuesta.

La nueva tendencia jurisprudencial abre la puerta a reclamaciones que hace no mucho eran impensables. La singularidad del vínculo familiar, el más extenso, personal y altruista —a veces no tanto—, determina que se asuma cualquier daño como propio de las relaciones humanas. Lo que nos “impide” iniciar cualquier acción contra quien en ese contexto tan íntimo y personal nos ha causado el perjuicio. Como dicen los autores, ha sido más un tema de preservar la llamada “paz familiar”, que priorizar el “interés particular”. A pesar de haber sido una institución extraña al ámbito familiar, la jurisprudencia ha comenzado a dar respuestas favorables al resarcimiento del daño, incluso al moral derivado del incumplimiento de las obligaciones familiares, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y que coloca en completo plano de igualdad jurídica a los cónyuges en todas sus fases posibles, antes, durante e incluso en su extinción. Cabe recordar ahora que el mandato constitucional para que el legislador regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica (art. 32 CE) y que la trascendencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, que además de admitir que es preciso garantizar especialmente la protección del interés superior del menor, y establecer la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral, reconoce que persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial, lo que posibilita que prosperen las acciones de responsabilidad civil ante cualquier incumplimiento de las obligaciones familiares, especialmente entre cónyuges. Sin duda, el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, y la primacía de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, no son obstáculos para reclamar daños cuando los hay.

Con estas premisas, y siendo el matrimonio el eje central de la regulación del Derecho de familia, en el que los sujetos están en plena igualdad (art. 66 CC), nos centraremos en los deberes recíprocos entre cónyuges, que contemplados en los arts. 67 y 68 CC, determinan el respeto y la asistencia mutua, el deber de convivencia, fidelidad y socorro

mutuo. Tras Ley 15/2005, de 8 de julio, se añade una obligación más entre los cónyuges, que “deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Sin duda una claro reflejo de lo que socialmente constituye la familia y el matrimonio a pesar de la idea tan denostada que sobre este último existe, **constituyendo un pilar fundamental que contribuye al bienestar social de los miembros que la integran.**

Pero no quiero reducir el análisis al contexto de los incumplimientos de obligaciones contractuales o legales respecto de los cónyuges, todo lo contrario, dando por bueno cuanto refieren los autores en la materia, el estudio trasciende de las responsabilidades civiles y penales en el matrimonio, para plantear **la resarcibilidad de los daños que se producen tras la ruptura del vínculo matrimonial**, conforme art. 1902 CC.

Para paliar los desajustes que produce el daño a causa de la acción u omisión, es preciso ordenar las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que faciliten la comprensión de la materia. Se trata, de que daños sufridos en un contexto tan privado y ajeno, no queden impunes ante el derecho, por ser conductas no sujetas a responsabilidad. Una cosa es la decisión de si se reclama o no, y otra muy distinta es que reclamando ante la antijuridicidad de la conducta, no se tutele suficientemente por los perjuicios causados.

Sin duda, un Plan de concienciación de deberes y derecho entre familiares, también de abstenerse de una conducta lesiva para los demás¹⁷, lograría dos objetivos fundamentales: (i) Fomentar el máximo respeto entre los familiares; y (ii) Fomentar la protección desde una perspectiva de prevención, llevando a un mayor nivel de diligencia en evitación del daño.

Superada la supuesta “inmunidad” o privilegio, que beneficiaría al dañante, lo difícil, como acertadamente señalan MARTÍN-CASALS Y RIBOS¹⁸, es trazar la línea entre lo indemnizable y lo no indemnizable. También, determinar el fundamento que justifica el resarcimiento.

Si viene es cierto que desde hace ya algún tiempo que se viene abogando por el reconocimiento de los daños morales y su correspondiente reparación, cuando menos, en los conflictos familiares, es precisa una posible sistematización de los daños.

4. Daño Resarcible entre Cónyuges

4.1. Supuestos tipificados

4.1.1. Como delito por el Código Penal

Hemos referido anteriormente que el vínculo de parentesco no exime de la aplicación de la pena cuando se lesiona la integridad física o psíquica, sino que en ocasiones

17 Sobre la base del principio “naeminem laedere”, quien causa daño está obligado a indemnizarlo.

18 MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., “Daños en Derecho de familia...”, op. cit., pág. 508 y ss.

agrava la pena. Además del homicidio o las lesiones (art. 147.1 CP¹⁹), o los malos tratos²⁰ (art. 153.1 CP), o que medien agresiones sexuales (art. 178 CP), no hay que descartar los accidentes de circulación, cuando resulta lesionado un hijo, o el propio cónyuge, lo que determina la exigibilidad de la responsabilidad penal y civil (art. 116 CP²¹).

Sin olvidar por ello la regla general contenida en el art. 109 CP, que tras LO 1/2015, de 30 de marzo fija que cualquier hecho tipificado como delito “obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”, para señalar en el segundo de sus párrafos, que el perjudicado podrá optar, en cualquier caso, por exigir la responsabilidad civil ante los Tribunales Civiles.

4.1.2. Supuestos regulados en la Constitución Española y en LO 1/1982

El incumplimiento del deber de respeto mutuo: lesión del derecho a la integridad física o moral (art. 15 CE); lesión del derecho al honor (atentan a su consideración social, someterle a comportamientos humillantes, o imputarle hechos que le desmerecen,...); y muy especialmente, la lesión del derecho a la intimidad, tanto en su faceta personal como familiar. Lo que no excluye algunos supuestos que, tipificados por el CP como delitos, sean punibles y además comporten el deber de indemnizar (arts. 197.1 y 2 y art. 208 CP).

Además de la lesión a la integridad física o psíquica, a la libertad sexual, los malos tratos, el Código Penal contempla delitos contra la integridad moral de quien sea o haya sido su cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia (art. 173.2 CP²²), y lo hace extensible, tras LO 1/2015, que introduce un nuevo apartado 4²³ en el art. 173, a “injuria o vejación de carácter leve”.

19 El Código Penal, en su redacción anterior a LO 1/2015, de 30 de marzo, y con entrada en vigor desde el 1 de julio de 2015, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal, determinaba en el art. 148.4 y 5 CP, una agravación de la pena si la víctima fuera o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 148.4); o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

20 “el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor malos tratos”

21 El art., 116 CP tras redacción dada por LO 1/2015, determina: “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.

22 En este caso, como acertadamente recogen MARTÍN-CASALS y RIBOT, cit. ant., pág. 535, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha matizado que “el tipo delictivo del art. 173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo”.

23 “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en

Centrándonos en los daños ocasionados en los derechos al honor y a la intimidad, es especialmente significativa la presunción del daño desde el momento en el que se produce la intromisión. Lo que constituye la excepción al régimen general, ya que este se presume desde el momento mismo en el que se produce la intromisión en cualquiera de las esferas tuteladas en la LO 1/1982 (art. 9.3)

4.1.3. Supuestos regulados en el Código Civil

El incumplimiento de las obligaciones contraídas conyugales primero, y las que resultan del convenio regulador o que han sido adoptadas por el juzgador en la sentencia del procedimiento de separación o divorcio, son sanciones con previsión legal. En estos últimos casos, el pago de la pensión compensatoria, el de alimentos, o la obligación de la venta de la vivienda familiar, son ejecutables ante la contravención por el obligado.

4.2. *Posición de nuestra jurisprudencia ante los supuestos no tipificados. Frustración de la confianza*

Las SSTs, 1, de 22 y de 30 de julio de 1999²⁴, contemplan los siguientes supuestos: demandantes que reclaman a sus ex esposas indemnizaciones por los daños patrimoniales y morales causados por vulneración de los deberes matrimoniales. De la infidelidad de éstas, habían nacido hijos, y desconociendo tanto la infidelidad como la dudosa paternidad, reconocieron a los hijos, les tuvieron y “alimentaron” como propios. Después de que prosperara en ambos casos la impugnación de paternidad, solicitaban una indemnización por las cantidades pagadas en concepto de alimentos y por daño moral. El Tribunal Supremo, en la de 22 de julio denegó la indemnización por falta de prueba del dolo en la ocultación de la paternidad biológica de un tercero, mientras que en la de 30 de julio, admitió ante las alegaciones de marido que, “Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos”, por lo que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es que se constituía –antes de la Ley 15/2005–, en causa

los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

24 STS, 1ª, 22 de julio de 1999 (RJ 1999-5721) y STS, 1ª, 30 de julio de 1999 (RJ 1999-5726), siendo en ambas ponente BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA

de separación matrimonial. Afirma, que tampoco cabe “dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar” (fund. tercero). Para concluir en el cuarto de sus fundamentos, que “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna”. Bien es verdad que si bien la infidelidad conyugal no sería indemnizable, ni por vía del art. 1902, ni por vía del art. 1101 CC, sí podría serlo el daño que se produce, en este caso, el derivado de la ocultación de la verdadera paternidad.

Tal dirección doctrinal ha dejado asentadas dos fases: una primera, de negación de la indemnización de los daños morales, principalmente atendiendo a la falta de dolo del causante (STS 22 de junio de 1999); y una segunda fase al amparo de aquella, por la que se permite que los tribunales, y ya amparados en el dolo del dañante, emitan juicios de imputación, y fijen la responsabilidad civil y la obligación de indemnizar, llegando a resultados próximos a los que se llega en otros casos en los que no hay esos vínculos familiares.

Las Audiencias Provinciales dan muestra de esta nueva vía que se abre tras la STS de 22 de junio de 1999, en la que se apunta a la conducta dolosa de la esposa al ocultar la verdadera paternidad. Entre otras, la de la AP de Valencia, Sec. 7ª, sentencia 466/2007, de 5 de septiembre, que en la línea ya marcada por la sentencia de igual tribunal, 594/2004, de 2 de noviembre²⁵ determina que “si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge”. O la más reciente de la AP Valencia, Sec.11ª, sentencia 386/2014, de 13 de noviembre, en la que se estima la existencia de una acción dolosa de la demandada al hacer creer al actor que la hija se había engendrado por inseminación artificial, y que es la rotura de esa creencia, al descubrirse el engaño de la paternidad biológica la que genera el daño moral alegado en la demanda. También las sentencias de la AP de Asturias, (Sección 5ª), de 18 de mayo de 2012, núm. 211/2012, o la de León de 2 de enero de 2007.

En una línea más aperturista, menos rigurosa, no faltan ya sentencias en las que basta que se aprecie la concurrencia de una conducta culposa o negligente, en la línea del art. 1902 CC. Las sentencias de la AP de Cádiz Sec. 2ª, de 3 de abril de 2008 o las de la AP de Barcelona, Sec.18, de 16 de enero de 2007²⁶ o la de 23 de julio de 2009, núm. 472/2009, que estimaron la indemnización de daños morales, son solo algunos ejemplos de la doctrina que vienen fijando las Audiencias para apreciar la concurrencia de daño moral, no sólo

25 Del comentario de la citada sentencia de la AP de Valencia, FARNÓS AMORÓS, E., El precio de ocultar la paternidad, *InDret* 2/2005, mayo de 2005. http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf

26 Del comentario de la citada sentencia de la AP de Barcelona, FARNÓS AMORÓS, E., Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, *InDret* 4/2007, octubre de 2007. http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf

cuando se pruebe la actuación dolosa, también cuando medie una conducta culposa o negligente de la madre en su ocultación de la verdadera paternidad a quien ostenta la misma.

Respecto de la dictada por la AP de Barcelona, de 23 de julio de 2009 (sec. 18), es pertinente señalar algunos aspectos clarificadores. Así, reconoce que ya en la sentencia anterior de igual sala, y de 16 de enero de 2007, se contienen los elementos propios del art. 1902 CC y se fija la obligación de responder en un completo encaje del supuesto en la regla general de la responsabilidad extracontractual. Se fijó una indemnización por daño moral al amparo del 1902 CC, tras calificar de negligente la conducta de la madre que debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de su hija no fuera el marido, afirmando además, que en la sentencia de 2007, “la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa”. Sin duda, da un paso más, cuando refiere que incluso hay alguna resolución en la que se objetiva totalmente la responsabilidad, como por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz sec. 2º de fecha 3 de abril de 2008, que afirmando mantener un criterio contrario al del Tribunal Supremo, sostiene que “los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil.” En definitiva, si la indemnización por daño moral debe fundamentarse en el art. 1902 CC, basta una conducta culposa imputable a quien se reclama.

A la luz de las últimas decisiones en materia de responsabilidad por daños morales se puede afirmar que hay una tendencia a admitir su existencia y a indemnizar por este concepto cuando medie conducta dolosa o culposa y se pruebe. Por lo que a pesar de no estar específicamente nominado en el Código Civil tiene su encuadre en el amplísimo “daño” del art. 1902, como ya declaró el Tribunal Supremo en la ya célebre sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la que dañando al honor, la titular del derecho exige el reconocimiento de que el daño se ha producido y la reparación del perjuicio moral en compensación al sufrimiento padecido.

4.3. Un supuesto más: “incumplimiento de promesa”

Entre otras situaciones que pueden dar lugar a responsabilidad civil, nos encontramos con dos supuestos que a mi entender deben ampararse, a falta de norma propia, en el art. 1902 CC. Ya la jurisprudencia lo ha venido haciendo en los supuestos más diversos, y con la máxima amplitud²⁷: (i) aquellas conductas lesivas que aún teniendo consecuencias

27 Ya advirtió PANTALEÓN PRIETO, A., “El artículo 1902” en *Comentarios...*, op. cit., pág. 1992.

legales propias, producen un daño que trasciende de lo previsto, y que, o bien se ha de soportar por el dañado, o bien ha de ser resarcido por el causante. En este caso, estos daños, precisan de una apoyo normativo que encontramos en la regla general; y (ii) aquellos supuestos que frustran la confianza de quienes actuaron conforme a lo prometido, desistiendo de alguna de su pretensiones, con pérdida de oportunidad y con daño cierto.

En el primer grupo, incluiríamos supuestos como impedir la liquidación de bienes gananciales, que bien es verdad, podrá ser realizada a través de acción judicial –con la consiguiente dilatación en el tiempo-, pero habrá producido un daño que podría haberse evitado.

En el segundo, incluiríamos cualquiera de los supuestos en los que uno de los implicados en la ruptura, acepta ceder el uso de la vivienda al otro, por tiempo determinado, o renunciar a la custodia compartida respecto de los hijos comunes, ante la

4.4. Fuentes de origen de la responsabilidad civil entre cónyuges

Podemos afirmar en la línea ya apuntada sobre la admisibilidad del daño moral en general, que en nuestro derecho (art. 1902), que sigue la pauta del Código civil francés (art. 1382), los términos sobre el “daño” son tan amplios que permiten tanto el daño material como moral, que es mejor una reparación imperfecta que la falta de toda reparación, y que su dificultad en la apreciación no debe influir en la oportuna prosperabilidad de un demanda justa. Y aunque esta “conquista” no ha estado exenta de dificultades, la realidad es que el reconocimiento del daño moral y de su indemnización, ha ido adquiriendo cada vez mayores dosis de extensión²⁸.

No podemos obviar que ya el Código Penal de 1944, en su artículo 104, reconoce de modo explícito la reparación de los daños morales, no sólo al agraviado, sino también los que se hubieren causado por razón de delito a su familia o a un tercero. Es el actual artículo 113 CP (tras LO 10/1995, y que mantiene su redacción tras LO 1/2015), el que determina que “la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros”.

El criterio aperturista se manifiesta en una primera ley especial que afecta a esferas personales, individuales y familiares, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en su art. 9.3 reconoce el derecho a la indemnización del daño moral.

Por lo que, partiendo de esta admisibilidad, aunque bien es cierto que con un criterio marcadamente restrictivo en el ámbito del Derecho de familia por las razones aducidas

28 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Civitas, 1999, pág. 95 y ss., pág. 324 y ss.

al comienzo de este artículo, podemos afirmar que en todos los supuestos en los que se ha admitido por la jurisprudencia: hay una conducta dolosa o culposa, que atribuible al dañante, causa un daño indemnizable, cuya reparación ha de proporcionar una compensación, sin que llegue a adquirir tintes punitivos. Aunque no en todos es exigible dicha culpa.

Veamos, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ya incluyó en su redacción originaria un sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación (Anexo de la Disp. Adic. 8ª), en el que ya se incluían los daños morales (1.7 del anexo). Reconociéndose así, por ejem., la legitimidad de uno de los progenitores para reclamar a la aseguradora del otro progenitor por los daños causados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Actualmente, y en los mismos términos antedichos, el Anexo se contiene en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, de 29 de octubre de 2004²⁹. La relación del perjudicado con la víctima, y la edad -en caso de fallecimiento-, serán tenidos en cuenta para la cuantificación del perjuicio. No es pues novedoso en estos supuestos, la reclamación de daños morales al cónyuge o conviviente.

Es de destacar que la norma general sobre responsabilidad civil extracontractual, a falta de norma propia, el apoyo normativo para otros supuestos. El enmarque en la exégesis del art. 1902 CC encuentra su máximo reconocimiento en la STS, 1ª, de 30 de junio de 2009³⁰, que en un supuesto examinado diferente, en cuanto un progenitor obstaculiza el derecho del otro progenitor a relacionarse con el menor, determina la obligación de indemnizar el daño moral producido. En este caso, la progenitora (Dña. Remedios), viaja al extranjero con hijo menor, reconocido por el demandante (Don Paulino), y no regresa a España, impidiendo al otro el ejercicio de la guardia y custodia que se reconoce al padre en virtud de sentencia judicial. Atribuida la guarda y custodia sobre el menor a su padre, y ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia en Estados Unidos, donde vivía su hijo, tras diversas reclamaciones en distintas organismos, Don Paulino interpuso demanda ante Juzgado de 1ª Instancia de Madrid contra Doña Remedios -madre del menor-, y contra Asociación y Centro, pertenecientes a la denominada Iglesia de la Cienciología, a la que ella pertenecía, exigiendo la responsabilidad extracontractual, por daños morales. Había sido privado, en contra de su voluntad, de su hijo desde el 23 de agosto de 1991. Como la demanda de reclamación de daños se interpuso en octubre de 1998, ante la alegación de los demandados de la prescripción de la acción -había transcurrido el plazo de un año marcado en el art. 1968.2 CC-, esta fue desestimada. Apelada la sentencia, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de octubre de 2004, la desestima por igual motivo. D. Paulino interpuso recurso de casación, que admitido, y el TS casó y anuló

29 Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

30 Sentencia 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009-5490). Ponente ROCA I TRÍAS.

la sentencia recurrida, estimando parcialmente la demandan y condenando a Doña Remedios a indemnizar a Don paulino con la cantidad de 60.000 euros, incrementado en dos puntos desde el día en que se dictó la resolución. Ciertamente el plazo de inicio del cómputo no puede contarse desde un día concreto –cuando la madre se lleva al menor a EEUU–, sino que se mantiene en el tiempo mientras permanezca en esta situación. Es el caso de los “daños continuados”. Es más, la prescripción debía iniciarse al transcurrir un año desde que finaliza el derecho del demandante a la guarda y custodia por cumplir la mayoría de edad. Respecto a los otros codemandados, fueron absueltos.

La principal novedad de la sentencia comentada reside, en primer lugar, en que el Tribunal Supremo aplica por primera vez el instrumento de la responsabilidad civil como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho del otro progenitor a relacionarse con sus hijos³¹, y por otro, la aplicación directa de las normas generales de la responsabilidad civil, lo que conlleva la obligación del causante de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero. Para ello, la Sala examina la concurrencia de los requisitos del art. 1902 CC para determinar tanto la responsabilidad civil como la obligación de indemnizar:

El primero de los requisitos, dice la sentencia, es la concurrencia de una acción u omisión en la que hubiera intervenido culpa o negligencia. Así, D^a Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre.

El segundo es si concurre el daño, y este, existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor.

El tercero de los requisitos, es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido utilizando. Para lo que tiene carácter decisivo –continúa diciendo la sentencia–, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal. El daño

31 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “La responsabilidad civil en las relaciones familiares” en *Tratado de Derecho de la Familia*, coordinado por YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M, T. VI (Las relaciones paterno-filiales II. La protección penal de la familia), Pamplona, 2011, págs. 659-763.

debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a éste la guarda y custodia en la sentencia citada.

Roca Trías³², recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de familia, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental³³. Así, refiere que en dicha sentencia condenatoria al Estado alemán (caso *Elholz vs Alemania*, [sentencia de 13 julio 2000 \(TEDH 2000, 152\)](#)) por violación de los artículos 6.1 y 8 del [Convenio Europeo \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#) : “El Tribunal recuerda que el concepto de familia con arreglo a este artículo no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones “familiares” factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula “familiar” desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar (Sentencia *Keegan contra Irlanda* de 26 mayo 1994, serie A núm. 290, pgs. 18-19, ap. 44)”. Además, el Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias *Johansen contra Noruega* de 7 agosto 1996, y *Bronda contra Italia* de 9 junio 1998 “. Por lo que concluye en la citada sentencia, con la estimación del perjuicio, que “el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio” A lo que concluye Roca Trías, de esta y de otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que debe extraerse la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio³⁴

Al respecto, aun cuando la regla del art. 1902 CC resultare difícil en el contexto del Derecho de familia, si el daño se produjera, nada debería impedir aplicar el principio de que quien causa daño paga, porque las relaciones familiares no son causa de impunidad³⁵.

32 STS, 1ª, de 30 de junio de 2009.

33 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso *Elholz vs Alemania*, [sentencia de 13 julio 2000 \(TEDH 2000, 152\)](#)) por violación de los artículos 6.1 y 8 del [Convenio Europeo \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#)

34 Sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000 (TEDH 2000, 150) , caso *Ciliz vs Países Bajos*).

35 DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., Daños civiles en el matrimonio, *Revista Otrósí*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, <http://www.derechopractico.es/articulos/danos-civiles-en-el-matrimonio/>

En otro caso, de no superar esa supuesta “inmunidad” o privilegio, el *status familiae* beneficiaría al dañante por su condición de cónyuge, conviviente, padre o madre de la víctima³⁶. En definitiva, se trata de trasladar la regla de la responsabilidad civil a la protección del individuo aunque los daños sean causados en el ámbito del Derecho de familia. Así las cosas, lo difícil es saber cuando estamos ante un supuesto indemnizable y cuando no, y cual sería en su caso el fundamento que justifica el resarcimiento³⁷.

Me permito acudir a la sentencia de la AP de Segovia, Sec. Única, 186/2003, de 30 de septiembre, y que considera, a mi juicio muy certeramente, que “los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido”.

Por tanto, la acción de responsabilidad civil podrá plantearse respecto de aquellos comportamientos que causen daño a derechos o intereses del otro, y que sean separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio o la convivencia, lealtad o fidelidad.

5. La Valoración del Daño Moral Derivado de la Ruptura o Frustración de la Confianza

5.1. Criterios para su fijación

Si para el Tribunal Supremo los daños morales se identifican “con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido ...” (STS 13 de abril del 2012), y este resulta económicamente indeterminado, de difícil estimación, el problema en su fijación reside tanto en el demandante como en el juzgador.

Téngase en cuenta que el art. 219 LEC impone al reclamante que pretende el reconocimiento del daño, y la existencia de responsabilidad civil, que cuantifique el daño o establezca las bases que permitan su cuantificación³⁸.

36 De “inmunidad” trata VARGAS ARAVENA, D., *Daños civiles en el matrimonio*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

37 MARTÍN-CASALS y RIBOT, cit. ant., pág. 508.

38 El art. 219.1 LEC, determina que “Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su

El legislador español, ha dado muestras de cierta sensibilidad hacia la admisión y reparación de los daños morales. El art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen supuso un importante avance normativo: (i) respecto a su admisión, pero muy especialmente respecto a la presunción del daño cuando se acredite en el contexto de la LO, cualquier intromisión ilegítima; (ii) en cuanto a los criterios indemnizatorios del daño moral, para lo que fijó que, “la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida”. Norma sin precedentes en nuestro Derecho que positiviza el *modus operandi* de los Tribunales al cuantificar el daño resarcible: atender a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión.

Una vez más, y a falta de reglas en el ordenamiento, que establezcan criterios para fijar el quantum indemnizatorio, los Tribunales determinan criterios que agregaríamos a los anteriores. Así, en el ámbito de los daños en el contexto de la crisis matrimonial, a falta normas generales o específicas, se viene valorando a estos efectos la duración de la relación paterno filial, si se desarrolló en el marco de una relación matrimonial o de pareja, la edad del menor, o el vínculo afectivo existente, a lo que hemos de añadir también el alcance concreto de la relación³⁹. Si es pertinente además, considerar la existencia, cuando así sea, de un daño continuado, que afecta no sólo al conjunto de la lesión sino al agravamiento del resultado⁴⁰, en los que sin duda, es inevitable cierta discrecionalidad judicial.

5.2. Otras posibles medidas

Estimada la existencia del daño y la obligación de reparación ante supuestos irreversibles o irrecuperables, existen otros en los que el daño se está produciendo de manera continuada. En estos últimos, me preocupa que no se planteen otras medidas en esta materia especialmente sensible por afectar al ámbito familiar, con el fin de que cese el daño en su continuidad.

Es posible que el peso de las reglas sociales o morales, sean un inconveniente para que se insten y adopten medidas cautelares tendentes a que cese el daño, en una más próxima y presumible función de satisfacción que pretende el perjudicado, que deberá comprender la adopción de cuantas medidas sean necesarias para que cese el daño. En el derecho español se prevé algo parecido en la LO1/1982 de Protección civil del derecho al

determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética”.

39 Sentencia AP de Barcelona, Sec.18, de 23 de julio de 2009, núm. 472/2009; de la AP de Murcia, de 18 de noviembre de 2009; de AP de Castellón, 26/2014, de 12 de junio.

40 Del daño continuado, fue concluyente la citada sentencia de ROCA TRÍAS, E. (STS, 1ª, 512/2009, de 30 de junio)

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así, en el art. 9, dispone la ley que además del resarcimiento del daño por intromisiones ilegítimas, la tutela judicial deberá comprender la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin al perjuicio, que en este caso, se presume siempre que hay intromisión.

En definitiva, potenciar la autonomía privada, los derechos individuales de los cónyuges durante y después de la crisis, exige una completa tutela judicial cuando los daños se producen en la vida familiar, aún cuando se produzca la disolución del vínculo matrimonial. En otro caso, estaríamos sustrayendo de la responsabilidad la obligación de indemnizar los daños causados por el dañante, cuando la conducta le sea imputable. El *status familiae* no puede desfavorecer al perjudicado.

6. Conclusiones

Los daños producidos entre familiares tienen consecuencias jurídicas de trascendencia. Merece destacarse que aun cuando la exigibilidad de responsabilidad civil en el Derecho de familia no es novedoso en nuestro Derecho, sí lo es el tratamiento por los tribunales respecto a los daños civiles entre cónyuges, y los que se producen en el contexto de la ruptura matrimonial por conductas lesivas con resultado dañoso. Tras Ley 15/2005, con plena exclusión de ilicitud de los supuestos de separación o divorcio en los que la falta de causa dejó de ser impedimento para tener derecho a la separación o divorcio, y situando en completo plano de igualdad a los cónyuges, no hay ya razón alguna, tampoco existe impedimento legal, para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual entre cónyuges al amparo del art. 1902 CC. Si hasta entonces mediando cierta causa, podía unilateralmente instarse la separación y el divorcio, suprimida esta, no puede estimarse que la mera existencia de esta configuraba la propia consecuencia jurídica. La descausalización para la separación y divorcio deja el incumplimiento de los deberes familiares sin los efectos que hasta ahora le eran propios.

No obstante, producida la separación o divorcio, y siendo esta en sí misma un hecho lícito, que no requiere de causa, **se establece legalmente la obligación de “indemnizar” en determinados casos**, por daños derivados de la separación o divorcio (pensión compensatoria o alimentos), o de la declaración de nulidad (art. 98 CC).

En cambio, **respecto de otro tipo de daños**, separables del interés en el mantenimiento del matrimonio –inexigible–, **el fundamento de la obligación de resarcir** se sitúa en la necesidad de tutelar el principio *alterum non laedere*, lo que nos obliga a comportarnos respecto a los demás con la corrección y prudencia necesarias (entre otros, no advertir al otro cónyuge del hecho de padecer una enfermedad de transmisión sexual, infidelidad, intromisiones familiares, o ruina económica por impedir sin causa la liquidación de gananciales).

Lo que no excluye otros hipotéticos daños, que no son los queridos al tiempo del convenio o de las medidas aceptadas al tiempo de la separación o divorcio, pero que de producirse habrán de ser indemnizados. La razón estaría en la necesidad de tutelar la confianza que suscitó el hecho de la promesa de cumplimiento del convenio o de las medidas asumidas. Sirva de ejemplo, que en la confianza de tener un régimen de visitas flexible respecto de los hijos menores, uno de los progenitores renunció a una custodia compartida, alcanzando así un acuerdo en atención a lo prometido. En este caso, el incumplimiento del acuerdo o la medida judicial adoptada, exige de su ejecución judicial, que puede no ser suficiente para atender todo el daño producido, ¿estaríamos pues ante una posible *culpa in contrahendo*?

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. CUESTIONES ESPECIALES EN LA MEDICINA ESTÉTICA

MARIO LOZANO ARJONA

Estudiante de doctorado en derecho civil. Universidad Complutense de Madrid y abogado.

Resumen

El consentimiento informado es una figura que ha evolucionado mucho desde sus primeros planteamientos hasta la actualidad, España es uno de los países que ha conseguido huir de la *medicina paternalista* e implementar el *principio de autodeterminación* de los pacientes. En el ámbito de la Medicina Estética esta evolución del concepto también ha implicado cambios que se reflejan en el estudio.

Palabras clave

Consentimiento informado; Medicina estética; Paciente; Cliente.

Abstract

Informed consent is a figure that has evolved considerably since its first approach to the present, Spain is a country that has managed to escape the paternalistic medicine and implement the principle of self-determination of the patients. In the field of Aesthetic Medicine is evolving concept it has also led to changes that are reflected in the study.

Key words

Informed consent; Aesthetic Medicine; Patient; Customer.

1. Introducción

Como veremos a lo largo del presente estudio, el consentimiento informado se ha apreciado de forma peculiar durante muchos años en el marco de la medicina voluntaria o satisfactoria, es decir, en el marco de la medicina cuyo objetivo no es la curación de enfermedades sino la alteración de aspectos físicos, anatómicos o biológicos de las personas, y en la que los sujetos no acuden a los profesionales médicos para curarse, sino voluntariamente y sin que exista una necesidad o urgencia.

En la actualidad, todos los sujetos que se sitúan frente a un médico para que les realice cualquier acto propio de las labores médicas, son informados de los aspectos inherentes a las referidas intervenciones. Esto sucede tanto para los pacientes como para los meros clientes, dado que la información es un derecho que, como señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE¹ “*se ha convertido en nuestros días en un elemento esencial de la relación entre el médico y el paciente*”, a lo que añado y de los clientes, dado que, en relación con las personas que se someten a actos de medicina estética, se les suele catalogar como clientes de los profesionales médicos, y a estos clientes se les deberá informar también de todo aquello inherente al tratamiento o intervención que pretenden.

Buena parte de lo que la doctrina considera como *derecho de los pacientes y clientes* se plasma únicamente a través del llamado *consentimiento informado*, que es una de las figuras más relevantes en el estudio de la relación entre los profesionales médicos y sus pacientes o clientes. El consentimiento informado, en puridad no es más que el hecho de consentir, cualquier actuar del que un profesional médico le haya informado debidamente y de forma previa. Tanto si el acto tiene objetivo sanador como si nos hallamos frente a algún acto de satisfacción, nuestra cuestión de estudio.

La relevancia del consentimiento informado ha ido *in crescendo*, como podrá observarse, por lo que actualmente estamos en un estado de plena consagración y protección del mismo. Ello es así por cuanto existe el siguiente fundamento “jurídico-filosófico”²: se ha entendido por la doctrina, la jurisprudencia y, como veremos, por parte del legislador, que existe una vinculación estrecha entre el *consentimiento informado* y el *derecho a la autodeterminación del paciente*. Todo ello siguiendo corrientes doctrinales internacionales, que han penetrado absolutamente en nuestro ordenamiento y en el de nuestros países vecinos.

La *autodeterminación* se predica en momentos en que, jurídicamente hablando, nos hallamos en un estadio avanzado en el estudio y la regulación de las relaciones existentes entre médico y pacientes y usuarios de servicios sanitarios. Señala XIOL “*el derecho de autodeterminación del paciente es un derecho fundado en la autodeterminación de la persona, es decir, en la autonomía de la voluntad, que tiene su fundamento constitucional en el artículo 10.1 CE*”³. Esto nos lleva, como veremos, a que se predique la existencia de un *Derecho Fundamental* tras la autodeterminación del paciente y es muy relevante, especialmente en los casos en que se pudiera considerar que no se ha respetado la capacidad del paciente

1 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Col. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Ed. Comares. Granada 2009. Pág. 29.

2 Así lo señalan entre otros PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *Cit. Supra*. Pág. 38.

3 XIOL, Juan A; BASTIDA, Francisco J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2012. Pág. 15

(añado yo: y de los usuarios o clientes) de tomar decisiones habiendo sido informados previamente, como veremos.

En la actualidad pacientes y clientes tienen reconocidos expresos derechos de decisión sobre si desean recibir o no ciertos tratamientos. Por ello, lógicamente, es más relevante la información que se les ofrece de los tratamientos y de todo aquello que de ellos pudiera derivarse como tratamientos posteriores o diferidos, medicaciones, dolores, prácticas o rehabilitaciones post-operatorias y cualquier otra secuela. Y no solo cuando nos encontramos frente a tratamientos con objetivo satisfactorio, en los estadios más avanzados de la relación médico – paciente, esta información exhaustiva abarca también el campo de la medicina de sanación, por cuanto los pacientes pueden escoger no querer sanar, o cuanto menos, rechazar algún tratamiento en concreto⁴.

2. Concepto y surgimiento de la figura

El concepto de consentimiento informado, proviene de una fusión, entre *el consentir* y *el informar*, en mi opinión, debe entenderse como un *derecho-deber* recíproco para ambas partes dentro de la relación profesional médico, y cliente o paciente. Ello es así por cuanto no es un solo acto, sino que es un proceder o conjunto de actos que vinculan a todas las partes de la relación existente entre médico y paciente o cliente, es decir, implica también al resto de profesionales del equipo dirigido por un médico, aunque se verá como el responsable principal del mismo es el director del proceso médico de sanación o de satisfacción.

El deber de informar que tiene el profesional, como otra exigencia más del deber de cuidado, se une al deber de consentir que tiene el paciente o cliente de cualquier acto médico si desea que el acto pueda realizársele. Este deber de consentir se observa como parte del derecho a la autodeterminación del usuario de los servicios sanitarios. Actualmente, como podrá observarse la autodeterminación es fundamental, dado que vemos que “el consentir” es una opción del informado, por lo que cabrá el “no consentir”.

El derecho a ser informado del paciente o cliente es el contrapunto del deber a informar del médico. Señala GALÁN CORTÉS que “*dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que sólo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita.*”⁵ Así, parece claro que estamos dentro de un *derecho* de los usuarios

4 Las regulaciones más avanzadas en la materia - como la española - admiten que los pacientes puedan rechazar tratamientos concretos con base en motivos de carácter moral, ético, religioso, humanitario o de conciencia, sin llegar al extremo de poder elegir sobre la propia muerte, un paciente terminal en España puede decidir que no se le alargue artificialmente su vida, dejarse vencer por la enfermedad.

5 GALÁN CORTÉS, Julio César, *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios*. Ed. Colex. Madrid. 1997. Pág. 33.

de los servicios sanitarios. Con posterioridad veremos las posibles excepciones o la posibilidad de que un tercero consienta tratamientos para un paciente, además de concretar los aspectos inherentes al consentimiento informado en la actualidad.

El *consentimiento informado* surge en España - legislativamente hablando - en los años setenta del siglo XX, de manera parcial o muy sesgada, lo encontramos en la Orden de 7 de julio de 1972⁶, por la que los pacientes o enfermos asistidos por la Seguridad Social tenían el derecho a autorizar las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas, bien directamente, bien a través de sus familiares o allegados, siempre que esas intervenciones tuvieran un riesgo notorio. Asimismo, esa Orden consagraba el derecho a conocer el propio estado de salud. Se observará al comparar estos derechos “parciales” con los actuales, que en este momento inicial no estamos verdaderamente ante un consentimiento informado que se basa en la protección de la autodeterminación de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios. Señala SURCH MARTÍNEZ que la referida Orden de 1972, vigente a día de hoy pese a ser preconstitucional, fue también la introductora del *Principio General de Confidencialidad en la Asistencia Sanitaria*, esto es, la antesala al secreto profesional médico que fue cristalizado posteriormente⁷.

Con posterioridad fue promulgado el Real Decreto de 25 de Agosto de 1978⁸, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios, que recoge, por primera vez en nuestro ordenamiento, el derecho de los pacientes a que la información que les faciliten les resulte inteligible y sea completa. Se establecía que esa información al respecto del estado clínico del paciente fuese “*en términos usuales y comprensibles*”. Esto, aunque también supone una concreción de lo que posteriormente se configurará como consentimiento informado, no es más que un avance parcial, que no prohibía que el médico decidiera no informar, o lo que es lo mismo, el avance no obligaba al médico a informar, ni establecía ningún tipo de sanción para el caso de que no se informara.

Fue la Ley General de Sanidad del año 1986⁹ la que estableció en la redacción primigenia de su artículo décimo una serie de derechos de los *usuarios* de servicios sanitarios, más similar al actual consentimiento informado¹⁰.

6 Orden de 7 de Julio de 1972 por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 172 del 19 de Julio de 1972).

7 SURCH MARTÍNEZ, Javier *El Secreto Médico* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord), Responsabilidad Médica. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. Pág. 240

8 Real Decreto 1082/1978, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios, de 25 de Agosto de 1978 (BOE núm. 209 de 1 de Septiembre de 1978).

9 Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986).

10 Se recogía en el apartado 1.2 del artículo 10: “*A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso*” y en el mismo artículo 10.1, esta vez en el apartado 4º

La redacción de todo el artículo décimo de la Ley General de Sanidad del año 1986, supuso un cambio de perspectiva en cuanto al consentimiento informado se refiere, pese a ser en ese momento algo sutil – o menos avanzado de lo que se preveía en otros estados en esos tiempos –, doctrina y jurisprudencia interpretaron la norma como *una ruptura del sistema paternalista*. Sistema en el que el médico dirigía casi de espaldas al usuario las actuaciones que debía realizar, y donde era el profesional mismo quien seleccionaba por creer más adecuadas, sin deber solicitar consentimiento para esas prácticas, y casi sin tener que informar al respecto de ellas. La ley configuró un pre-régimen, que más adelante ha acabado concretándose en el consentimiento informado con autodeterminación del usuario de servicios médicos – sea paciente o cliente –, estadio en el que actualmente nos hallamos.

El sistema de *consentimiento informado* que hemos observado como *derecho-deber* supone quebrar con el referido estadio anterior o *etapa paternalista*, donde las partes de la relación médica se regían por la voluntad y los conocimientos del profesional que, como ya se ha mencionado, seleccionaba lo que consideraba mejor para su paciente – y para su cliente – sin tener que dar mayores explicaciones, PELAYO GONZÁLEZ-TORRE realiza una definición muy pedagógica del estadio paternalista previo al actual: “*El médico, en la búsqueda de restablecer la salud del paciente, entendida de acuerdo con un modelo social predeterminado que establecía lo que resultaba adecuado en materia de salud y enfermedad, asumía entonces el protagonismo en la toma de las decisiones, y lo hacía guiado por el principio de beneficencia, anclaje tradicional de su práctica*”¹¹.

El paso siguiente hacía la definitiva consagración del principio de autonomía de la voluntad de los pacientes y otros usuarios lo ha dado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de las obligaciones en materia de información y documentación clínica, pero antes de analizar la evolución que esta norma supone, que veremos en el siguiente apartado, debemos destacar que el antecedente de ésta ley de actualización y ruptura con el punto de vista paternalista de la relación médico y usuario es el *Convenio sobre derechos humanos y biomedicina*¹² firmado el 4 de abril de 1997 en la ciudad de Oviedo, conocido como Convenio de Oviedo.

“*A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario*”. Por último, el apartado 5º del mismo artículo 10.1 recogía “*A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*.”.

11 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 39.

12 *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, también conocido como *Convenio de Oviedo* firmado el 4 de abril de 1997. (Ratificado por España mediante publicación en el BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1999).

En el *Convenio de Oviedo* se recoge literalmente en su artículo 5º, dentro del Capítulo II (rubricado como *Consentimiento*): “*Artículo 5. Regla general. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento*”.

Cabe destacar que el *Convenio de Oviedo* habla, como puede observarse, de persona y no de paciente, por lo que incluye también aquellas intervenciones voluntarias, sobre las que versa el objeto de nuestro estudio¹³; además, se exige el consentimiento informado como paso previo a la realización de cualquier intervención de carácter médico. Esto engloba claramente los actos médicos de satisfacción.

El Convenio de Oviedo rompe, como hemos visto, con un largo periodo de medicina paternalista; señala PALOMARES BAYO que en la segunda mitad del siglo XX, con los cambios que se han reseñado se rompió con veinticinco siglos de *tradición hipocrática*¹⁴. Dado que el dejar atrás la medicina paternalista era la consecuencia necesaria de abandonar el *principio de beneficencia*, que regía las relaciones entre médico y usuario, y su progresiva sustitución por el *principio de autonomía*, ha supuesto una modificación sustancial del marco relacional, jurídico y social.

El consentimiento informado había sido desconocido por la tradición médica hasta que se inició, hacia la mitad del siglo XX, el cambio de corriente tendente a la autonomía y autodeterminación, aparece en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, y se introduce primero en los países de tradición anglosajona y, posteriormente, en todos los países occidentales.

Como señala MCLEAN “*El consentimiento informado ha sido un axioma surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la investigación y la práctica clínica, a raíz de la promulgación del Código de Nuremberg, como resultado de los juicios por crímenes de guerra nazis en 1947.*”¹⁵

13 Podemos observar como el Convenio Internacional que se celebró en el año 1997 en España, y que fue ratificado por España en el año 1999 es más claro y moderno que el resto de normativa nacional y que la jurisprudencia de los aplicadores del derecho, más de quince años después, al menos en cuanto a la extensión de la figura del consentimiento informado, que hace de forma unitaria e idéntica para todas las personas implicadas en actuaciones médicas.

14 PALOMARES BAYO, Magdalena y LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (Coords.), *El Consentimiento Informado en la Práctica Médica y el Testamento Vital: Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial*. Ed. Comares. 2002Pág. 4.

15 MCLEAN, Sheila A. M., *Autonomy, Consent and the Law*. Col. Biomedical law and Ethics library. Ed. Routledge-Cavendish. Oxon and New York 2010. TRADUCCIÓN PROPIA DEL FRAGMENTO: “*Informed consent has been an axiom of post-World War II clinical research and practice, following the promulgation of the Nuremberg Code which resulted from the Nazi war crimes trials in 1947*”.

3. El momento actual: la Ley 41/2002 de Autonomía de la Voluntad

El 14 de noviembre de 2002, fue aprobada la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta nueva regulación es básica, es decir es una norma de mínimos sobre la que las comunidades autónomas pueden regular y ampliar las previsiones, es fundamental en materia de consentimiento informado, dado que varía el punto de vista desde el que está redactado el articulado respecto a ese tema.

La Ley 41/2002 establece en los apartados 2 y 3 del artículo 2º que “*toda actuación en el ámbito //de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2º)*” y, además, que “*el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (apartado 3º)*”.

Así, en la actualidad debemos entender que el actuar médico *requiere de un previo consentimiento*, por ende, el médico está obligado a obtenerlo con anterioridad a su actuación.

De la sola lectura del artículo que supuso la actualización, se desprende el papel principal que se le quiere otorgar por parte del legislador, no solo al consentimiento informado, sino también a la autodeterminación del paciente y usuario de los servicios sanitarios. Además, el mismo artículo 2º de la ley 41/2002 establece en su apartado 6º el deber de los profesionales sanitarios de actuar no solo de forma conforme a la prestación sanitaria y sus técnicas – la llamada *lex artis* – sino también de conformidad con los deberes de información y documentación clínica, esto es: respetando las decisiones tomadas libre y voluntariamente por los usuarios. Como veremos, no cumplir con esto puede conllevar el surgimiento de responsabilidad civil de los profesionales, dado que, como señala BLANCO PÉREZ-RUBIO “*el derecho a ser informado o deber del médico de informar al paciente, se convierte en necesaria concreción del derecho de respeto a la integridad física y psíquica (art. 15 de la Constitución Española)*”¹⁶.

Como veremos a continuación, la información y el consentimiento informado pasan a considerarse aspectos básicos a analizar cuando se estudia la *lex artis* de los profesionales sanitarios.

4. La Información en el Consentimiento Informado

El contenido mínimo que debe tener la información previa al consentimiento está recogido en los artículos 4 y 10 de la ley 41/2002 y se pueden resumir en *una información*

16 BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons. 2013. Madrid. Pág. 13

completa sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, más los riesgos y consecuencias de la misma. Esto hace que se deba incluir información al respecto de los riesgos y consecuencias que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del intervenido, riesgos probables en condiciones normales, contraindicaciones y en ocasiones también los riesgos improbables e incluso datos estadísticos, como veremos al tratar con más concreción la información.

Como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ “*la información, en este caso, está en función del consentimiento: para que éste pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar – entre las que se encuentra la no intervención –, así como los riesgos asociados a cada una de ellas*”¹⁷.

La Ley 41/2002 establece en su artículo 9.2 las circunstancias bajo las que cabe que el profesional sanitario intervenga sin haber obtenido previamente el consentimiento informado. Estas son las circunstancias que lo permiten¹⁸:

“9.2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b. Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.”

- (a) Al respecto de la primera de las circunstancias esta excepción funciona por ejemplo en los casos de epidemia, donde el enfermo acude al hospital y tras ser diagnosticado se le recluye en él, con el objetivo de tratarlo y, asimismo, de evitar que el paciente sea causante de mayores contagios.
- (b) La segunda excepción, sin embargo, es aquella en la que el actuar médico es necesario para evitar perjuicios muy graves – lesiones muy importantes o

17 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “*El daño derivado de la ausencia de Consentimiento Informado y su graduación a efectos indemnizatorios*” en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*. Número 28, Enero – junio 2009. Madrid.

18 Se entiende pacíficamente por toda la doctrina que al ser una excepción a la regla general de informar antes de actuar, estamos ante una enumeración *numerus clausus*.

irreversibles – o un elevado riesgo de fallecimiento. Además de ese riesgo debe ser preciso que el actuar médico deba ser urgente, y que la posible dilación temporal constituya una amenaza de dichos prejuicios o fallecimiento.

Esta excepción supone el reconocimiento de la *primacía del derecho a la vida y a la integridad física*, por encima del derecho a la autodeterminación de los pacientes y usuarios de servicios sanitarios.

Este tipo de proceder sin consentimiento informado deberá limitarse a todas aquellas intervenciones estrictamente necesarias para asegurar la supervivencia y evitar los perjuicios graves del paciente o usuario, es decir, limitado a las intervenciones urgentes y necesarias. Todo acto médico que pudiera ser realizado con posterioridad al momento de la urgencia no se encuentra protegido por esta excepción, por lo que de ser realizado supondrá que el médico ha actuado sin consentimiento informado.

Cuando nos planteamos qué tipo de información o qué contenido debe tener esa información es cuando nos enfrentamos a conceptos jurídicos indeterminados:

En primer lugar, los usuarios tienen derecho a conocer “*toda la información disponible*”, esto nos confirma la ruptura con la etapa paternalista. La información no puede ser sesgada por los profesionales. Debe ser pues una *información completa*. Salvando los casos excepcionales legislativamente recogidos. Esto, en nuestro objeto de estudio implica una información completa del pre-operatorio – estudios y pruebas a realizar con anterioridad, viabilidad de la intervención y cambios o modificaciones a realizar –, información completa de la intervención y también, de todo lo referente al post-operatorio. Así como de los riesgos reales, probables e incluso, los poco probables.

En segundo lugar, cabe señalar el derecho de las personas “*a que se respete su voluntad de no ser informada*”, pero debe dejarse claro que el modo de proceder es pretender informar y solo en el momento en que los pacientes y usuarios decidan y expresen que no desean más información – o ninguna información – será cuando se entenderá que puede actuarse sin ella. No puede *intuirse* que el paciente o usuario no desea ser informado, debe haber constancia expresa de la renuncia a ser informado. Y en lo que atañe a los actos médicos de satisfacción no queda claro que exista esta posibilidad, por cuanto son intervenciones voluntarias que se realizan sin que exista una necesidad vital y donde la voluntad de cambio del sujeto intervenido debe quedar claramente fijada entre médico y cliente.

Para intentar desvanecer la indeterminación de los conceptos jurídicos, la STS 29 de mayo de 2003¹⁹ recoge en su Fundamento de Derecho Primero más exigencias de las previstas escasos meses antes en la ley 41/2002, concretamente la resolución establece “*la*

19 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, de 29 de mayo de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\3916.

información al paciente, ha dicho esta Sala, ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”.

5. El Sujeto que Consiente y el Profesional que Obtiene el Consentimiento

Tras la aprobación de la Ley 41/2002, se puede caracterizar a los pacientes y también a los usuarios de los servicios sanitarios, en atención a su consentimiento. Los individuos que deban ser intervenidos por distintos actuares médicos, serán – salvo casos excepcionales – *los únicos que podrán consentir las prácticas médicas*²⁰. El consentimiento informado debe considerarse siempre como un acto personalísimo, pues como veremos incluso sujetos sin capacidad de obrar pueden en base a la regulación española llegar a consentir los tratamientos médicos que les atañen. Esto como garantía máxima de la autodeterminación de pacientes y usuarios de servicios médicos.

El consentimiento del paciente, además, siempre deberá depender de la información que deberá ser facilitada en primera persona por el médico. En el caso de que haya más de un facultativo, será responsable de que la información haya sido bien proporcionada el médico que actúe como interlocutor principal, y tal y como se recoge en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003 *“el médico no podrá excusar su observancia delegando, por tanto, en otros profesionales sanitarios jerárquicamente subordinados (ayudantes, enfermeros, etc.)”*²¹. Así pues, y como bien nos recuerda DE LAS HERAS GARCÍA, *“se trata de un deber directo y personal a cargo del médico y respecto a su paciente”*²², solo cuando nos hallemos ante un paciente bien informado, podemos entender que nos hallamos ante un sujeto capaz de consentir el tratamiento médico que debe practicársele.

La exigencia de puntualidad, veracidad, exhaustividad, lealtad y precisión en la información se debe a la posibilidad del paciente de decidir sobre si pretende o no el tratamiento. Es fruto de la autonomía que la legislación consagra en pro de los usuarios de

20 El consentimiento se prevé como acto personalísimo y solo se acepta el consentimiento por representación en casos excepcionales, donde aunque no sea posible tener el consentimiento en primera persona del paciente, este será informado, como veremos, en atención a su grado de comprensión y posteriormente se consentirá por un tercero con especial vinculación.

21 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003. RJ\2003\6065. Ponente D. José Almagro Nosete.

22 DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, <<El deber de recabar el llamado “consentimiento informado”>> en *ESTATUTO ETICO-JURÍDICO DE LA PROFESION MÉDICA*. Versión de Enero 2005. Publicado en VLEX, Id. Vlex: <http://vlex.com/vid/297104Pág. 12>.

los servicios sanitarios. La autonomía hace que se deba relacionar la información con la capacidad individual del paciente, con sus habilidades y conocimientos. Esto, a su vez, hace que podamos hablar de una exigencia de información personalizada e individualizada; no puede ofrecerse de igual forma la información para los pacientes de un concreto tratamiento (aunque fuera idéntico), dado que cada uno de ellos debe recibir información hasta que tenga capacidad de generar una elección al respecto del tratamiento y consentirlo concienzudamente.

Queda estrechamente vinculada la información con la capacidad de consentir y manifestar la voluntad. Por lo que el médico ya no está capacitado para “filtrar” o escoger la información que debe o no debe conocer el paciente.²³

La capacidad ligada al consentimiento informado se entiende en la actualidad, desde la aprobación de la ley 41/2002, como la *aptitud* del paciente o usuario de los servicios sanitarios para comprender la situación a la que debe hacer frente: aptitud que englobaría la comprensión de todos los aspectos en juego, todas las posibilidades de actuación con las respectivas consecuencias.

Se trata pues de una capacidad estrechamente vinculada a la comprensión. Sea quien sea el paciente – como se observará a continuación – el médico deberá asegurarse de que en la medida de sus posibilidades está entendiendo a qué se está enfrentando, las posibles consecuencias de ello y también, las consecuencias de no tratarse. La regulación es clara en cuanto al *consentimiento informado de incapaces* – sean incapaces judicialmente o por ser menores de edad no emancipados –, como veremos a continuación.

El titular del derecho a recibir la información siempre es el sujeto que debe ser sometido al actuar médico, el problema es que, en ocasiones, el sujeto que recibe la información no ostenta *capacidad de obrar general*²⁴, en estos casos, el legislador decidió, atendiendo a lo expuesto en el Convenio de Oviedo de 1997, que antes de observar la posibilidad de obtención del *consentimiento por derivación* – esto es, el que se obtiene de un familiar, persona estrechamente vinculada al incapaz – el médico debía atender a la *capacidad natural*, especialmente de hallarse frente a un menor de edad no emancipado con *suficiente*

23 Es cierto, que en algunos estadios de enfermedad muy avanzados, donde no hay esperanzas o hay muy pocas, el médico ante la posibilidad de que la falta de ánimos y la debilidad emocional del paciente puedan afectarle negativamente en un posible tratamiento, puede informar a los familiares y solicitarles a ellos el permiso para omitir ciertas informaciones, pero en esos casos, la información que se adecúe al mismo la recibirán sus familiares y si el paciente solicita información se le tendrá que facilitar, no ha lugar a omitírsele. La práctica extendida por nuestros hospitales de informar primero a los familiares y después decidir si se informa o no al paciente, aunque humana, es una práctica que contradice la ley.

24 Recordamos a nuestros lectores que nos referimos a la *capacidad de obrar general* como aquella que emana de lo que establecen el artículo 12 de la Constitución Española y los artículos del Código Civil relativos a la capacidad de obrar (art. 315 siguientes y concordantes). Es decir, que se debe entender como *capacidad de obrar general* a la que se obtiene con la mayoría de edad.

juicio. El profesional sanitario deberá informar de manera comprensible para el incapaz que debe ser tratado.

El consentimiento informado no podrá ser obtenido por representación en ningún caso cuando el médico actúe ante menores no incapaces ni incapacitados mayores de 16 años, emancipados o no. Ello es así por previsión expresa del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, por lo que la doctrina habla de la generación de una “*mayoría de edad sanitaria*”. En menores de 16 años se atenderá a que estos tengan “*suficiente juicio*” y, siempre y cuando sean mayores de doce años, podrán emitir consentimiento informado válido para proceder a médicos.

En los actos médicos de satisfacción, la minoría de edad no está reñida con la capacidad de obrar y sucede lo previsto por la ley 41/2002, los mayores de dieciséis años podrían consentir tratamientos e intervenciones, aun así, las clínicas privadas suelen solicitar los consentimientos de los progenitores. También porque el menor en concreto estaría realizando un acto arriesgado y que a su vez conlleva un coste bastante elevado.

6. Forma y Momento en el Consentimiento Informado

El contexto de autodeterminación de los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios y de los servicios de médicos privados, nos lleva a un consentimiento informado fuertemente normativizado. Como punto de partida, siempre debemos situarnos frente a consentimientos que emanan sin violencia, intimidación ni dolo.

Consentir cierto tratamiento debe ser el resultado de un proceso de raciocinio personal del paciente o usuario de los servicios médicos. No puede el profesional utilizar la coacción, la intimidación, cualquier expresión de la violencia ni la manipulación para forzar a que el interesado consienta, pues en esos casos nos hallaremos frente a un consentimiento viciado, inexistente y que supondrá actuar sin consentimiento. La voluntad es una nota característica de los tratamientos y actos médicos sobre los que versa el presente estudio, por cuanto al ser tratamientos con fines meramente transformadores o modificadores y no pretender la sanación, jamás serán realizados por necesidad vital.

Al respecto de la forma, la norma internacional más relevante en la materia, el Convenio de Oviedo de 1997, no impone a los países firmantes una forma concreta, mientras que la antigua Ley General Sanitaria del año 1986, imponía la forma escrita en su artículo 10. En la actualidad, rige el principio de libertad de forma en la expresión del consentimiento informado. Aun así, debe quedar constancia en todo caso de la existencia y el concreto contenido del consentimiento informado en la historia clínica del interesado – incluso aunque se hubiera obtenido el consentimiento de forma oral –. Así pues, parece que sirve en la actualidad la mera anotación en la historia clínica de los extremos de los que ha sido el paciente informado y de su consentimiento.

Ahora bien, la Ley 41/2002 recoge ciertas situaciones en las que en todo caso, el consentimiento informado debe obrar por escrito. Estos son siempre los casos más graves como los tratamientos invasivos, las intervenciones quirúrgicas y cualquier intervención en la que se lleven a cabo procedimientos que supongan riesgos e inconvenientes notorios para la salud del paciente.

Pese a lo expuesto, en la mayoría de supuestos los profesionales, para su propia seguridad, han pasado a facilitar información por escrito y a recoger asimismo los consentimientos con la firma del intervenido. Sin este trámite, los profesionales prefieren no intervenir por su propia seguridad aunque se hallen delante de tratamientos poco invasivos sin imperativo legal, como sucede por ejemplo muy a menudo con los odontólogos o los profesionales estéticos ante tratamientos dermatológicos.

Los documentos mediante los cuales se recaban los consentimientos informados, deben ser específicos para cada supuesto, esto es, el consentimiento informado debe estar personalizado y ajustado a la situación y condiciones del intervenido. En el momento de proporcionar la información los médicos pueden incluir folletos informativos genéricos u otro tipo de impresos que completen la información, pero ello sólo podrá ser información complementaria. La información esencial es la que se centra y se concreta en la persona del interesado; solo con ese tipo de información puede consentirse válidamente un actuar médico. Debe estar personalizada, constar los datos personales relativos a intervenciones previas, alergias, medicación frecuente, posibles reacciones del sujeto que va a ser intervenido y todos aquellos datos que se consideren necesarios, como las pautas pre y post operatorias.

Así el paciente o usuario recibe, por norma general y muy especialmente siempre que se va a someter a algún tipo de intervención invasiva o grave, una información mixta (oral y escrita) y suele, en el acto o en algún momento posterior no muy lejano a la fecha en que es informado, firmar un documento de consentimiento. Ese documento de consentimiento es en realidad un híbrido entre una plantilla o formulario en blanco y un consentimiento absolutamente personalizado.

Algunas asociaciones de pacientes han extendido quejas al respecto del uso de *formularios de información* a las autoridades sanitarias, porque no es que se hayan dejado de utilizar, sino que se han adaptado a las resoluciones judiciales que los penalizaban.

Es por este motivo que, también dentro de la STS de 29 de mayo de 2003 citada en apartados anteriores, se recogen en el Fundamento de Derecho Primero las teorías del Sumo Tribunal al respecto de los llamados *formularios de información*. Que se pueden definir como las instrucciones básicas de los tratamientos más frecuentes, que se solían entregar por escrito a los pacientes para que fuesen firmados.

La firma de estos documentos según el Tribunal *no supone* que se haya recibido adecuadamente la información, por cuanto son documentos impersonales y en los que

obran muchos tecnicismos y conceptos que se escapan de la comprensión del ciudadano medio²⁵.

El momento de consentir también es muy relevante. El consentimiento informado debe entenderse siempre como un *actuar previo* a la realización de los actos médicos. Si fuera al contrario, no tendría a penas significación. Sería ilógico que los médicos hubieran de pedir un consentimiento *a posteriori*, además, no puede intervenir sin consentimiento²⁶, por lo que obtenerlo *a posteriori* es como no haberlo obtenido y haber actuado sin él.

No debemos olvidar que el consentimiento informado es absolutamente revocable, en el periodo que se comprenda desde que se autorizó la intervención hasta que se celebre definitivamente. La revocación es libre y se puede realizar en cualquier momento, y no es necesario que el paciente o usuario revele las causas que lo han llevado a revocar su opinión. Esto posibilita que un mismo paciente pueda consentir en múltiples ocasiones un mismo acto antes de celebrarlo, y revocar su consentimiento otras tantas veces.

La información puede darse durante todo el proceso, así lo señala GALAN CORTES al establecer *“debe tenerse en cuenta que la información para el consentimiento no se congela en un momento determinado, sino que puede plantearse en diferentes momentos a lo largo del proceso, en tal forma que en muchos supuestos el deber de información puede no terminar con el tratamiento, ya que tal obligación pesa sobre el médico mientras el enfermo se halle bajo su cuidado (...), resulta esencial la información en ciertas intervenciones quirúrgicas efectuadas dentro de lo que se conoce como medicina voluntaria o satisfactiva (...) en estos casos, si la pericia quirúrgica no se acompaña de la información necesaria, acerca de las precauciones que deben seguirse inicialmente”*²⁷.

7. El Defecto de Información ¿Causa Autónoma de Responsabilidad Civil?

Actuar sin consentimiento informado, o con un consentimiento mermado u obtenido de forma incorrecta, mediando culpa o dolo del profesional, puede resultar muy peligroso para el mismo.

Como muy didácticamente señala PELAYO GONZÁLEZ-TORRE *“la ausencia de consentimiento puede determinar la responsabilidad de los agentes sanitarios (...), en la*

25 Concretamente la STS de 29 de Mayo de 2003 recoge al respecto de estos documentos: *“El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, como son los que quedan referidos, no conforman debida ni correcta información”*.

26 No hay que confundir consentir con firmar un documento, cuando decimos que no cabe realizar cualquier acto médico sin consentimiento del paciente o cliente, nos referimos a que antes de realizarlo el paciente debe haber sido informado y haber consentido de forma oral o por escrito, el consentimiento no se equipara a la firma de un documento sino a la manifestación expresa de su voluntad al sometimiento de lo informado.

27 GALÁN CORTÉS, Julio César. *op. cit.* Pág. 36.

*práctica jurisprudencial, en el caso de que se establezca, la responsabilidad por la falta de información y consentimiento puede (...) reducirse solamente al daño moral derivado de la violación de la autonomía personal del paciente al que no se le da la oportunidad de consentir, en este caso tanto si se ha producido un daño físico como si no*²⁸. Esto es muy importante de recordar: actuar sin el preceptivo consentimiento informado genera responsabilidad. Aunque en la práctica nuestros tribunales son reacios en muchos supuestos a condenar por falta de información o información insuficiente si las intervenciones no causaron otros daños o lesiones.

Se observa de forma clara que emana responsabilidad por la intervención sin el requerido consentimiento informado. El responsable de ésta es el médico principal del procedimiento, aunque se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre el médico principal, los otros médicos del equipo y el centro donde el médico realizó la intervención sin el necesario consentimiento, todo ello con el objetivo de que pueda el perjudicado asegurarse que le resarcirán los daños producidos. Esta postura no es pacífica y hay dudas al respecto de si debe indemnizarse el daño que supone la intervención realizada sin consentimiento.

En los casos en los que la información no sea correcta, el consentimiento podrá estar viciado en parte – en la parte que se consintió con una errónea información –, sin embargo, señala PALOMARES BAYO “*no todo error del sujeto sobre la información que se proporciona invalida el consentimiento sino que ha de tratarse de un error que recaiga sobre los aspectos esenciales de la información, del tratamiento, de su finalidad y de sus posibles riesgos y consecuencias*”²⁹, todo ello por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico existen normas como el artículo 1266 CC³⁰, que pretenden la subsistencia de los negocios jurídicos que realizan los particulares. Aun así, la insuficiente información puede suponer existencia de responsabilidad del médico, como se verá en el presente estudio.

Supongamos, por ejemplo, que un sujeto pretende una intervención estética para hacer más pequeña su nariz – rinoplastia –, contacta con un profesional y se interviene sin que le den detalles del *pre* y *post* operatorio, sin que se le informe de posibles reacciones, riesgos, complicaciones más o menos habituales muy relevantes. Aún resultando todo un éxito la intervención, y estando el sujeto intervenido muy feliz con el resultado, ¿podría reclamar en concepto de daños y perjuicios al profesional, al equipo y al centro médico, por no haber sido informado correctamente? GÓMEZ RIVERO explica que, dentro del

28 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *op. cit.* Pág. 127

29 PALOMARES BAYO, Magdalena (*et au.*), *Op. cit.* Pág. 60.

30 Art. 1266 CC “*Para que un error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto de contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*”.

ámbito penal, cuando la actividad médica es *no curativa ex art. 156 CP*³¹ la “*exención de responsabilidad penal por un delito de lesiones depende de la existencia o no del consentimiento del paciente. En tanto la actividad repercute negativamente en la salud de éste, sólo el consentimiento eximirá de pena por lesiones*”³². Pero ¿qué ocurre en nuestro ámbito de estudio, en la Responsabilidad Civil?

Parece sorprendente esta postura pero hay que recordar, y se observará en las sentencias que se referirán a continuación, que informar correctamente y obtener el consentimiento para intervenir - tanto en los casos de medicina estética como en los casos de medicina de sanación - *forma parte de la lex artis*. Por lo que actuar al margen del consentimiento informado supone realizar una *mala praxis*.

En mi opinión, en estos casos procedería y debería prosperar la interposición de una demanda civil en reclamación de daños contractuales y también podría prosperar una reclamación de responsabilidad civil extracontractual, incluso cuando del actuar médico desinformado o mal informado no se hubieren derivado daños en el paciente o cliente, porque la omisión de información ha sido considerada jurisprudencialmente - con mayor o menor fortuna- un daño moral, y una vulneración de derechos fundamentales, como se observará en apartados posteriores.

Por otra parte, cabe observar que el *consentimiento informado* debe considerarse parte fundamental del contrato celebrado entre paciente o usuario de servicios médicos y profesional, por lo que según lo establecido en el artículo 1258 CC³³, pese a que en el momento de contratar las partes no realicen ninguna alusión a él, debe considerarse preceptivo, en atención a las previsiones legislativas vigentes, que son imperativas. Esta manifestación hace que consideremos que, ante un actuar médico sin el debido consentimiento informado, se deriven o no daños del proceder, podría interponerse una acción que persiguiera una indemnización por incumplimiento contractual en base a lo que se recoge en el artículo 1098 CC³⁴. Por esta razón no solo cabría una reclamación en base extracontractual por el daño moral de haber intervenido sin consentimiento informado,

31 Art. 156 CP: “1.No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.”

32 GOMEZ RIVERO, M^a del Carmen *La Responsabilidad penal del médico* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013.Valencia. Pág. 68.

33 Art. 1258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

34 Art. 1098 CC: *Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.*

sino que podría prosperar una acción civil contractual por no haberse respetado algo fundamental del contrato.

La Jurisprudencia ha admitido y decretado la procedencia de indemnizaciones a favor de pacientes y clientes de servicios médicos. Incluso como señala la doctrina, en ocasiones se acude a la deficiente información para generar una indemnización – que pudiera estar no del todo justificada - así lo señala, entre otros, PÉREZ GARCÍA al establecer “*en los últimos años, los tribunales de justicia en España suelen invocar la vulneración del derecho a la información asistencial, (...) para fundar condenas por mala praxis médica en casos en que la negligencia de los demandados (personal médico-sanitario) en la práctica de la intervención o tratamiento médico no puede ser acreditada. Así pues, el mero incumplimiento del deber de información se convierte, en estos casos, en el único criterio de imputación de daños, pese a que no puede establecerse un nexo causal ni de imputación objetiva entre la falta de información y el daño*”³⁵.

En mi opinión, no se trata de que los Juzgados hallen en la deficiente información un motivo para atribuir responsabilidad a los profesionales sanitarios, sino que se trata de que en realidad, proporcionar la información correcta, clara, veraz, comprensible y lo más exhaustiva posible es una obligación de todos los profesionales del ámbito médico y por ende, no proporcionarla constituye *per se* el surgimiento de la responsabilidad civil o, cuanto menos, supone un incumplimiento contractual, de gran entidad. Además, el propio autor analizado en el párrafo anterior nos da la razón al englobar el Consentimiento Informado como elemento esencial de la *Lex Artis*³⁶.

Pese a lo anteriormente expuesto, la mayoría de la doctrina considera que, siempre que nos hallemos ante intervenciones de medicina de sanación – jamás se han manifestado sobre qué pasa en casos de medicina de satisfacción –, no debería prosperar una acción en pro de la responsabilidad civil de los médicos, cuando de la misma no se deriven daños. Esta opinión, se apoya en la base de que la medicina es una ciencia axiológica relativa – o lo que es lo mismo: una ciencia inexacta –. Sin embargo, no es pacífica, y yo mismo observo ocasiones en las que no informar suficientemente debe ser considerado *per se* un incumplimiento contractual del que derive una responsabilidad.

Para acabar de tensar la situación, ya de por sí poco pacífica, existen las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 y del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011.

35 PEREZ GARCIA, Máximo Juan, “*La responsabilidad civil médico-sanitaria en el derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información*” en COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO, número 6, Julio 2008. Pág. 147.

36 PEREZ GARCIA, Máximo Juan, *op. cit.* Pág. 154. Cabe observar que el apartado III del estudio del Prof. Pérez García se titula “*El Consentimiento Informado: Un presupuesto y elemento esencial de la Lex Artis*”.

La primera de ellas, la STC 37/2011³⁷, sostiene que no se precificaría la prueba de un daño real para que procediera la indemnización en un caso de falta de información al paciente. Se trata de una sentencia que promueve la defensa del interés del que ha sido víctima de una *praxis* cuanto menos sospechosa, y ante la penosidad de la prueba de la causación de daños y del nexo de causalidad de los mismos, admite la idea de que *no informar es per se* un daño y por él se puede indemnizar. El Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia establece: “*De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas*”. Así, no informar supone la vulneración del Derecho Fundamental recogido en el artículo 15³⁸ de la Constitución Española³⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011⁴⁰ se corresponde con lo referido para la STC 37/2011, es decir, también el Tribunal Supremo consideró un par de meses después de que lo hiciera el Tribunal Constitucional, que actuar sin consentimiento informado es una infracción de la *lex artis*, y por tanto es una acción indemnizable, con independencia de que se derive del actuar médico cualquier otro daño corporal.

Informar de modo deficiente imposibilita al cliente baremar entre los posibles riesgos que acompañan intrínsecamente a la intervención o acto médico y su posible utilidad o capacidad de alterar la situación previa - embellecer, en nuestro caso objeto de estudio -. Y por ende no podemos asegurar que ese sujeto hubiera considerado seguir adelante con la intervención.

Lo referido por las sentencias del Tribunal Constitucional y Supremo del año 2011 ha sido matizado y suavizado por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo, que

37 Sentencia del Tribunal Constitucional nº37/2011, Sala Segunda, de 28 de marzo de 2011, RTC 37/2011. Ponente D^a Elisa Pérez Vera.

38 Art. 15. *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

39 Constitución Española, aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978. (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978)

40 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de mayo de 2011, RJ\2011\3279. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana

se ha encargado de eliminar las consecuencias de no informar o informar deficientemente a los pacientes y clientes. BLANCO PÉREZ-RUBIO recoge lo que exponemos al establecer que “*la jurisprudencia insiste en que, toda vez que la responsabilidad civil presupone necesariamente la existencia de un daño, la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica*”⁴¹. Desde mi humilde consideración, el Tribunal Supremo ha errado al recular, dado que no informar supone infringir, además de la *lex artis*, lo que hemos visto establecido en la Ley 41/2002 de Autonomía de la Voluntad.

8. Peculiaridades del Consentimiento Informado en los Actos Médicos de Satisfacción

Cuando nos hallamos frente actos médicos de satisfacción existe la sensación en la doctrina de que el deber de informar es más importante y, por ende, la información debe ser más exhaustiva y exigible, si cabe, por cuanto no nos encontramos con pretensiones sanadoras, sino meramente modificadoras. Actualmente no es correcto sostener ese argumento. Tanto los pacientes como los clientes y usuarios de servicios médicos tienen derecho a ser informados exhaustivamente y de forma completa, con indiferencia de si nos encontramos ante medicina de sanación o satisfacción.

Tradicionalmente se había considerado que, cuando estábamos situados frente a intervenciones *no necesarias*⁴² como son, *a priori* las relativas a la medicina estética, el deber de información del profesional se veía agravado, por cuanto parecía mucho más grave actuar sin consentimiento informado, o con un consentimiento informado deficiente, cuando la intervención era voluntaria o con finalidad estética. Así, la información a proporcionar como paso previo a la obtención de un Consentimiento informado en medicina voluntaria podía incluir datos estadísticos y cuestiones probabilísticas que no se incluían en los consentimientos para intervenciones curativas.

Incluso se ha llegado a establecer por la doctrina que los datos estadísticos más remotos serían relevantes en éste tipo de actuare médicos. Tanto más cuando recordemos estamos ante intervenciones que no son vitales, se busca mejorar, no enfermar ni padecer lesión alguna. Esto suponía un detrimento para los derechos de los pacientes en relación con la información que debían obtener si los comparáramos con el derecho de los “clientes” de los actos médicos satisfactivos. Sin embargo esta idea se ha ido diluyendo, gracias en parte al auge de la *autodeterminación* de los pacientes y el resto de usuarios de servicios sanitarios o médicos.

41 BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Op. cit.* Pág. 124

42 No podemos negar que los actos de la medicina estética no son necesarios para *curar*, aunque tampoco puede negarse que en ocasiones, pueden suponer un gran *alivio* para los complejos de las personas que se someten a ellos.

En este momento histórico ya no cabe que el médico actúe como protector o como sujeto paternalista, ni de los enfermos ni de los clientes, por la vinculación existente entre los profesionales y los principios que la legislación ha consagrado. Es decir, el médico debe adoptar la legislación y obtener siempre el consentimiento informado de modo previo a su *praxis*, sea cual sea el objeto de la intervención, y para ello deberá informar siempre de modo completo, exhaustivo, veraz, comprensible y personalizado a su paciente o cliente.

En relación con las intervenciones que a nuestro objeto de estudio atañen, esto es, a las intervenciones de carácter satisfactorio y no curativo, en ocasiones se puede localizar alguna sentencia que matiza el deber de informar, según PELAYO GONZÁLEZ-TORRE “*para entender la razón hay que aclarar que en este tipo de intervenciones la obligación del profesional médico no es ya una obligación de medios sino de resultado, y de ahí que se establezca, por ejemplo en Sentencia de la Sala de lo Civil de 11 de mayo de 2001*⁴³, *que se intensifican las obligaciones de informar al cliente, <<que no ya paciente>> — se dice —, tanto del posible riesgo que acarrea la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca. En este tipo de actuaciones médicas se habrá de informar también de los cuidados, actividades y análisis posteriores que en su caso resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.*”⁴⁴

Lo que se recoge en la Sentencia de 2001 referida nos llevó a que durante mucho tiempo se pensase por la jurisprudencia y por parte de la doctrina, que el consentimiento informado era más importante en los casos de intervenciones voluntarias y de medicina satisfactiva que en los casos de medicina sanativa. Sin embargo, como se ha establecido, el cambio de paradigma, que introduce la Ley 41/2002, se traduce en el giro hacia la autodeterminación absoluta de pacientes y usuarios, y nos lleva al punto siguiente: la información que deben recibir, tanto los pacientes como los clientes debe cumplir los requisitos observados en los apartados correspondientes, puesto que en la actualidad, no es menos libre el paciente que el cliente.

Sin embargo aun a día de hoy, existe el llamado *privilegio terapéutico* que rige en las intervenciones con finalidad curativa, por el cual cabría restringir la información que se facilita al paciente en el caso de que pueda tener un efecto negativo en el desarrollo de la enfermedad. Este privilegio obviamente no existe en el caso de las intervenciones no curativas “*ya que su razón de ser se encuentra en la peculiar situación de debilidad y acaso angustia en que se encuentra la persona enferma, y en las dificultades que puede acarrear para que tome una decisión el hecho de recibir cierta información que el paciente debe recibir, sólo posible en casos de medicina curativa*”⁴⁵.

43 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de mayo de 2001. RJ\2001\6197. Ponente Excmo. Sr.Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

44 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Angel. *op. cit.* Pág. 101.

45 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Angel, *op. cit.* Pág. 104.

Al respecto de la capacidad y su relación con el consentimiento informado de actos médico-estéticos, debemos destacar que, en España, los profesionales médicos suele ser prudentes a la hora de intervenir o tratar a personas menores de dieciocho años, aun siendo mayores de dieciséis: la mayoría de edad en salud. En atención a la regulación, cualquier persona con independencia de su edad puede someterse a actos médicos de satisfacción, más aún cuando hablamos de personas que la ley especial ha considerado capaces (aun siendo menores de dieciocho años), pero en la práctica, los profesionales están realizando test psicológicos y otras pruebas de madurez a sus clientes menores de edad, aun siendo estos mayores de dieciséis años, como método de medicina defensiva, es decir como descargo o *disclaimer* previo a la emisión del consentimiento informado y para poder justificar que, a su juicio, se hallaban ante *menores maduros*. En el caso de los menores de dieciséis años es más difícil hallar información y los progenitores o tutores del menor deberán consentir también la intervención.

9. Conclusiones

I. Nos hallamos frente a una figura valorada y consagrada dentro de nuestro ordenamiento, y que ha conseguido permear la esfera de los profesionales médicos, que han tenido que evolucionar desde una posición paternalistas y proteccionista, a otra en la que la autodeterminación de sus pacientes o clientes pasa por el correcto actuar de sus médicos, facilitando de forma previa toda la información necesaria para que sea comprensible la situación y pueda el interesado emitir un consentimiento informado libre y que vincula al profesional en toda su extensión. Es tan elevado el grado de implementación de la figura, que se ha llegado a hablar de que forma parte del Derecho Fundamental a la autodeterminación que subyace del artículo 10.1 de la Constitución Española.

II. El Consentimiento Informado se define como el acuerdo de voluntad del paciente o cliente de un servicio o profesional sanitario, a través del cual, se le informa de forma completa, veraz, comprensible y exhaustiva al respecto del tratamiento que se le pretende aplicar. Incluye incluso la información al respecto de las alternativas terapéuticas y de las consecuencias que puede tener no aceptar el tratamiento. Surge de forma muy tímida - como deberes de información parciales - en normas preconstitucionales, pero no es hasta la Ley General de Sanidad de 1986 cuando podemos observar la figura completa del consentimiento informado ya configurada como un *derecho-deber*.

III. Es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía de la Voluntad, la norma que actualmente sienta las bases en nuestro ordenamiento. El artículo 2º de la ley en su apartado 6º, recoge el deber de los profesionales sanitarios de actuar, no sólo de forma conforme a la prestación sanitaria y sus técnicas – la llamada *lex artis* – sino también de conformidad con los deberes de información y documentación clínica, esto es: respetando

las decisiones tomadas libre y voluntariamente por los usuarios. Por este motivo se estudia si actuar sin consentimiento, claro ejemplo de *mala praxis*, puede entenderse como necesario para el surgimiento de responsabilidad civil.

IV. La información previa al consentimiento está recogida en los artículos 4 y 10 de la ley 41/2002 y se configura como: *una información completa sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, más los riesgos y consecuencias de la misma*. Esto hace que se deba incluir información al respecto de los riesgos, incluso de los poco probables. El artículo 9.2 recoge las únicas excepciones que se aceptan, son circunstancias en las que cabe que el profesional actúe sin consentimiento informado. El contenido mínimo de la información está descrito con conceptos jurídicos indeterminados que la jurisprudencia ha pretendido matizar en algunas sentencias.

V. Emitir consentimiento informado es un acto personalísimo, y puede establecerse que, el legislador ha permitido que siempre que los incapaces e incapacitados tuvieran capacidad natural y suficiente para comprender los aspectos relevantes de la intervención médica a la que deberían ser sometidos, pudieran autorizar los tratamientos médicos que deban serles aplicados, y ha hecho que aún en ausencia de capacidad, deban ser informados atendiendo a su grado de comprensión. Los menores deberán ser informados a partir de los 12 años, momento en el que podrán asentir y sus tutores consentir o, si se estima que son “*menores maduros*” directamente podrán emitir su consentimiento informado.

VI. En la actualidad, rige el principio de libertad de forma en la expresión del consentimiento informado. Aun así, debe quedar constancia en todo caso de la existencia y el concreto contenido del consentimiento informado en la historia clínica del interesado — incluso aunque se hubiera obtenido el consentimiento de forma oral —. Así pues, parece que sirve en la actualidad la mera anotación en la historia clínica de los extremos de los que ha sido el paciente informado y de su consentimiento. El consentimiento informado es revocable por lo que debe obtener en un momento previo al actuar médico.

VII. Actuar en ausencia de consentimiento supone una clara vulneración de la *lex artis*, y puede incluso, llegar a determinar la responsabilidad de los profesionales médicos. Pese a que en el año 2011 fueron dictadas dos sentencias importantes (una del Tribunal Constitucional y otra del Tribunal Supremo) la jurisprudencia y la doctrina no son unánimes al respecto de considerar que siempre que se actúe sin consentimiento informado, o con uno incorrectamente prestado, podamos reclamar al profesional por su responsabilidad civil.

VIII. Se había asentado la idea de que, en los actos médicos de satisfacción, como lo es la medicina estética, el consentimiento informado debía ser más exhaustivo que en los actos curativos. Esta idea se corresponde con un momento previo al de la Ley 41/2002, que es clara al establecer que el consentimiento debe recabarse para cualquier acto médico,

por lo que ya no cabe entender que, atendiendo a la voluntariedad de la *praxis*, debe informarse más que cuando estamos frente a actos que pretenden sanar a pacientes.

10. Referencias

- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2013.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, <<El deber de recabar el llamado “consentimiento informado”>> en *ESTATUTO ETICO-JURÍDICO DE LA PROFESION MÉDICA*. Versión de Enero 2005. Publicado en VLEX, Id. Vlex: <http://vlex.com/vid/297104>.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *El Consentimiento Informado del Usuario de los Servicios Sanitarios*. Ed. Colex. Madrid. 1997.
- GOMEZ RIVERO, Ma del Carmen *La Responsabilidad penal del médico* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- MCLEAN, Sheila A. M., *Autonomy, Consent and the Law*. Col. Biomedical law and Ethics library. Ed. Routledge-Cavendish. Oxon and New York. 2010.
- PALOMARES BAYO, Magdalena y LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (Coords.), *El Consentimiento Informado en la Práctica Médica y el Testamento Vital: Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial*. Ed. Comares. 2002.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Col. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Ed. Comares. Granada 2009.
- PEREZ GARCIA, Máximo Juan, “La responsabilidad civil médico-sanitaria en el derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información” en COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO, número 6, Julio 2008.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El daño derivado de la ausencia de Consentimiento Informado y su graduación a efectos indemnizatorios” en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*. Número 28, Enero – junio 2009. Madrid.
- SURCH MARTÍNEZ, Javier *El Secreto Médico* en CAMAS JIMENA, Manuel (Coord), *Responsabilidad Médica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- XIOL, Juan A; BASTIDA, Francisco J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2012.

11. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, de 29 de mayo de 2003. Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil. RJ\2003\3916.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003. RJ\2003\6065. Ponente D. José Almagro Nosete.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº37/2011, Sala Segunda, de 28 de marzo de 2011, RTC 37/2011. Ponente D^a Elisa Pérez Vera.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de mayo de 2011, RJ\2011\3279. Ponente D. José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de mayo de 2001. RJ\2001\6197. Ponente Excmo. Sr.Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

12. Legislación Citada

Orden de 7 de Julio de 1972 por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE núm. 172 del 19 de Julio de 1972).

Real Decreto 1082/1978, de 25 de Agosto de 1978 por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios (BOE núm. 209 de 1 de Septiembre de 1978).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986).

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también conocido como *Convenio de Oviedo* firmado el 4 de abril de 1997. (Ratificado por España mediante publicación en el BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1999).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.(BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 281,24 de noviembre de 1995).

Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.(BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).

EL DERECHO DE VOTO Y LAS MAYORÍAS REQUERIDAS PARA LA ADOPCIÓN DE UN ACUERDO EN JUNTA TRAS LA REFORMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

JUDITH MORALES BARCELÓ

Facultat de DRET. Universitat de Barcelona. Correo electrónico jmorales@ub.edu

Resumen

La Ley 31/2014, para la reforma del gobierno corporativo de las sociedades, ha modificado diversos aspectos de la Ley de sociedades de capital que afectan a la participación de los socios en la vida de la sociedad, mediante su intervención en la junta general. Estos aspectos consisten en la exigencia de la votación separada de asuntos, la abstención del derecho de voto por situación de conflicto de intereses y el concepto de mayoría exigible para la adopción de un acuerdo en el seno de las sociedades anónimas. A pesar de que la finalidad de la Ley era reforzar el papel de la junta y fomentar la participación accionarial, consideramos que se logra el primer objetivo pero no el segundo.

Palabras clave

Gobierno corporativo; Votación separada de asuntos; Conflicto de intereses; Concepto de mayoría.

Abstract

The spanish 31/2014 Act for the reform of the corporate governance of companies has changed various aspects of the Companies Act, that affect equity participation of the shareholders in the life of society, through its intervention in the shareholder's meeting. These issues involve the need for the separate vote matters, abstention from voting for conflict of interest and the concept of the majority required for the adoption of an agreement. Although the purpose of the 31/2014 Act was to strengthen the role of the shareholder's meeting and encourage them, we consider that the first goal but not the second is achieved.

Palavras-chave

Governo corporativo; Votação de questões em separado; Conflito de interesses; Conceito da maioria.

1. Introducción

El Derecho societario español ha sido objeto de una profunda reforma con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. La crisis económica en la que está inmerso nuestro país es la razón por la que se han introducido los mencionados cambios en relación al gobierno de las sociedades de capital.

La citada reforma afecta a dos grandes bloques, tanto de las sociedades cotizadas como de las no cotizadas: por un lado, a la junta general y a los derechos de los accionistas; y por otro, al consejo de administración y al estatuto de los administradores. Puesto que en nuestra comunicación se van a analizar algunos aspectos de la junta, querríamos poner de relieve que las modificaciones en el régimen de la junta afectan a cuatro ámbitos: a) el reforzamiento del poder de la junta; b) la determinación de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos sociales y las situaciones de conflicto de intereses; c) la delimitación del derecho de información del socio; d) el régimen de impugnación de los acuerdos sociales. En concreto, debido a la limitación de esta comunicación, se van a analizar el ejercicio del derecho de voto de los socios, así como su restricción en caso de conflicto de intereses y la mayoría requerida para la adopción de los acuerdos sociales. Cabe poner de relieve, que el ejercicio de este derecho permite a los socios o accionistas participar en la vida de la sociedad de cuyas acciones o participaciones son titulares.

2. El derecho de voto en la Ley de sociedades de capital después de la reforma de gobierno corporativo

2.1. Delimitación del derecho y su ejercicio

Como es bien sabido, la junta general es el órgano de la sociedad constituido por la reunión de los socios con la finalidad de deliberar y adoptar acuerdos. En concreto, los socios son quienes, mediante el ejercicio del derecho de voto, reconocido en el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital¹, adoptan los acuerdos sociales, que representan la voluntad social y vinculan a todos los socios, a pesar de que no hayan votado a favor del mismo.

El socio, por ser titular de acciones o participaciones, tiene reconocido, con carácter mínimo una serie de derechos (artículo 93 LSC): el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; el derecho de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; el derecho de

¹ En adelante, LSC.

asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; y el derecho información. Estos derechos, como establece el precepto citado, están reconocidos a todos los socios o accionistas, salvo en los supuestos que la ley establezca lo contrario. Sin embargo, estos derechos, como hemos comentado, tienen un carácter mínimo, esto es, no son los únicos derechos que puede detentar un socio, puesto que la ley o los estatutos pueden reconocer otros². Y en la misma línea, este reconocimiento no significa que todos los socios o accionistas puedan ejercer los derechos con la misma intensidad, sino que pueden estar limitados por la propia ley o los estatutos sociales.

En concreto, el derecho de voto se encuentra clasificado entre los derechos políticos o administrativos del socio. A pesar de que es un derecho de una relevancia sustancial, por ser necesario para adoptar la voluntad social, presenta algunas diferencias según se ejerza en sede de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada³. En sede de sociedades anónimas, es aplicable la prohibición con carácter general de la creación de acciones que, de forma directa o indirecta, alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto (artículos 96.2 y 188.2 LSC). Aunque, como es sabido, se admiten algunas limitaciones del derecho de voto, puesto que es plenamente válida la existencia de acciones sin derecho a voto. Por el contrario, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, se admite con carácter general la posibilidad de alterar la proporcionalidad entre la participación en el capital social y el derecho de voto, puesto que la LSC reconoce que, salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación concede a su titular el derecho a emitir un voto, por tanto, es admisible que los estatutos concedan más de un derecho de voto a cada participación social⁴.

El socio ejerce el derecho a voto, con las limitaciones establecidas en la ley y en los estatutos, en el seno de la junta. Durante la celebración de la misma se debe seguir el procedimiento establecido para que los acuerdos adoptados, sobre los asuntos que son de su competencia, tengan plena validez. Por tanto, mediante el ejercicio del derecho de voto se conforma la voluntad social, que se alcanza con la mayoría de votos, exigidos legal o estatutariamente.

2.2. *Abstención y supuestos de conflicto de intereses*

Como se ha mencionado, la Ley 31/2014 modifica el régimen de las situaciones de conflicto reguladas en la LSC. Estas son situaciones en las que el socio queda privado de

2 Como podrían ser el derecho de separación, el derecho de transmisión de acciones o participaciones.

3 La razón de esta diferencia hay que buscarla en el carácter cerrado y más personalista de las sociedades de responsabilidad limitada respecto a las sociedades anónimas.

4 De todo ello se puede concluir que en las sociedades anónimas no se admite la creación de acciones de voto plural y, por el contrario, se admiten en sede de sociedades de responsabilidad limitada.

su derecho a voto, puesto que se considera que hay una situación de conflicto de intereses entre los de la sociedad y sus intereses personales. El fundamento de esta exclusión se encuentra en la protección del interés social, de tal modo que el acuerdo no sea adoptado por la influencia del socio y, por tanto, perjudicando el interés de la sociedad.

La modificación que ha sufrido este régimen ha sido sustancial. Por un lado, hasta la reforma, estas situaciones estaban contempladas tan sólo para las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, puesto que no había razón para no aplicar el mismo régimen a las sociedades anónimas, a partir de la Ley 31/2014 estas prohibiciones se extienden también a las sociedades anónimas. Y por otro lado, la redacción original del artículo 190 LSC tan sólo recogía una prohibición del derecho de voto del socio para un listado de asuntos concretos que afectaban a sus propios intereses. Si bien, estos supuestos se mantienen en la redacción actual del precepto, cabe decir que hay algunas modificaciones, que serán analizadas en los siguientes párrafos. Y que en el mismo sentido, como novedad en la redacción actual, se reconoce el derecho de voto para el resto de asuntos no incluidos en ese listado, a pesar de la situación de conflicto de intereses en la que se puede encontrar el socio, pero prevé la posible impugnación de esos acuerdos⁵. Así mismo, se introduce una presunción de perjuicio de interés social.

El artículo 190 LSC prohíbe el derecho de voto al socio en determinados asuntos, puesto que considera que se encuentra en una situación de conflicto de intereses con la sociedad. Estos asuntos son cinco situaciones, que conforman un *numerus clausus*, en las que se presume de forma *iuris et de iure* que el socio se encuentra en una situación de conflicto de intereses.

La primera situación de conflicto de intereses es aquella en la que el acuerdo versa sobre la autorización procedente de la junta que necesita un socio para poder transmitir sus acciones o participaciones, que están sujetas a restricción legal o estatutaria. La principal diferencia respecto a la redacción inicial de la LSC se encontraba en que tan sólo se consideraba una situación de conflicto de intereses cuando el acuerdo debía autorizar la transmisión de participaciones, redacción totalmente coherente, puesto que este precepto tan sólo era aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. Y en la misma línea cabe resaltar que la redacción originaria no especificaba que la transmisión de las participaciones debía ser objeto de autorización al estar sujeta a una restricción legal o estatutaria. Sin embargo, esta precisión introducida en la redacción actual es del todo irrelevante, puesto que esa autorización tan sólo es exigible porque así lo determina la ley o los estatutos.

5 Sobre este punto, cabe anotar que, a pesar de que ésta segunda parte del precepto es una novedad introducida en la ley, era la solución por la que se optaba, puesto que se consideraba que es acuerdo podría ser impugnado por lesionar el interés social.

En la segunda situación de conflicto, en idéntica redacción que la versión original de la LSC, se encuentran aquellos acuerdos que tengan por objeto la exclusión del socio. Como es bien sabido, la exclusión del socio puede venir determinada por causas establecidas en la ley⁶, aplicable tan sólo a las sociedades de responsabilidad limitada, o bien por causas establecidas en los estatutos⁷, a pesar de que en ambos casos se requiere acuerdo de la junta. En este sentido, es comprensible que el socio cuya exclusión se decide en junta quede excluido en la votación de ese acuerdo, puesto que su interés personal está claramente en conflicto con el interés social.

En la tercera situación de conflicto, cuya redacción actual es idéntica a la redacción original de la LSC, se encuentran aquellos acuerdos que tengan por objeto liberar al socio de una obligación o bien concederle un derecho que no le corresponde de forma automática por su condición de socio. En ambos casos, el socio afectado no podrá ejercitar el derecho de voto en la junta que vaya a decidir sobre esos asuntos concretos.

La cuarta situación de conflicto hace referencia a aquel acuerdo cuyo objeto sea facilitar al socio cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor. Respecto a este tipo de acuerdos, querríamos comentar que según la redacción originaria del artículo 190 LSC, el socio quedaba excluido de voto en aquel asunto que tuviese por objeto anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestarle garantías a su favor y facilitarle asistencia financiera. En nuestra opinión, en esta redacción había una reiteración innecesaria, puesto que consideramos que dentro del concepto de asistencia financiera se consideraba incluida la anticipación de fondos, la concesión de créditos y préstamos. Por esta razón, nos parece correcta la redacción actual, cuyo significado es el mismo que el de la redacción anterior, a pesar de no hacer referencia expresamente a estas concretas formas de asistencia financiera.

Y, finalmente, la quinta situación de conflicto hace referencia a aquel acuerdo que tiene por objeto dispensar al socio de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC, en los supuestos en los que en un mismo socio concurra la condición de miembro del órgano de administración. En aplicación del deber de lealtad, los administradores deben abstenerse de realizar una serie de actos que entran en conflicto con el interés social⁸. No obstante, el artículo 230 LSC prevé la posibilidad de

6 El artículo 350 LSC contempla las causas legales de exclusión de socios, aplicables tan sólo a las sociedades de responsabilidad limitada. Estas causas son las siguientes: el incumplimiento voluntario de la obligación de realizar las prestaciones accesorias, la infracción por parte del socio administrador de la prohibición de competencia o que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños o perjuicios que le haya causado.

7 Las causas estatutarias de exclusión de socios son admisibles en todas las sociedades de capital, en atención a lo previsto en el artículo 351 LSC.

8 Las situaciones en las que el administrador debe abstenerse son las siguientes (artículo 229 LSC): a) realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias; b) utilizar el nombre

que la junta de la sociedad autorice al administrador afectado a la realización de una determinada transacción con la sociedad, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio o bien la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. En este punto, querríamos resaltar que la Ley 31/2014 ha suprimido como situación de conflicto aquella, contemplada en la redacción original, en la que el acuerdo a adoptar tuviese por objeto el establecimiento o la modificación de cualquier clase de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y el administrador. En nuestra opinión, no encontramos cuál es la razón para haber suprimido esta situación, puesto que a pesar de que el socio no se encuentre en situación de competencia frente a la sociedad ni suponga una vulneración de su deber de lealtad, el acuerdo que tenga por objeto decidir sobre la prestación de servicios o de obra por parte de ese socio, que también reúna la condición de administrador le sitúa, sin lugar a dudas, en un situación de conflicto con la sociedad.

A pesar de que la Ley 31/2014 tiende a unificar el régimen de la situación de conflicto en las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, cabe resaltar algunas diferencias. En este sentido, cuando el socio de una sociedad de responsabilidad limitada se encuentre en alguna de estas situaciones se debe abstener de votar en la junta que decida sobre esos acuerdos. Por el contrario, cuando el accionista de una sociedad anónima se encuentre en alguna de estas situaciones, la Ley establece una distinción entre las cinco situaciones antes descritas. Si el accionista se encuentra en alguna de las tres últimas situaciones, se debe abstener de votar en la junta sobre el asunto concreto que le afecte. Sin embargo, no ocurre lo mismo si el accionista se encuentra en alguna de las dos primeras situaciones, puesto que tan sólo se debe abstener del voto si esas dos situaciones están contempladas en los estatutos de la sociedad.

En atención a la redacción del artículo y a la trascendencia que implica vetar el derecho a voto, estas situaciones descritas deben ser interpretadas de forma restrictiva, por tanto, tan sólo tendrá la consideración de situación de conflicto aquella en la que directamente esté el socio y no se extenderá la prohibición a situaciones en las que se encuentren en conflicto de intereses alguna persona vinculada al socio. Del mismo modo, se debe negar la posibilidad de ampliar de forma estatutaria estas situaciones contempladas en el artículo 190 LSC⁹. En aquellos supuestos en los que se encuentren varios socios afectados,

de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas; c) hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados; d) aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad; e) obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; f) desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

9 Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: “Comentario a los artículos 160 y 161 Ley de sociedades de capital” en Rojo y Beltrán (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Pamplona 2011, T. I, p. 1352.

será necesario adoptar un acuerdo individualizado para cada uno de esos asuntos, de tal forma que varios socios no resulten privados del derecho de voto de forma simultánea. Cabe poner de relieve que la suspensión tan sólo afecta al derecho de voto del socio y no al resto de derechos y sólo en relación con ese asunto respecto del que el socio se encuentra en una situación de conflicto de intereses, no afectando al resto de asuntos que se discutan en esa misma junta.

Además de estos supuestos de conflictos considerados más graves en los que el socio afectado no puede ejercitar el derecho de voto, la Ley 31/2014 ha mantenido el derecho el derecho de voto en el resto de supuestos, a pesar de que exista un conflicto de intereses. No obstante, se establece una presunción de infracción del interés social cuando el acuerdo haya sido adoptado con el voto determinante del socio que se encuentre en la situación de conflicto.

Como se ha comentado con anterioridad, la junta adopta sus acuerdos por la mayoría legal o estatutariamente establecida. Esta regla también se aplica a los acuerdos cuyo objeto sea alguna de las situaciones descritas como conflicto de intereses entre la sociedad y el socio. No obstante, el artículo 190 LSC prevé, sin haber sido modificado en este punto por la Ley 31/2014, que se deducirán del capital social para el cálculo de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, las acciones o participaciones del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses.

3. Mayoría requerida para la adopción de acuerdos

3.1. Votación separada por asuntos

La junta de socios se desarrolla en atención a dos fases: la fase de deliberación y la fase de votación. Esta última tiene lugar después de la fase de deliberación y, para que tenga plena validez, debe seguir la forma establecida en la ley o en los estatutos sociales.

En relación a esta fase de votación, a Ley 31/2014 añade un nuevo artículo y, así mismo, crea una nueva subsección, que lleva por título “votación separada por asuntos”. El nuevo artículo 197 bis tiene como finalidad que los accionistas sean conscientes de cada uno de los asuntos sometidos a su deliberación y, por tanto, que también lo sea el ejercicio del derecho de voto sobre ellos. De esta forma, se pretende evitar que la agrupación de asuntos distorsione el resultado de las votaciones, puesto que en la práctica se habían dado supuestos en los que los administradores, que son los encargados de redactar el orden del día de la junta, proponían acuerdos vinculados, en los que, por un lado, resultaba algún beneficio para los socios pero, por otro, algún perjuicio y no se podía obtener el beneficio si el acuerdo no se adoptaba en la globalidad.

Este artículo es aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada. A pesar de que es una medida proteccionista hacia los socios,

cabe señalar que la redacción del artículo genera cierta inseguridad jurídica, puesto que el precepto exige que en la junta se voten de forma separada aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes. Sin embargo, este concepto no está establecido por la Ley, por tanto, es necesario analizar caso por caso para determinar si los asuntos son o no sustancialmente independientes. Tan sólo hay dos asuntos que la Ley determina que deben ser objeto de votación de forma separada, a pesar de que se hayan incluido en algún otro punto del orden del día. Estos asuntos son: el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador así como la modificación de cada artículo de los estatutos sociales o grupos de artículos que tengan autonomía propia. A estos dos es posible añadir aquellos asuntos para los que así se disponga en los estatutos sociales.

3.2. *Mayorías en la sociedad de responsabilidad limitada*

La adopción de los acuerdos en las sociedades de responsabilidad limitada requiera la consecución de determinadas mayorías, según lo establecido en los artículos 198 a 200 LSC. A pesar de que van a ser objeto de análisis en el presente apartado, cabe anunciar que estos artículos no han sido objeto de modificación por la Ley 31/2014.

En sede de sociedades de responsabilidad limitada es posible distinguir según la mayoría sea la exigida por la ley o bien por los estatutos sociales. En el primer caso, la regulación se encuentra en los artículos 198 y 199 LSC, y en el segundo en el artículo 200 LSC. Cabe decir, que las mayorías establecidas por la ley tienen un carácter de mínimo y que pueden ser elevadas, por tanto, nunca reducidas, por previsión estatutaria.

La LSC distingue entre las mayorías exigidas en atención a los asuntos que están siendo objeto de votación. De este modo, se debe diferenciar según el acuerdo verse sobre asuntos que se consideren ordinarios y aquellos que impliquen una modificación de estatutos.

El artículo 198 LSC establece que los acuerdos para asuntos ordinarios se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen, al menos, un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Para ello, se debe atender en primer lugar a la determinación de los votos válidamente emitidos, puesto que deben quedar excluidos del cómputo aquellos inválidamente emitidos¹⁰. En segundo lugar, debemos poner de manifiesto que la ley no determina qué tipo de mayoría es la exigible, sino tan sólo que la mayoría de los votos válidamente emitidos debe representar al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

¹⁰ En este sentido, cabe excluir aquellos votos que sean nulos, los emitidos por aquellos socios que deban abstenerse en la votación, aquellos correspondientes a las participaciones propias.

El artículo 199 LSC establece, frente a la regla general del artículo precedente, que se requieren unas mayorías reforzadas para determinados asuntos. Como podemos deducir el propio precepto, estas mayorías son una excepción, puesto que tan sólo se requieren para los siguientes asuntos: las modificaciones de estatutos sociales; la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos de capital; la transformación; la fusión, la escisión; la cesión global del activo y pasivo; el traslado del domicilio social al extranjero; y la exclusión de socios. Respecto a estos asuntos la ley también establece una diferencia, puesto que por un lado, para las modificaciones de estatutos, exige el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social y, por otro, para el resto de asuntos requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social.

En el caso de que el objeto del asunto sea la modificación de estatutos, la Ley exige que la mayoría sea más de la mitad de los votos, lo que debe entenderse como la mitad más uno de los votos. Esta mayoría se debe alcanzar sobre el total de los votos posibles, es decir, a todas las participaciones con independencia de que tomen o no parte de la junta, a diferencia del cómputo en los supuestos ordinarios, en los que el artículo 198 LSC establece que se debe tener en cuenta los votos emitidos en la junta. De este mismo modo, se deben computar la mayoría para el resto de asuntos que requieren la mayoría reforzada, es decir, en atención a la totalidad de los votos.

Como se ha comentado con anterioridad, los estatutos pueden establecer unas mayorías diferentes a las fijadas por la ley para la adopción de acuerdos, en atención a lo previsto en el artículo 200 LSC. Estas mayorías superiores a las legales pueden referirse a todos los asuntos o bien tan sólo a algunos.

Sin embargo, los estatutos tan sólo pueden elevar las mayorías exigidas por la ley, nunca reducirlas, puesto que éstas se consideran mínimas. También se debe tener en consideración otro límite, que consiste en que el reforzamiento de la mayoría por los estatutos no puede llegar a la unanimidad¹¹.

La LSC, en el artículo 200 LSC, también admite la posibilidad de que los estatutos exijan el voto favorable de un determinado número de socios, además de la mayoría exigida por la ley o por los estatutos. Por tanto, se debe entender como la condición impuesta por los estatutos sociales de un número determinado de socios que vote a

11 Este límite viene impuesto por el respeto al principio mayoritario propio del funcionamiento de la junta general. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F.: "La junta general en las sociedades de capital", Pamplona, 2007, pp. 589 y 590.

favor de un acuerdo, es decir, no el voto favorable de unos socios determinados sino un número de socios.

3.3. *Mayorías en la sociedad anónima*

Como es bien sabido, los socios, reunidos en junta, deciden por las mayorías establecidas legal o estatutariamente sobre los asuntos de su competencia.

La reforma de la Ley 31/2014 viene a clarificar las dudas interpretativas que había generado el concepto de mayoría ordinaria exigida para la adopción de acuerdos en el seno de una sociedad anónima. Hasta ese momento, el artículo 201 LSC determinaba que los acuerdos sociales se adoptaban por mayoría ordinaria de los accionistas presentes o representados. Esto generaba algunas discrepancias interpretativas entre aquellos que consideraban que por esa mayoría ordinaria se debía entender la mayoría relativa, es decir, más votos a favor que en contra y aquellos que consideraban que esa mayoría era absoluta, es decir, más de la mitad de los votos presentes o representados en junta¹². La nueva redacción del artículo 201.1 LSC determina que la mayoría exigida para la adopción de acuerdos en una sociedad anónima es la relativa, es decir, que una propuesta haya obtenido más votos a favor que en contra del capital presente o representado¹³.

Se mantiene que los acuerdos de una mayor trascendencia, aquellos para los que se requiere un quórum reforzado de asistencia, previstos en el artículo 194 LSC¹⁴, se adoptan con una mayoría reforzada. No obstante, se introduce como novedad que para estos asuntos si el capital asistente supera el 50%, bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta y se mantiene que si en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% o más del capital social con derecho a voto, sin alcanzar el 50%, se requiera el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado.

4. Conclusiones

La modificación de la LSC introducida por la Ley 31/2014 tiene como finalidad fomentar el buen gobierno corporativo, por ello, alcanza a los dos órganos necesarios de

12 Esta diferencia se refleja en el valor de los votos en blanco y las abstenciones. Así en la mayoría relativa los votos en blanco y las abstenciones se equiparan a los accionistas ausentes y en la mayoría absoluta a los votos en contra.

13 En este punto, debemos adherirnos a la precisión de Pérez Moriones que afirma que de esta forma se logra una mejor expresión de la voluntad de los accionistas, puesto que aquel que acude a la junta y que vota en blanco o se abstiene debe asimilarse a aquel que no asiste a la junta por sí mismo o representado, al ejercer el derecho de asistencia a la misma pero no el de voto. *Vid.* PÉREZ MORIONES: “Aproximación al proyecto de ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: las novedades en materia de junta general y derechos de los accionistas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2014.

14 Como es bien sabido, el artículo 194 LSC, exige un quórum reforzado para los acuerdos relativos a cualquier modificación estatutaria, la emisión de obligaciones, la supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio social al extranjero.

las sociedades de capital, que son la junta general y el órgano de administración. Según la exposición de motivos de la citada Ley, la intención de esta reforma es reforzar el papel de la junta y promover la participación accionarial. Sin embargo, consideramos que se logra claramente el primer objeto, pero no resulta así con el segundo. En este sentido, las modificaciones introducidas al régimen de la votación y adopción de los acuerdos sociales, al tratamiento de las situaciones de conflicto de intereses, al derecho de información de los accionistas y al régimen de impugnación de los acuerdos sociales no permiten fomentar la participación accionarial, sino que con ellas se otorga una mayor protección al interés social.

De entre las medidas introducidas por la Ley 31/2014, se han seleccionado aquellas que afectan a la participación del socio en la vida sociedad, esto es, en el procedimiento de adopción de los acuerdos sociales. Estas medidas afectan: al derecho de voto, en cuanto a la regulación de los supuestos de conflicto de intereses, a la votación separada de los asuntos, y a la concreción del concepto de mayoría en el seno de las sociedades anónimas. La Ley 31/2014 ha extendido a las sociedades anónimas los supuestos de exclusión del derecho de voto, previstos hasta el momento en sede de sociedades de responsabilidad limitada, cuando el socio se encuentre en alguna situación de conflicto de intereses con la sociedad. Los supuestos contemplados hasta el momento se han mantenido, con algunas modificaciones, pero cabe destacar como novedad, que para el resto de asuntos no incluidos en ese listado el socio conserva su derecho de voto, a pesar de que se encuentre en situación de conflicto de intereses, aunque se prevé la posibilidad de impugnar ese acuerdo social. En cuanto a la votación separada de asuntos, la Ley 31/2014, ha introducido como novedad, la exigencia de que aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes sean objeto de votación por separado, con la finalidad de que el socio sea consciente en cada momento de aquello por lo que se está votando. Y finalmente, la Ley 31/2014 ha clarificado, despejando las dudas acerca de si era una mayoría absoluta o relativa, que la mayoría exigida para la adopción de los acuerdos sociales en las sociedades anónimas es una mayoría relativa, es decir, que quedará adoptada aquella propuesta que haya obtenido más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

Debido a la reciente entrada en vigor de la Ley 31/2014, nuestra atención deberá estar centrada en la aplicación, por parte nuestros tribunales, de estos artículos de la LSC modificados. Y en la misma línea, a las próximas propuestas por si introducen medidas que incentiven la participación de los socios en las sociedades, no lograda, a nuestro entender, con la última reforma de la LSC.

5. Referencias

AA.VV., Grupo de Gestión de Conocimiento Mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, “Nota monográfica sobre la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se

modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”, en La Ley mercantil, 4 de diciembre de 2014.

AA.VV. *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades. Examen del informe de la comisión de expertos y del proyecto de reforma de la Ley de sociedades de capital*, Ibañez Sánchez (director), Pamplona, 2014.

AA.VV., “El estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 133/2014, pp. 179 a 199.

CABANAS TREJO: “Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)”, en Diario La Ley, núm. 8442, 16 de diciembre de 2014.

CURTO POLO: “Comentario al artículo 190 Ley de sociedades de capital”, ROJO Y BELTRÁN (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Pamplona, 2011, T. I, pp. 1350 a 1355.

ESTEBAN VELASCO: “Comentario a los artículos 160 y 161 Ley de sociedades de capital”, en ROJO Y BELTRÁN (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Pamplona, 2011, T. I

JORDÁ GARCÍA: “Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo”, en Diario La Ley núm. 8324, 3 de junio de 2014.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS: “Gobierno corporativo: mejorar el modelo de gobierno de la sociedad”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 899/2015.

PÉREZ MORIONES: “Aproximación al proyecto de ley por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo: las novedades en materia de junta general y derechos de los accionistas”, en Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2014.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Pamplona, 2007.

SÁNCHEZ LINDE, M.: *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta general de la sociedad anónima*, Pamplona, 2009.

VALPUESTA GASTAMINZA: *Comentario a la Ley de sociedades de capital: estudio legal y jurisprudencial*, Barcelona, 2013.

EL MODELO EUROPEO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS CLÁUSULAS SOCIALES

MARÍA DEL ROSARIO ÜBERO

Esta propuesta de Comunicación está avalada por la Profa. Dra. Maria Yolanda Sánchez-Urán Azaña, Profesora Titular, Acreditada a Catedrática, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en calidad de Directora de mi Proyecto de Tesis Doctoral.

Resumen

El estudio es un análisis comparativo de las Directivas comunitarias en materia de contratación, en particular la Directiva 2004//18/CE de 31 de marzo de 2004 y la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, en relación a los principios generales en materia de contratación y a los criterios o cláusulas sociales incorporadas a la misma, dentro de una política social comprometida con el trabajo y el empleo de las personas con mayores dificultades de empleabilidad. A través de estos criterios sociales se constata el actual modelo europeo de descentralización productiva, más integrador de las pequeñas y medianas empresas u organizaciones sociales y cómo la contratación pública, por su gran afectación sobre el mercado interior y exterior, regula reglas de aplicación generalizada en los Estados miembros a fin de hacer compatible la libertad de establecimiento y libre mercado con la racionalización del gasto público desde una perspectiva social.

Palabras clave

Principios generales; Cláusulas sociales; Descentralización productiva; Contratación pública.

Abstract

The study is a comparative analysis about The EU directives on recruitment, in particular Directive 2004 // 18 / EC of March 31, 2004 and Directive 2014/24 / EU of 26 February 2014. In particular, we discuss the general principles in recruitment and social clauses incorporated on it, within a committed social policy labor towards employment and work of people with most difficulties of employability. Through these social criteria, it can be verified current European model of decentralized production, more integrator of small and medium enterprises or social organizations, and how public recruitment,

for his great involvement on the domestic and foreign markets, regulates general rules in Member States in order to reconcile freedom of establishment and free market with the rationalization of public spending from a social point of view.

Key words

Princípios gerais; Cláusula social; Descentralização produtiva; Contratação pública; General principles; Social clauses; Decentralized production; Public procurement.

1. Introducción al Ámbito Normativo Comunitario e Interno

La normativa europea sobre contratación pública, la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, fue traspuesta a nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP). Actualmente, la normativa que regula esta materia es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPL)¹.

El pasado 28 de marzo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que deroga la Directiva 2004/18/CE. A lo largo del estudio haremos referencia a una u otra Directiva, en función de las cuestiones que analicemos, considerando que la fecha límite para la trasposición de la Directiva 2014/24/UE, es el 18 de abril de 2016, aunque para algunos preceptos en particular, la fecha se amplía.

2. Principios Generales en Materia de Contratación

2.1. *Los Principios Generales en Materia de Contratación. Estudio Comparado entre la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/24/UE*

En el Considerando Segundo de la Directiva 2004/18/CE se establece que la adjudicación de contratos celebrados por los Estados miembros “(...) está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento

1 La Disposición Final Trigésima Segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, autorizó al Gobierno para elaborar, un texto refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar (...) disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios (...). En similares términos se pronuncia el Considerando Primero de la Directiva 2014/24/UE, añadiendo que “(...) para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”.²

Los citados principios se trasladan al articulado de las citadas Directivas, si bien el artículo 18 de la Directiva vigente (en contraposición a lo previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE), incorpora la referencia a la actuación “proporcionada” de los operadores económicos.

Conviene precisar que la Directiva clásica se centró, fundamentalmente, en los contratos de obras, suministros y servicios, teniendo un papel residual el contrato de gestión de servicios públicos (según la denominación contractual de derecho interno). Ante esta circunstancia, generadora de inseguridad jurídica que “obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior”³, se dicta la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (advirtase que la concesión es en el derecho interno, una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos). Pues bien, la citada Directiva recoge en su Considerando 4, los mismos principios y las mismas libertades derivadas de éstos que las previamente citadas, haciendo mención expresa en su artículo 3 y remisión a éste en el artículo 30⁴.

“Los principios de la contratación administrativa son la causa primitiva, así como las máximas o ideas que deben regir la contratación pública de acuerdo con la normativa y jurisprudencia europea, cualquiera que sea el objeto, el sujeto o la cuantía del contrato”.⁵

2 Capítulo II. Normas Generales. Artículo 18. Principios de la contratación. “Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones y actuarán de manera transparente y proporcionada”.

3 Considerando Primero

4 Considerando Cuarto: “La adjudicación de concesiones de obras públicas se rige en la actualidad por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, mientras que la de concesiones de servicios de interés transfronterizo está sometida a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia.

5 Principios de la contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo. Comisión Técnica de Auditoría Pública. Serie Documentos. Fundación FIASEP - Documento nº 5. Auditoría para la transparencia en el Sector Público.

La normativa interna traslada estos principios al artículo 1 del TRLCSP al señalar que la Ley “(...) se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Los principios que citamos representan la base sobre la que se asienta la contratación administrativa, de manera que el incumplimiento de los mismos, comportará la crítica al órgano de contratación que se materializará en la revocación o anulación de los actos o decisiones adoptados conculcando los mismos.

2.2. *Análisis de los Principales Principios Generales en Materia de Contratación*

a. *Principio de Igualdad de trato*

Como ya hemos comentado, los procedimientos de contratación deben ajustarse a este principio. La Sentencia del TJUE de 12.03.2008 (Asunto *Evropaiki Dynamiki*, T-345/03. Considerando 61) establece que “en materia de adjudicación de contratos públicos el principio de igualdad de trato entre los licitadores adquiere una importancia absolutamente particular. En efecto, es preciso recordar que se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores”⁶, concretando que este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Además se desprende de la jurisprudencia comunitaria, la relación entre el principio de igualdad de trato con el principio de igualdad de oportunidades entre todos los licitadores y el principio de transparencia. El artículo 139 del TRLCSP se ocupa de este principio, imponiendo a los órganos de contratación la obligación de dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

La STJUE de 31.01.2013⁷, resume la doctrina jurisprudencial sobre estos principios: “El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades

6 Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, *Lombardini y Mantovani*, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73).

7 Sentencia del Tribunal General. Sala Octava de 31.01.2013. Asunto T235/11. *AVE Madrid-Barcelona*. TJUE de 31.01.2013. Considerando 47

en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas, se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores”⁸

De manera transversal, este principio está presente en otras actuaciones del órgano de contratación; así, en particular, el artículo 150 del TRLCSP, en orden a la aplicación de los distintos criterios que han sido adoptados por éste a la hora de evaluar las ofertas presentadas por los distintos licitadores, ha de proceder en primer lugar, a la apertura del sobre cuya valoración tiene en cuenta criterios no cuantificables mediante fórmulas (también llamados criterios subjetivos, al depender de la valoración que realiza el técnico o el comité de expertos en aquellos contratos que así lo contemplen – cuando la valoración de este criterio está por encima de aquellos que se cuantifican mediante fórmulas o porcentajes)⁹

La razón de ser de que se valoren los criterios sometidos a un juicio de valor antes de conocer la oferta económica, es evitar que ese conocimiento pueda influir en la valoración a realizar y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. A ello responde la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al señalar que dicha documentación debe contenerse en un sobre independiente del resto de la proposición. De ahí que, tanto el orden de apertura, como el contenido de los sobres no solo son requisitos o exigencias contenidos en las cláusulas del PCAP, sino que derivan de una exigencia legal.

La obligación de guardar secreto de las ofertas se vincula con el principio de igualdad de trato, recogido, entre otras muchas, en las Sentencias del TJUE Concordia Bus Finland de 17 de septiembre de 2002 y la Sentencia SIAC Construction de 18 de octubre de 2001.

El principio de reconocimiento mutuo, aún teniendo autonomía, podría considerarse un subtipo del principio de igualdad de trato, puesto que garantiza la libre circulación de mercancías y servicios, que en el fondo, es el propósito de éste, sin necesidad de armonizar las legislaciones nacionales¹⁰

8 STJusticia de 29.04.2004, Comisión/CAS Succhi di DFrutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110)

9 Resolución 65/2015, Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid. Recurso 53/2015, de 29/04/2015: “Por su parte el artículo 150.2 del TRLCSP dispone que “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

10 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – “El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el Mercado Interior” – COM (1999) 299 final

b. Principio de publicidad

Es el soporte del resto de principios, de manera que cuando la licitación se publica se abre a todos los posibles interesados y se hace efectivo el principio de concurrencia y libre competencia. La publicidad hace referencia también a plazos adecuados (para poder realizar una evaluación adecuada dentro de un plazo razonable), que se conozcan las normas aplicables al procedimiento de adjudicación, así como la fijación precisa y previa de los criterios aplicables para valoración de ofertas.

La publicidad se ha desarrollado en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02). La obligación de transparencia debe garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación; publicidad adecuada en internet (perfil del contratante), Boletines Oficiales, publicaciones locales y DOUE.

La publicidad también debe materializarse, a posteriori, en la adjudicación, para que las empresas puedan prever su potencial mercado. Igualmente, la publicidad se enlaza con la obligación que los órganos de contratación tienen de enviar la información al registro de contratos y a órganos de control.

c. Principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación

El principio de transparencia, corolario del principio de igualdad de trato, impone al órgano de contratación la obligación de ajustar su actuación al mismo (artículo 139 TRL-CSP). Estos principios exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Este concepto no hace referencia, exclusivamente, al precio, sino al conjunto de criterios que el órgano de contratación establece en los Pliegos y a su correspondiente ponderación.

El objeto de este principio es garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Se exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente, que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.¹¹

11 Sentencia Tribunal Primera Instancia. Sala Tercera., de 13 marzo 2008. Asunto T-345/03, Evropaiki Dynamiki (Considerandos 144 y 145).

Corresponde a los poderes adjudicadores establecer los criterios de adjudicación, siempre que estén vinculados con el objeto del contrato, sin que pueda entenderse como una libertad ilimitada. Dentro de los criterios, tanto de adjudicación como de ejecución, se puede hacer referencia a criterios medioambientales o sociales, además del precio. No obstante, éste se configura como esencial, respondiendo el gasto del sector público a los criterios de eficiencia y economía, incardinándose dentro de la contratación, en la oferta económicamente más ventajosa.

Este principio opera, por tanto, a la hora de establecer los criterios de valoración, su ponderación y la motivación a la hora de asignar la puntuación que cada criterio tenga establecido. La misma valoración se hace con respecto a las posibles mejoras que se incorporen en el Pliego, siempre que estén vinculadas con el objeto de la contratación y no supongan mayor coste para el órgano de contratación.

En relación a la ponderación, un parámetro objetivo y económicamente cuantificable es el precio; a nivel comunitario los criterios objetivos y el precio, especialmente, han de tener un peso fundamental; en terminología del artículo 150 del TRLCSP, ha de tener un “carácter preponderante”. No obstante, en el actual contexto de crisis económica, el precio se ha convertido en el elemento clave - en una suerte de subasta - y con la cada vez más frecuente, adjudicación de contratos a empresas incursas en valores anormales o desproporcionados.

Considerando, por tanto, el precio como un elemento importante dentro del conjunto de posibles criterios, debe consignarse en los Pliegos una fórmula matemática específica que otorgue mayor puntuación a las ofertas que plantean un precio inferior y una puntuación inferior a las de mayor precio. Dada la diversidad de fórmulas que pueden emplearse, no cabe duda que los Pliegos tienden a recoger aquellas que marcan diferencias significativas de puntuación, aún cuando las diferencias entre precios ofertados por los distintos licitadores sea escasa.

Cuando se incorporen criterios que han de valorarse de manera subjetiva, hay que establecer subcriterios y la puntuación a asignar a los mismos. La concurrencia de ambos tipos de criterios debe fijarse para los contratos de gestión de servicios públicos y para los contratos de servicios (salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas, técnicamente – artículo 150.3 g TRLCSP).

El principio de transparencia también se hace evidente ante situaciones de modificación en los contratos; las posibles modificaciones han de estar previstas en los Pliegos con el objetivo de que los potenciales licitadores conozcan con antelación los supuestos que pueden dar lugar a las mismas, evitando riesgos de favoritismos¹².

12 Sentencia del Tribunal General. Sala Octava de 31.01.2013. Asunto T235/11. AVE Madrid-Barcelona. Considerando 48: “Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario

En cuanto al principio de no discriminación, puede interpretarse en un doble sentido:

- No discriminación por el objeto del contrato: consistente en no hacer referencia a marca, fabricación, procedencia determinadas, salvo que una referencia de este tipo se justifique por el objeto del contrato y vaya acompañada de la mención “o equivalente” (artículo 117 TRLCSP).
- No discriminación informativa: no se puede facilitar información de manera discriminatoria de modo que implique ventajas a determinados licitadores respecto de otros. Ahondando en esta idea, el artículo 56.1 TRLCSP prohíbe la licitación a aquellas empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas a que se refiere el contrato, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de licitadores.

La igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores se garantiza no estableciendo en los Pliegos una valoración adicional a la experiencia adquirida por una empresa en la ejecución del concreto contrato al que licita, adjudicándosele en caso de empate; tampoco se puede valorar el cumplimiento satisfactorio en la ejecución del contrato. El principio de igualdad de trato se identifica plenamente con el principio de transparencia¹³.

El principio de proporcionalidad cobra una especial significación en la normativa comunitaria vigente, al interpretarse bajo la exigencia de no introducir elementos o criterios que distorsionen la competencia de manera que se pueda favorecer o perjudicar, indebidamente, a los potenciales interesados en una licitación; así, los criterios de solvencia (técnica o profesional – económica o financiera), han de estar, no sólo en consonancia con el objeto del contrato, sino que los umbrales de dicha solvencia han de estar en

(Nota: se refiere al principio de igualdad de trato entre licitadores), éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 111).

- 13 Sentencia del Tribunal General. Sala Octava de 31.01.2013. Asunto T235/11. AVE Madrid-Barcelona. Considerando 46: “Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38)”.

relación con el valor estimado del contrato y con la posible responsabilidad que pueda derivarse de su ejecución. Por tanto, el objetivo es que la solvencia exigida a los operadores económicos guarde relación y proporcionalidad con el cumplimiento del objeto del contrato. Por tanto este principio podría considerarse un subtipo del principio de libre competencia.

d. Principio de confidencialidad

Otro principio recogido en las Directivas comunitarias es el relativo a la obligación, por parte del poder adjudicador, de no divulgar la información facilitada por los operadores económicos cuando concurren a un proceso de licitación, siempre que éstos hayan hecho constar, expresamente, dicha confidencialidad. En similares términos se pronuncian ambas Directivas (ex artículo 6 y 21 de las Directivas 2004/18 y Directiva 2014/24, respectivamente), si bien la vigente, incorpora la posibilidad de que los órganos de contratación puedan imponer a los distintos operadores económicos los requisitos que tengan por finalidad salvaguardar el carácter confidencial de la información que obre en los expedientes de contratación. El carácter confidencial de las proposiciones se tiene que poner en relación con el derecho que otros licitadores tienen de poder acceder a aquella parte de la documentación que se estime necesaria para poder fundar y motivar la posible interposición de recursos o reclamaciones.

El Considerando 51 de la Directiva 2014/24 salva del principio de confidencialidad, aquellas partes que, en todo caso, han de tener el carácter de públicas, de manera que no se conforma como un derecho ilimitado, puesto que de lo contrario, se conculcaría en nuestro ordenamiento interno el derecho al acceso a los recursos que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la CE ¹⁴

Este principio debe interpretarse de manera conjunta con los de transparencia y publicidad. Se regula en el artículo 140 del TRLCSP, y obliga a los órganos de contratación a no divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan considerado, confidencial; en particular, afecta a secretos técnicos y comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

La empresa que concurre a una licitación puede expresar en la documentación que presenta, qué parte o documentos revisten el carácter de confidencial. En algunos Pliegos se contiene esta previsión de manera expresa, de modo que el órgano de contratación informa a los potenciales interesados del derecho que les asiste a indicar el carácter confidencial de sus proposiciones.

¹⁴ El principio de confidencialidad está presente en el procedimiento negociado (artículo 29.5, párrafo segundo; en el diálogo competitivo (artículo 30.3, párrafo tercero); en la asociación para la innovación (artículo 31.6, párrafo tercero).

En la misma medida, el artículo 153 del TRLCSP impone una limitación para el órgano de contratación de no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación, cuando considere, y conste en el expediente administrativo, que la divulgación de dicha información puede “obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado (...)”.

A pesar de lo anterior, el empresario no puede hacer una declaración genérica de confidencialidad sobre el total de la documentación aportada, ya que a su vez, se conculcaría el derecho de acceso al expediente administrativo, tal y como queda configurado por el artículo 35 a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La doctrina de diversos órganos consultivos en materia de contratación señalan los siguientes aspectos¹⁵:

- 1) Que el principio de confidencialidad no es absoluto, sino que debe ponerse en relación con los principios de transparencia, publicidad y contradicción en cuanto debe permitir el acceso a los recursos, debe buscarse un equilibrio y proporcionalidad adecuados para no causar indefensión.
- 2) La confidencialidad no puede ser una cláusula genérica o de estilo que afecte a toda la documentación presentada por un candidato.
- 3) El licitador debe manifestar, expresamente, qué parte de la documentación se considera confidencial y justificarlo adecuadamente.
- 4) En caso de discrepancia, el órgano de contratación tiene potestad para determinar qué documentación de la manifestada por el licitador, puede tener el carácter de confidencial y motivarlo, igualmente, en el expediente.
- 5) El interés público, los secretos industriales, técnicos o comerciales, derechos de propiedad intelectual o información que afecte a la competencia leal entre empresas y los contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales son el campo propicio para apreciar el carácter confidencial.

¹⁵ Tribunal Administrativo de Contratación Pública. Comunidad de Madrid. Recurso 39/2014. Resolución 43/2014, de 05 de marzo de 2014.

3. La Vinculación de los Principios Generales en Materia de Contratación con las Cláusulas Sociales

3.1. *Cuestiones Generales*

A la hora de incorporar estos criterios a los Pliegos de licitación, se establecen una serie de obligaciones que han de ser respetadas por el órgano de contratación, en especial, han de estar vinculados con el objeto del contrato, no deben otorgar a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, deben estar expresamente mencionados y deben respetar los principios fundamentales (principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).

Los poderes adjudicadores deben definir, dependiendo del objeto del contrato, los criterios económicos y cualitativos, de manera que puedan comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva; así, se abre la posibilidad de que se definan criterios destinados a satisfacer exigencias sociales dirigidas a determinadas categorías o grupos de población especialmente desfavorecidos a los que pertenezcan los beneficiarios o usuarios de las prestaciones del contrato. De esta manera, los criterios sociales en el marco de la citada Directiva, aún incorporándose por vez primera como criterios de ejecución y de manera muy restrictiva como criterio de adjudicación, son muy poco innovadores, ya que como bien señala su Considerando 1, se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Como condiciones de ejecución del contrato, el artículo 26 de la Directiva 2004/18, señala que será posible que se prevea en los Pliegos, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Estas condiciones de ejecución pueden referirse a consideraciones de tipo social y medioambiental.

Por otro lado, el artículo 53 establece sobre qué parámetros deben establecerse los criterios de adjudicación, entre ellos, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución, considerando que estas previsiones no constituyen supuestos cerrados, ya que utiliza la expresión “por ejemplo”, de ahí que dentro de la capacidad que el órgano de contratación tiene de establecer criterios de adjudicación, pueda incorporar otros, dentro, claro está de las exigencias de la Directiva comunitaria. De ahí que el órgano de contratación, no disponga de un poder ilimitado a la hora de establecer dichos criterios¹⁶

Por tanto vemos, que los criterios de adjudicación deben respetar las consideraciones previamente señaladas. De ser así, cabe la incorporación de criterios sociales. Por tanto,

16 STJUE de 17.09.2002, Concordia Bus Finland, Asunto C-513-99, Rec. P. I-7213, apartado 61 y jurisprudencia citada en el mismo.

los poderes adjudicadores, a la hora de establecer los criterios que han de cumplir los operadores económicos, han de tener en cuenta que dichos criterios pueden infringir el principio de transparencia previsto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 y no pueden incardinarse en criterios de capacidad a la hora de su exigibilidad, porque no están autorizados por los artículos 44.2 y 48 de dicha Directiva¹⁷.

El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia derivada de éste exigen que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos estén claramente definidos desde el inicio del procedimiento de adjudicación¹⁸; dichos principios se exigen, igualmente, en todas las fases del proceso de licitación, de manera que los criterios de adjudicación han de ser conocidos “por todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes”¹⁹

En materia de empleo, ya la Directiva 2004/18 preveía que a través de la contratación pública se podía intervenir en los ámbitos del empleo y la ocupación, al ser elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades²⁰, si bien venía referido en exclusiva a la promoción del empleo para personas con discapacidad y a la necesidad de que los distintos Estados miembros previeran políticas de reserva de determinados contratos públicos para este colectivo. La Directiva 2014/24 da un giro radical a esta materia, al concebirse la contratación pública dentro de la Estrategia Europea 2020 como un instrumento para “conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos”.

De esta manera, la Directiva 2014/24 analiza la necesidad de implementar en la contratación pública, políticas de promoción del empleo y la ocupación, no sólo para personas discapacitadas, con especial énfasis en los Centros Especiales de Empleo (“talleres protegidos”), como entidades de promoción y defensa de los derechos e intereses de las personas con mayores dificultades de empleabilidad, sino también para otros colectivos con dificultades de acceso al mercado de trabajo (que la Directiva denomina “colectivos

17 STJUE, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2.012. Asunto C-368/10 Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos. Conclusiones.

18 STJUE de 10.12.2009, Comisión Europea contra Francia, Asunto C-299/98. Rec. P. I-11587, apartados 41 y 43)

19 Considerando 88 de la STJUE, Sala Tercera, de 10.05.2012, Asunto C-368/10, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos. En su Considerando 110 (el supuesto contempla una licitación de un contrato de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, donde se exige como requisito de capacidad a los potenciales interesados, que expliquen en sus ofertas qué criterios de sostenibilidad de las compras y de responsabilidad social corporativa (van a emplear) y de qué manera pueden contribuir a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y a una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económica) se indica que, “no presenta la suficiente claridad, precisión y univocidad necesarias para que cualquier licitador razonablemente informado y normalmente diligente pueda saber con certeza y exhaustividad cuáles son los criterios que abarcan esos requisitos”.

20 Considerando 28.

desfavorecidos”, y en los que tienen cabida “los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados).²¹

Por tanto, las condiciones de empleo cobran especial protagonismo, no sólo como cláusulas sociales a incorporar en los Pliegos en las distintas fases del proceso de licitación, sino también como exigencia de cumplimiento a los adjudicatarios. De esta manera se refuerza la idea que inspira la Directiva de vincular a la contratación pública cuestiones relativas a derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones laborales como una manera de integrar, de forma más transversal en la Directiva 2004/18 y de una manera más directa en la Directiva vigente, las normas relativas a empleo.

3.2. *Las Cláusulas Sociales en Materia de Empleo*

A la hora de definir qué se entiende por cláusula social, podemos partir de la definición aportada por Lesmes Zabalegui de que estamos ante “pactos, disposiciones o condiciones que rigen el contenido de una relación contractual”²²

A la vista de la definición precedente y la apuntada por otros autores, se puede entender que las cláusulas sociales son aquellos aspectos o criterios que se incorporan a la contratación pública, que obligan a los licitadores a su cumplimiento, ya sea como requisito previo (criterio de admisión), como requisito de valoración (en fase de adjudicación) o como requisito de ejecución (en fase de ejecución) y que están relacionados con cuestiones de política social, actuando como principios de discriminación positiva, al velar por los intereses de un conjunto de personas que requieren de una especial tutela o protección.

De esta manera, los distintos órganos de contratación no sólo actúan regulando el mercado, procurando que exista la mejor correspondencia calidad/precio, sino que también actúan promoviendo otros aspectos que preocupan a la sociedad y que intentan tutelar mediante la contratación administrativa de una manera transversal.

Igualmente, en opinión de Vega Labella, estas cláusulas incorporarían también criterios de cumplimiento de compromisos éticos o de protección al medio ambiente²³. A juicio de Alfredo Pérez Ramos, se ha producido un giro a la expresión “oferta económicamente más ventajosa”, ya que la contratación pública no sólo introduce un elemento

21 Considerandos 36 y 37

22 Lesmes Zabalegui, S. “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”. Lan Harremanak, número 13 (2005), pág. 64

23 Vega Labella, J.J. en AA.VV. “Comentarios a la legislación de contratación pública” (Coordinador Jiménez Aparicio, E.) Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 420.

de ventaja económica de forma directa, sino que, de forma indirecta admite ventajas relacionadas con fines públicos perseguidos por la entidad contratante²⁴.

a. *Promoción del Empleo de Trabajadores con Discapacidad y Otros Colectivos*

Los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre empleo de personas con discapacidad, señalan que la tasa de empleo era de un 24,3% y la tasa de desempleo de un 35% al cierre del año 2.013. Si consideramos estos mismos datos en población activa sin discapacidad (primer trimestre de 2015) la tasa de empleo es de un 59,453% y la tasa de desempleo de un 23,78%. Este último dato es lo suficientemente ilustrativo de la situación de desempleo que existe en España como para entender que, con aquellos trabajadores que presentan dificultades añadidas, en este caso, por tener una discapacidad igual o superior al 33% (porcentaje que tiene en cuenta el INE para su estadística), se deban adoptar algunas medidas de discriminación positiva.

En el marco de la contratación pública, la fijación y cumplimiento de los criterios establecidos por el órgano de contratación, deben fijarse en función de parámetros objetivos que permita el cumplimiento de los principios generales en materia de contratación y además, debe proporcionar a éste, una ventaja económica (esta expresión no hace referencia, necesariamente a la cuestión puramente económica, sino que enlaza con ventajas que, transversalmente, se vinculen con el objeto del contrato y con los fines públicos perseguidos).

Sentado que las Directivas comunitarias contemplan la incorporación de criterios sociales, con mayor o menor intensidad, dependiendo de la fase de contratación en la que nos encontremos, el derecho interno lo incorpora en el artículo 150 TRLCSP. Éstos deben cumplir con las exigencias anteriormente citadas, lo que es difícil en muchas ocasiones, ya que políticas activas de empleo vinculadas con dichos criterios no terminan de guardar esa debida correspondencia, de ahí, que algunos órganos consultivos planteen dudas al respecto²⁵.

La STJCE de 26.09.2000, Asunto C-225/98, Comisión – Francia, estima que sí es posible su incorporación, siempre que figure expresamente en el anuncio de licitación y se respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario, y en especial, el principio de no discriminación vinculado con el principio de libre establecimiento y libre prestación de servicios.

24 Pérez Ramos, Alfredo. La Regulación de las cláusulas sociales en los contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Página 470.

25 Informe 16/2010 de 1 diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Donde mejor acogida han tenido las cláusulas sociales es en fase de ejecución del contrato. Puesto que los Pliegos tienen carácter contractual, el adjudicatario se vincula a su cumplimiento, de manera que no puede limitar o rechazar su alcance al presentar sus proposiciones, considerándose que, en caso de que su oferta no se ajuste a dicho requerimiento, debe ser rechazada.

La limitación al establecimiento de dichos criterios sociales en fase de ejecución, es el respeto al principio de no discriminación, circunstancia que sólo podrá ser apreciada atendiendo al caso concreto. Establecer la necesidad de contratar a determinado número de trabajadores desempleados, no es en sí misma, una cláusula discriminatoria; lo es, si la exigencia se circunscribe a que los trabajadores lo sean de una determinada localidad, nacionalidad o edad.

Este tipo de cláusulas encajan mejor en los contratos de obras y de servicios y con mayor dificultad en los contratos de suministros, donde en todo caso, se podrán establecer criterios vinculados con la sostenibilidad medioambiental.

No tendría sentido establecer en los Pliegos la obligación de que el adjudicatario cumpla determinadas condiciones de carácter social si el incumplimiento no va acompañado de una sanción. El artículo 118.2 TRLCSP establece varias posibilidades sancionadoras: 1) considerar que el incumplimiento lo es de una condición especial de ejecución, en cuyo caso se impone una penalidad de carácter económico, proporcional a la gravedad del incumplimiento y no superior al 10% del presupuesto del contrato (artículo 212.1 TRLCSP), 2) considerar que se produce el incumplimiento de una obligación contractual esencial, en cuyo caso se produce la resolución del contrato (artículo 223.f TRLCSP) o bien 3) ser causa de prohibición para contratar, si en la documentación contractual se definió el incumplimiento de una condición especial de ejecución como una infracción grave (artículo 60.2 e) TRLCSP)²⁶.

26 Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad (DOCV núm. 4907 de 21.12.2004). El artículo 2 establece que los órganos de contratación establecerán en los Pliegos la obligación de incluir, como causa de resolución, el incumplimiento, por el contratista, de la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, el 2% de trabajadores con discapacidad si la empresa tiene 50 o más trabajadores, siempre que esté obligado a ello.

Decreto 84/2006, de 20 de junio, del Gobierno de Canarias, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral. Artículo 6. “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en los contratos que se formalicen con las empresas que hayan resultado adjudicatarias en virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, se hará constar la condición de mantener la vigencia del porcentaje de contratos de trabajadores fijos discapacitados durante el tiempo que dure la ejecución de la prestación objeto del contrato adjudicado, o, en su caso, durante el plazo de garantía si la ejecución no se realizara en tracto sucesivo. El incumplimiento de tal condición será causa de resolución del contrato adjudicado, debiendo constar en el mismo como tal causa de resolución”.

En las políticas activas de empleo, no sólo el fomento del mismo es una posibilidad que puede preverse en la contratación administrativa, sino que, vinculado al empleo, podemos encontrar otras fórmulas de políticas activas de empleo, como la contratación a determinados colectivos desfavorecidos a quienes se les pueden reservar contratos de trabajo. Algunas Comunidades Autónomas regulan, en fase de ejecución de contratos administrativos, la posibilidad de que el órgano de contratación prevea la contratación de determinados colectivos de trabajadores con dificultades de inserción en el mercado laboral. Entre estos colectivos se pueden encontrar las personas con discapacidad y los parados de larga duración; igualmente, se pueden contemplar otras medidas al realizar la prestación, que tiendan igualmente al fomento del empleo, como la organización de acciones formativas para jóvenes o desempleados o la adopción de medidas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres²⁷.

Otra posibilidad de diseñar políticas vinculadas con el fomento del empleo de personas con discapacidad y otros colectivos en exclusión social, se encuentra en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, del TRLCSP que establece la preferencia en la adjudicación de contratos para aquellas empresas que, en el momento de su participación, acrediten disponer de un número de trabajadores discapacitados superior al 2%, siempre que las mismas iguales a las de otros licitadores. Si aún así la situación de igualdad persistiera, el elemento a considerar será la naturaleza jurídica de los contratos de trabajo ya que tendrá preferencia en la adjudicación la empresa que acredite tener un mayor número de trabajadores fijos en la plantilla. Tal y como está configurado en la norma, se trata de una posibilidad (“podrán”) y no de una imposición. A pesar de ello y como decimos, algunas Comunidades Autónomas sí que han legislado sobre la materia convirtiendo la potestad en una obligación.

Si bien el supuesto anterior contempla la posibilidad de adjudicar el contrato a una empresa que cumpla el requisito citado, independientemente de cuál sea su forma jurídica, el apartado 3 de la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, prevé la posibilidad de que la preferencia en la adjudicación, siempre que estemos ante situaciones de igualdad de proposiciones, recaiga en las empresas de inserción (en este caso, se exige una tipología específica de la entidad licitadora).

La Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio de contratos públicos, establece en su artículo 49, la obligación de incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, la contratación de un número mayor de trabajadores discapacitados al legalmente establecido. El incumplimiento de la obligación faculta al órgano de contratación a imponer una penalidad equivalente al 20% del precio del contrato o a resolver el mismo por incumplimiento culpable con la consiguiente inhabilitación para licitar por un período de dos años a cualquier contrato que esté sujeto a dicha normativa. En general, se permite la incorporación de cláusulas sociales en la ejecución de contratos, siempre que figuren de manera pormenorizada (artículo 187).

27 Decreto 84/2006, de 20 de junio por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, del Gobierno de Canarias.

Una variación con respecto al criterio de preferencia en la adjudicación, se contiene en la Disposición Adicional Quinta del mismo texto legal, que establece la posibilidad de reservar a los Centros Especiales de Empleo determinados contratos, siempre que al menos dispongan de un 70% de trabajadores con discapacidad o de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido. La exigencia formal es que debe constar expresamente en el anuncio de licitación²⁸

Como vemos, estas medidas están en consonancia con las previsiones contenidas en el artículo 35 del Real Decreto 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión social, que reconoce el derecho al trabajo de este colectivo, y más en particular con su artículo 37, que fija como política de empleo, la necesidad de incrementar su tasa de actividad, ocupación e inserción laboral, para lo cual, las Administraciones Públicas deben fomentar sus oportunidades de empleo y promoción profesional.

b. La Perspectiva de Género en la Contratación Pública

De las distintas fases que integran el proceso de licitación, la primera es la fase de admisión, donde todo potencial interesado al presentar su oferta, debe acreditar su solvencia de la forma que conste en los Pliegos. Una manera de aproximarse a la cuestión que se aborda, es la relativa a la experiencia del operador económico en contratos similares o idénticos al que es objeto de licitación, así como la experiencia concreta del personal a adscribir a su ejecución.

Con todo, no se puede exigir que la empresa acredite esta solvencia desde la perspectiva de género, puesto que una cosa es que las políticas de género tengan importancia

28 Algunas Comunidades Autónomas, a través de sus Leyes de Presupuestos Generales, establecen un porcentaje de reserva obligatoria. Así, la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, en su artículo 9, establece una reserva del 6% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario anterior para los Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro y Centros de Inserción Sociolaboral cuando la mayoría de sus trabajadores son personas con discapacidad o en situación de exclusión social, cuando por la índole o la gravedad de sus deficiencias o carencias no puedan desarrollar una actividad profesional en condiciones normales.

La Ley de Presupuestos Generales de Aragón, para el ejercicio 2015, establece en su Disposición Adicional Vigésimonovena, como porcentaje de reserva el 2% y el 6% según se refiera, respectivamente, a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, atendiendo a la obligación prevista en el artículo 7 de la Ley 3/2011 de 24 de febrero de Medidas en materia de Contratos Públicos.

Un Centro Especial de Empleo es una empresa cuyo objetivo es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad, la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo. El Centro de Inserción Sociolaboral tiene por objetivo diseñar itinerarios de acompañamiento para facilitar la incorporación al mercado laboral de personas en situación de exclusión social. Ambas tipologías de Centros, han de contar con la preceptiva autorización de la administración pública competente.

y se integren con carácter transversal y otra, es excluir a potenciales interesados en participar en un contrato, ya que se conculcarían algunos de los principios básicos en materia de contratación, como el principio de igualdad, no discriminación, libre concurrencia o participación. Por tanto, es ciertamente compleja la admisión en esta fase. Sin embargo, siendo difícil su integración, hay alguna experiencia a nivel autonómico, como la prevista en la Ley 4/2005, de 18 de febrero para la Igualdad de mujeres y hombres, del Gobierno Vasco, que contempla en su artículo 20.2, como criterio de valoración de la capacidad técnica del licitador, la incorporación de criterios que tengan en cuenta la trayectoria de los licitadores en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres.

Más fácil es su integración como requisito de adjudicación, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 150 del TRLCSP que, entre otras, incluye las cuestiones relacionadas con la igualdad de género, siempre que estén “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

La admisión de dichos criterios se rigen por la triple exigencia de cumplimiento de los siguiente requisitos: a) Que estén establecidas en el Pliego de condiciones del contrato o en el anuncio de licitación, lo que afecta a publicidad y transparencia b) Que estén relacionadas con la prestación a ejecutar, por lo que, en todo caso, debe guardar relación con la plantilla que va a prestar el servicio y c) Que se respeten los principios del Derecho comunitario de la contratación pública.

Bajo esta perspectiva, la Directiva 2014/24, en su Considerando 98 incide, en mayor medida que la precedente Directiva, en establecer como criterio de adjudicación, la incorporación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo. Trasladado al artículo 67, nos encontramos con las mismas limitaciones y requisitos que ya se contemplaban en la Directiva 2004/28: a) el órgano de contratación no dispone de una libertad ilimitada, de manera que deben permitir una competencia efectiva b) se debe comprobar la exactitud de la información c) deben estar vinculados con el objeto del contrato y d) constar expresamente en el anuncio de licitación o en los Pliegos.

Al mismo tiempo, se pueden establecer como condiciones especiales de ejecución, según la previsión del artículo 118 del TRLCSP, con el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral. El mismo precepto recoge las penalidades o sanciones a imponer en caso de incumplimiento, que son las mismas que ya comentamos en el apartado anterior cuando abordamos las medidas de política social vinculadas con las personas discapacitadas, a saber, la imposición de sanciones económicas, resolución del contrato administrativo o en caso de que se califique el incumplimiento como grave, incurrir en una causa de prohibición de contratar.

Estas políticas tienen su amparo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que obliga a los poderes públicos – bajo el mandato del artículo 14 de la CE – a adoptar medidas específicas para las mujeres a fin de corregir situaciones de desigualdad respecto de los hombres. El artículo 33 de la citada norma, establece la posibilidad de que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas establezcan condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del mercado de trabajo.

La perspectiva de género no tiene que venir definida como objetivo principal del contrato; eso formará parte, realmente, de la definición de lo que se pretende conseguir con el mismo. Se hace referencia más bien, a la integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como un objetivo indirecto o transversal a conseguir con la contratación de que se trate.

Algunas Comunidades Autónomas han incorporado en su normativa la previsión de introducir cláusulas o criterios vinculados con la igualdad efectiva. Así, la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, prevé en su artículo 49.1 la previsión de que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incorporen medidas de promoción de la igualdad de sexos. La Ley 4/2005, de 18 de febrero para la Igualdad de mujeres y hombres, del Gobierno Vasco, contempla en su artículo 20.2, la necesidad de incluir como criterio de adjudicación, uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada²⁹.

A diferencia de lo previsto con respecto a trabajadores con discapacidad, este tipo de medidas vinculadas con la igualdad de género, no tienen cabida en los supuestos de preferencia en la adjudicación ante igualdad de proposiciones prevista en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP. Sin embargo se contempla en las licitaciones pertenecientes a órganos de contratación de la Administración General del Estado, en el artículo 34 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que prevé la posibilidad de que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporen la preferencia en la adjudicación de contratos a las proposiciones presentadas por empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, incluyan condiciones de ejecución que promuevan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, siempre que igualen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven para la adjudicación.

29 Ley 1/2003, de 3 marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León, artículo 14.6: “Se incluirá en los baremos de los concursos de contratación que realice la Administración Autonómica con empresas para la ejecución de servicios públicos, la realización de buenas prácticas en materia de género por parte de las mismas”. En idénticos términos, la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Navarra (artículo 1.2 e).

Algunas normas autonómicas también regulan esta posibilidad. Así la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, en su artículo 38, dándole mayor extensión ya que se trata de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar³⁰.

Como condición especial de ejecución, las Comunidades Autónomas lo regulan, fundamentalmente, en la normativa sectorial específica en materia de igualdad. Así, entre otras, la ya citada Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, en su artículo 38, establece la posibilidad de incluir cláusulas relacionadas con la empleabilidad de las mujeres, respetando la legislación vigente y el acervo comunitario. Contiene, igualmente, la previsión de que anualmente, se establecerán los contratos que, obligatoriamente, deben incluir como condiciones especiales de ejecución, las medidas de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

Los órganos de contratación de la Junta de Andalucía, pueden establecer igualmente, condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebren, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, siempre dentro del marco proporcionado por la normativa vigente. De la misma manera, se recoge un criterio de preferencia en la adjudicación, en caso de igualdad de proposiciones, siempre que, en este caso, las empresas acrediten en fase de solvencia, disponer de la marca de excelencia o desarrollar medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, exigiendo que las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan su efectividad³¹.

30 La Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, de la Generalitat Valenciana, establece, en su artículo 46.1, que en caso de empate, entre dos o más empresas, la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos, será para aquellos licitadores que en el momento de acreditar su solvencia técnica, presenten un Plan de Igualdad, previamente aprobado por cualquier administración pública u órgano competente, siempre que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación. Igualmente, el órgano de contratación podrá acordar otros criterios adicionales de desempate de las empresas, incluida su prelación; en todo caso, habrá de constar en el anuncio de licitación. En términos similares se pronuncia la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, de las Islas Baleares, en su artículo 65, que recoge la preferencia de adjudicación para empresas que dispongan de un Plan de Igualdad, incorporando además, la posibilidad de incluir otras medidas para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres durante el desarrollo de la prestación, siempre que se incluya en el anuncio de licitación.

31 Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía (artículo 12). Idéntica redacción a la anterior, se recoge en la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de igualdad entre mujeres y hombres, en su artículo 13, precisando que ha de ser la Marca de Excelencia Canaria de Igualdad. En los mismos términos, la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, en su artículo 30, si bien matiza que las condiciones especiales de ejecución vinculadas con la igualdad de género, atenderán a la naturaleza del contrato y sector de actividad en el que se genere la prestación. Igualmente, el artículo 11 de la Ley 2/2007, de 28

Observamos que en todas las normas citadas, hay siempre dos requisitos que se deben de cumplir: a) el respeto a la normativa vigente, ya sea comunitaria o interna en materia de contratación pública y b) el respeto al principio de publicidad, mediante la información que, necesariamente, ha de figurar en el anuncio o documentación complementaria.

4. El Modelo Europeo de Descentralización Productiva

4.1. Cuestiones Generales

En el Considerando Primero de la Directiva 2004/18/CE se atiende, entre otras, a la necesidad de los distintos operadores jurídicos, ya sean entes del sector público u operadores económicos, de simplificar y modernizar los procedimientos vinculados con la contratación administrativa, recogiendo las cuestiones que figuran en el Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1.996. La evolución que experimenta la contratación pública, desde la aprobación de la citada Directiva hasta su derogación, con la entrada en vigor de la Directiva 2014/ 24/UE es especialmente significativa, hasta el punto que en este período de tiempo, las empresas han encontrado en el sector público y especialmente, en la Administración Pública, uno de sus mejores clientes.

A pesar de ello, el Considerando Quinto de la Directiva 2014/24/UE en contraste con la Directiva anterior, establece la plena libertad de que disponen los Estados miembros para la prestación de servicios, de manera que no existe ninguna norma comunitaria que imponga la descentralización de servicios³². De esta manera, cada Estado miembro puede determinar, no sólo qué servicios no va a descentralizar por afectar a cuestiones que entiende no lo serán en ningún caso, bien por afectar a cuestiones de seguridad nacional o por afectar a cuestiones indelegables (por ejemplo, todas aquellas que supongan ejercicio de una autoridad) sino también, si siendo susceptibles de externalizar, decide gestionarlo con sus propios medios³³.

de marzo de Igualdad de las mujeres en Galicia, si bien incluye un matiz significativo con respecto al elemento de publicidad y es que la ausencia de dicha advertencia (la preferencia en la adjudicación en caso de igualdad de proposiciones) en los pliegos, no priva del derecho a la preferencia en la adjudicación, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrirse. En el caso de Navarra, las medidas de promoción de igualdad de sexos, se contiene en la normativa específica en materia de contratación, en concreto, en el artículo 49 de la Ley 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos.

32 Considerando Quinto de la Directiva 2014/24/UE: “Debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva. Ha de quedar excluida la prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas, o contratos de trabajo. En algunos Estados miembros, puede ser el caso, por ejemplo, de determinados servicios administrativos y estatales, como los servicios ejecutivos y legislativos, o la prestación de determinados servicios a la comunidad, como los servicios de asuntos exteriores o de justicia, o los servicios obligatorios de la seguridad social”.

33 Considerando Sexto de la Directiva 2014/24/UE. “Conviene recordar asimismo que la presente Directiva no ha de afectar a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros. Tampoco debe

A pesar de las consideraciones anteriormente expuestas, es lo cierto que la pretensión máxima de la norma es abrir el mercado comunitario a todos los potenciales operadores económicos, de manera que los principios en materia de contratación administrativa y las libertades que se derivan de ellos, adquieren una especial significación. El ideal de dichos principios es la promoción de la participación y concurrencia de las empresas para que se genere el máximo de competencia, contribuyendo a la sostenibilidad económica en el ámbito de la contratación pública.

Por exigencias europeas y en un contexto de crisis global, España se vio en la necesidad de modificar el artículo 135 de su Constitución, en virtud del cual, todas las Administraciones Públicas han de adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

La conjunción de ambos principios – la estabilidad presupuestaria y la libre concurrencia en el marco de las licitaciones públicas – da como resultado una política de control del gasto público en la prestación de servicios que, en ocasiones, no encaja ni con la necesaria calidad de los servicios ni con las necesidades de los ciudadanos; ni que decir tiene la clara influencia que el factor económico tiene en el ámbito de las relaciones laborales.

Precisamente por la importancia que para las empresas tiene contratar con las Administraciones Públicas - por cuota de mercado, estrategia empresarial y posicionamiento - es por lo que la Directiva 2014/24/UE da mayor protagonismo a las PYMES, al entender que, en general, son las pequeñas y medianas empresas las generadoras de empleo, con el efecto derivado de ello - reducción en prestaciones, subsidios u otro tipo de ayudas públicas a desempleados; al mismo tiempo y de forma paralela, las políticas sociales se integran en el ámbito de la contratación administrativa de manera transversal, convirtiéndose a los órganos de contratación en una suerte de “empresa con responsabilidad social corporativa”.

A este respecto, la Directiva 2004/18/CE (Considerando Quince) reguló por vez primera los acuerdos marcos como una modalidad de contratación de obras, suministros o servicios con el objetivo de, mediante la centralización de distintos operadores económicos, buscar la máxima rentabilidad, ya que de esta manera, dado el volumen de la contratación, se obtiene una gran competencia. Esta técnica, que ha sido ampliamente utilizada por los Estados miembros, ha terminado distorsionando en parte el mercado,

tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios.

Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

ya que ha propiciado un mejor posicionamiento de las grandes empresas en detrimento de las más pequeñas. Ante esta circunstancia, la Directiva 2014/24 da un pequeño giro e introduce unos factores de corrección para permitir el acceso de las PYMES, indicando expresamente que “no se debe acudir a los acuerdos marcos de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”³⁴

En un contexto de crisis y de necesaria reactivación de la economía, la creación de pequeñas y medianas empresas o la creación de autoempleo, se concibe como una oportunidad que puede aprovecharse de las ventajas de la contratación pública. Una posibilidad que contempla la normativa en materia de contratación pública, es la división del objeto del servicio en Lotes, permitiendo el reparto de una misma actividad a distintos operadores jurídicos, de manera que los Pliegos pueden prever que cada empresa sólo pueda presentarse a un número determinado de Lotes.

Hasta la Directiva 2004/18/CE no se contemplaban objetivos de política social en el procedimiento de adjudicación de un contrato. Su efecto vinculante, al ser traspuesta al ordenamiento de cada Estado miembro, obliga a éstos a repensar el efecto positivo y en ocasiones, de discriminación positiva, que dichas políticas tienen en el ámbito de la contratación pública. Idéntico protagonismo se alcanza con la Directiva 2014/24 donde estas medidas de política social se encuentran, como hemos visto, a lo largo de las distintas fases del procedimiento de contratación³⁵.

“La Administración pública puede convertirse en un modelo y referencia a seguir, por lo que debe impregnarse de este modelo de actuación también a nivel interno, propiciando que los criterios éticos de transparencia y buen gobierno sean visibles para el resto de la sociedad”³⁶

4.2. *La Especificidad de los Contratos de Servicios a las Personas*

Los principios que se recogen en el Tratado Fundacional de la Unión Europea se trasladan al ámbito de la contratación pública para promover la mayor participación de

34 Considerando Sesenta de la Directiva 2014/14/UE.

35 Un ejemplo de estas prácticas se encuentra en la Ley 15/2010 de 9 de diciembre de responsabilidad social empresarial en Extremadura, donde en su artículo 3, define las empresas socialmente responsables, como “aquellas que han integrado voluntariamente en su gobierno y gestión, en su estrategia, y en sus políticas y procedimientos, los valores y códigos éticos de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparente con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones”. Los destinatarios de estas medidas, entre otros, son los poderes públicos y las Administraciones de su ámbito territorial, en tanto órganos de contratación.

36 Informe “La responsabilidad social de las PYMES en Aragón. Una década de impulso de la Responsabilidad Social de la Empresa”. Noviembre 2012. Página 58

las empresas en los procedimientos de contratación pública. Frente a esta regla general, se introduce como excepción en la Directiva 2014/24/UE la relativa a los servicios a las personas, denominación que hace referencia a aquellos que afectan a aspectos educativos, sanitarios o sociales. La exclusión de estos servicios – siempre que su valor estimado sea inferior a 750.000 euros³⁷- se recoge en el Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública, elaborado por la Comisión el 27 de junio de 2011, al considerar que determinados servicios están muy vinculados a aspectos culturales de cada Estado miembro, por lo que no gozan de especial interés más allá de las empresas o entidades del país en cuestión.

La consolidación de esta situación excepcional se produce, también, en el concreto operador económico que va a llevar a cabo la prestación. Así, se da especial protagonismo a “organizaciones que son propiedad de su personal, o en las que el personal participe activamente en la dirección y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales”. Claramente, la Directiva está haciendo referencia a asociaciones sin ánimo de lucro, fundaciones, cooperativas de diversa índole (sanitarias, de enseñanza, de trabajo asociado) y que pueden gestionar actuaciones vinculadas con la sanidad, la educación, la formación, la cultura o los servicios sociales³⁸

Este planteamiento, no es sino, finalmente, el resultado de todo un proceso. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) regulaba en su artículo 196 los contratos de consultoría y asistencia técnica y los de servicios. Cuando el contrato se definía como de servicios, al amparo de lo previsto en el artículo 196.3 del TRLCAP, los licitadores debían acreditar, en materia de solvencia económica y financiera y técnica y profesional, la correspondiente clasificación administrativa, cuando el contrato tenía un presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros, salvo algunas excepciones³⁹.

Esto significaba, que las entidades o empresas que querían concurrir a contratos de servicios y que superaran el presupuesto antes citado, debían disponer de la correspondiente clasificación administrativa en el grupo/subgrupo correspondiente al ámbito de su actividad. Posteriormente, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, cambió de criterio y consideró que este tipo de actividades se incardinaban en los contratos de

37 Artículo 4 d) de la Directiva 2014/24/UE, relativo a los importes de los umbrales.

38 Considerando 118 de la Directiva 2014/24/UE

39 Según el artículo 25 del TRLCAP, quedaban exceptuados del requisito de la clasificación, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 6 (servicios de seguros, bancarios y de inversiones) y 21 (servicios jurídicos) del artículo 206, los comprendidos en la categoría 26 (esparcimiento, culturales y deportivos) del mismo artículo, así como los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

consultoría y asistencia técnica, de manera que ya no se exigía la clasificación administrativa, sino que la acreditación de solvencia debía realizarse a través de los mecanismos previstos en los artículos 16 y 19 del TRLCAP.

La trasposición de la Directiva 2004/18/CE al ordenamiento interno, como ya se apuntó, se produce con la LCSP, recogiendo en su artículo 54 que, cuando se quiera contratar con las Administraciones Públicas mediante la modalidad de contratos de servicios, será necesario disponer de la correspondiente clasificación administrativa cuando el presupuesto del contrato exceda de 120.000 euros⁴⁰. Los servicios sociales y de salud, que se citan en la Categoría 25 del citado Anexo II, sí exigirían la correspondiente clasificación administrativa. Por otro lado, la Disposición Transitoria Quinta de la LCSP, mantiene la vigencia del apartado primero, párrafo primero del artículo 25 del TRLCAP en tanto se definan los grupos, subgrupos y categorías en los que se exigiría la clasificación previa. Con la aprobación del TRLCSP, esta cuestión se encuentra regulada en su artículo 65.1, así como en la Disposición Transitoria Cuarta, respectivamente.

El contrato de consultoría y asistencia técnica, al no contemplarse en la Directiva 2014/24, desaparece de nuestro ordenamiento jurídico. El marco normativo anteriormente expuesto, generó confusión e inseguridad jurídica a aquellos operadores económicos que, habiendo contratado previamente con la Administración mediante la modalidad de contratos de consultoría y asistencia técnica y por tanto, sin que les fuera exigible la clasificación administrativa para acreditar su solvencia, se veían expuestos a un panorama desalentador, puesto que a priori, parecería que no podrían concurrir a licitaciones en el marco de contratos de servicios definidos como servicios sociales.

La Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de su Comisión Permanente, dictó Informe 37/08, de fecha 25 de abril, a fin de aclarar las dudas que se habían suscitado en relación con la fecha a partir de la cual se consideraban vigentes las normas relativas a clasificación en las empresas contratistas, concluyendo que dicha fecha sería la establecida en la Disposición Transitoria Quinta de la LCSP; remisión que hay que hacer actualmente, a la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP⁴¹.

40 Se exceptúa la necesidad de clasificación, cuando el contrato de servicios se encuadre en las categorías 6 (servicios financieros, seguros, bancarios y de inversión), 8 (servicios de investigación y desarrollo), 21 (servicios jurídicos), 26 (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) y 27 (otros servicios) del Anexo II.

41 En la misma línea, otras Juntas Consultivas. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, dictó Acuerdo 1/2008 de 20 de junio, relativo al régimen transitorio aplicable a la clasificación empresarial recogido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público. Igualmente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Balear, dictó Acuerdo 1/2008, de 30 de julio.

Siguiendo con la evolución que ha experimentado el contrato de servicios cuando el objeto de la prestación está vinculado a las personas, hay que hacer referencia a la Ley 25/2013, de 27 de diciembre de Impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público, que modifica el artículo 65 del TRLCSP, que establece la no exigencia de clasificación para los contratos de servicios y modifica los artículos 75 a 78 relativos a los criterios de solvencia (no obstante, estas normas aún no están vigentes en tanto se dicten las normas reglamentarias de desarrollo). La Disposición Transitoria Cuarta recoge como norma general que “no obstante lo anterior, no será exigible la clasificación (...) en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros”.

Por tanto, de los antecedentes expuestos, los contratos de “servicios a las personas”, sin perjuicio de la trasposición que hay que realizar de la Directiva 2014/24, recoge la misma línea de evolución, no precisando las empresas licitadoras, de clasificación administrativa para acreditar su solvencia.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se constata la inquietud de la Unión Europea por incorporar al ámbito de la contratación pública, criterios o cláusulas sociales vinculadas con la promoción en el empleo y la incorporación de medidas orientadas a la igualdad de género. El antecedente de esta reflexión se encuentra en la importancia que tienen los principios generales en materia de contratación, así como las libertades de las que éstos derivan y que no sólo inspiran la normativa, sino que se recogen de manera expresa, en el articulado de las diversas Directivas que regulan la materia.

La aplicación práctica de dichos principios, comporta elevar el nivel de exigencia a los órganos de contratación, de manera que ésta esté presidida por dichos principios, haciendo efectivo el acceso de cualquier operador económico a la contratación pública, sin establecer limitaciones o impedimentos innecesarios que actuarían en contra de los intereses públicos, ya que la limitación de la concurrencia, limitaría la competitividad, favorecería a determinados operadores económicos – los potencialmente más importantes o influyentes - y, en definitiva, terminaría afectando a la libertad de establecimiento, libre mercado y concurrencia, al permitir que sólo los mejor posicionados accedieran a trabajar con el sector público.

Ante un contexto de crisis, las empresas han tenido que redirigir sus estrategias de implantación y ventas hacia el sector público, de manera que, a pesar de las dificultades que en ocasiones se han encontrado para que éste cumpla puntualmente con sus obligaciones, especialmente las relativas al pago puntual de la contraprestación – de ahí las diversas normas que han reducido los tiempos de pago y los intereses que se han de devengar por el retraso – sigue siendo un importante cliente.

Lo anterior marca, necesariamente, un modelo de descentralización productiva a nivel comunitario, vinculado a la contratación pública, donde se incorporan criterios sociales, que, aún cuando son de carácter voluntario para el órgano de contratación, la tendencia es a incorporarlo como una exigencia en los Pliegos de licitación. Sería deseable que no sólo se previera en fase de ejecución del contrato, lo que vincula exclusivamente al adjudicatario, sino que se vaya incorporando como criterio de solvencia y como criterio de adjudicación, lo que permitirá su exigencia a todos los operadores que presenten propuestas – en el primer caso – y a la necesidad de diseñar políticas empresariales orientada a fines sociales – en el segundo.

La práctica ha demostrado que algunos de estos criterios, incluidos como preferencia en caso de igualdad de proposiciones, no ha tenido el alcance previsto, ya que se parte del hecho cierto de que hay que estar en una posición de igualdad, lo que se antoja difícil, si tenemos en cuenta que puede haber una pluralidad de criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa; en todo caso, podría darse con más facilidad si el único criterio a valorar fuera el precio, pero también aquí, debe darse la coincidencia en su formulación.

Atender a los colectivos más necesitados de protección no debe dejarse, exclusivamente, en manos del poder público en el contexto de ayudas, subvenciones, programas específicos de formación y empleo, sino que debe trasladarse al ámbito de la empresa la necesidad de que revierta una parte de su cuota de beneficio a la sociedad en su conjunto. En la medida que las empresas se benefician de un mercado o consiguen un posicionamiento al contratar con la Administración Pública, deben devolver a los colectivos con más dificultades de empleabilidad parte de lo que obtienen.

En un principio se podría considerar que estas políticas transversales, vinculadas a la contratación pública, pueden resultar para las empresas una carga económica excesiva, pero estaríamos, en todo caso, ante políticas de discriminación positiva al ser necesario instrumentalizar mecanismos que favorezcan la integración de aquellos que no se encuentran en igualdad de condiciones que otros. Por eso, no podemos sino elogiar el esfuerzo y el compromiso de algunas Administraciones por aprobar normas, Instrucciones, Guías o Protocolos dirigidos a los órganos de contratación de su ámbito de actuación, con el objetivo de que se incorporen cláusulas sociales en los Pliegos de licitación, siempre que se respeten los principios recogidos en la normativa comunitaria.

En esta tarea todos ganamos. Las empresas contribuyen a un objetivo social de integración; los poderes públicos reducen sus costes al disminuir los apoyos económicos que deben destinar a estos colectivos; la sociedad, en su conjunto, aún el compromiso de las empresas con las necesidades del sector público y de los colectivos que más lo precisan, de manera que se hace presente la solidaridad y la corresponsabilidad.

Por eso, la Directiva 2014/24/UE incide en mayor manera, que su antecesora, sobre las cuestiones abordadas.

6. Referencias

Libros

1. Pernas García, J. José (Director). *Contratación Pública Estratégica*. Colaboran: Carlos Amoedo Souto, Carlos Aymerich Cano, Gonzalo Barrio García, Miguel Ángel Bernal Blay, Alma Patricia Domínguez Alonso, José María Gimeno Feliú, Antonio López Miño, Teresa Medina Arnáiz, José Antonio Moreno Molina, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Patricia Valcárcel Fernández. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición 2013.
2. Ramos Pérez-Olivares, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011. La Ley*. Grupo Wolters Kluwer. 1ª edición. Mayo 2012
3. Rastrollo Suárez, Juan José. *Contratos Públicos. Adaptación del Derecho Español a la normativa comunitaria*. Editorial Jurúa. 2010.
4. Rodríguez Escanciano, Susana. *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*. Instituto Andaluz de Administración Pública (Consejería de Justicia y Administración Pública). Premios Blas Infante 2008. Sevilla 2009.

Artículos

1. Moreno Molina, José Antonio. *Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público*. Revista Jurídica de Navarra. Enero-Junio 2008, nº 45. Páginas 45-73.
2. Cortell Giner, Robert P. y Martín Nájera, Santiago A. *Fundación Fiasep. Auditoría para la transparencia en el sector público. Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*. Documento nº 5. Comisión Técnica de Auditoría Pública. Serie Documentos.

VERSIÓN CON DATOS PERSONALES GUARDADOR DE HECHO Y EL INTERÉS DEL MENOR: EL ALLEGADO¹

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad. Derecho Civil. UCM.

Resumen

Ante el incumplimiento por los padres de sus deberes de protección, cuyo origen se encuentra en las obligaciones paternofiliales, los allegados, como guardadores de hecho pueden suplir esa falta y evitar la declaración de desamparo de los menores en base a la primacía del interés del menor. El Estado deberá otorgar, en base al mandato constitucional de protección del menor y de la familia, suficientes medidas de control y seguimiento de los guardadores de hecho.

Palabras clave

Guardador de hecho; Allegado; Interés del menor.

Abstract

At the failure of the parents of their duty to protect, which originates in parent obligations, friends, as keepers can actually meet this lack and avoid the declaration of abandonment of children based on the primacy the interest of the child. The State must based on the constitutional mandate of child protection and family provide sufficient control measures and follow-up of the guardians of fact.

Key words

Guardador of fact; Friends; The interest of the child.

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Prf^a. Dra. Dña. Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», a cuyos equipos de investigación pertenezco.

1. Introducción: Marco Legal de la Figura

Nuestra Constitución, en su art. 39,1º, señala que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia. Precepto que puede interpretarse en el sentido de que la obligación principal de los poderes públicos es facilitar a la familia como grupo en el que se integra el individuo, las condiciones necesarias para que pueda desempeñar esa función asistencial respecto de los menores, y en ningún caso suplantar a la familia en ese cometido, salvo cuando la familia no pueda asumirlo.

Por otro lado, en su apartado 4º, se señala que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Precepto a través del cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por vía de los Tratados Internacionales y Leyes europeas *el principio general de derecho del interés superior del menor*.²

La guarda de hecho se encuentra regulada en el Código Civil, en los arts. 303, 304 y 306.³ El primero de ellos se limita únicamente a establecer los límites y controles que la autoridad judicial *podrá requerir* de la situación de la persona y de los bienes del menor, a fin de acordar las medidas de control y vigilancia que considere convenientes para la protección del menor. No obstante, el *proyecto de ley*, ahora en el Senado, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, modifica el citado artículo,⁴ pudiendo

2 Se encuentra en este momento en el Senado, (con fecha de entrada de 5 de junio), el *proyecto de Ley Orgánica Proyecto de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* que modifica el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definiendo desde un contenido triple el principio del interés superior del menor “*Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.*”, tal y como se señala en su Exposición de Motivos.

3 Artículo 303 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela. Art. 303: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”.

4 En el siguiente sentido:

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.

haber insistido más en cuestiones novedosas tendentes a la resolución de problemas prácticos actuales sobre el contenido de la guarda, a nuestro juicio necesarias, y, sobre todo, poniendo de relieve entre los guardadores como figura a destacar la del allegado.

El primer texto en el que se mencionó este principio fue la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se formulan una serie de principios con el objetivo de reconocer al niño, quien por su falta de madurez física y mental, necesita una especial protección y cuidado incluyéndose una garantía legal efectiva. En él se hace referencia a la *necesidad de amor y comprensión en el menor para poder desarrollar su personalidad, siendo conveniente su crecimiento en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material*.

Posteriormente, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reafirma la necesidad de proporcionar cuidado y asistencia especial a los menores por razón de su vulnerabilidad, subrayando la responsabilidad primordial de la familia en su protección y asistencia. Texto adoptado por nuestro país y que así se convierte en garante de las relaciones familiares al ser compromiso de los Estados la preservación de la identidad, incluyéndose la nacionalidad, el nombre y las *relaciones familiares* (art. 8).

La Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, también consagra esa filosofía que tiene como objeto primordial la protección del interés del menor.

Tras la adhesión de España a este Tratado, y, la publicación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, (a partir de ahora la llamaremos LOPJM) nace la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, cuya Exposición de Motivos indica que “los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil” por lo que “los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna”. Texto en el que junto a los abuelos y a los parientes se introdujo la figura de los *allegados*.

Además, no hay que olvidar que dentro de la asistencia social, en donde se incluye la protección de los menores, las Comunidades Autónomas han asumido competencia, con

Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.»

arreglo al art. 148.1.20.^a CE, y algunas de ellas pueden regular estas materias en el ámbito de las instituciones de sus propios derechos civiles, forales o especiales, con arreglo al art. 149.1.8.^a de la Constitución.

2. El Interés Superior del Menor y su Protección como un Derecho Humano Emergente

Las demandas sociales fruto de la evolución continua del Derecho de Familia han originado el nacimiento de *nuevos derechos*, que nacen como respuesta a las amenazas a la dignidad de la persona o a su libertad, con la finalidad de hacer frente a las actuales necesidades humanas. En relación con el menor como sujeto especialmente vulnerable giran nuevos derechos⁵ pero nos interesa detenernos en el significado del *interés superior del menor* y su concreción social práctica en la guarda de hecho llevada a cabo por el allegado, por ser un ámbito novedoso fruto de la nueva dinámica familiar y socio cultural.⁶

Podemos considerar el interés del menor como un derecho humano emergente consecuencia de la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas y, en nuestro caso, por irrumpir tras haber permanecido “sumergido” en la indiferencia de los estados y del conjunto del sistema internacional (la dignidad del menor, el derecho a ser oído..). En nuestro caso, la protección del menor, en alguno de los aspectos tiene su origen en una nueva concepción de la familia nuclear, del círculo que rodea al menor y de la convivencia con personas que no son ni abuelos ni parientes, resultado de las reivindicaciones de la sociedad civil que aspira a un mundo más abierto (evolución hacia la custodia compartida, hijos de padres de un mismo sexo -unidos o casados- y allegados que conviven en un círculo similar al familiar con el menor).

3. La Adaptación de Nuestro Ordenamiento a este Nuevo Derecho del Siglo XXI (el Proyecto de Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia)

Los avances legislativos son necesarios porque el poder público es el encargado de introducir dentro de nuestro ordenamiento la normativa internacional, y esto es lo que

5 Piénsese en los siguientes *nuevos derechos*: La igualdad en los roles sociales de los padres (custodia compartida, derecho de visita, su concreción en el plan de parentalidad...); la igualdad entre los cónyuges (pensión compensatoria); la orientación sexual de los progenitores (matrimonio de los progenitores de un mismo sexo...); la contractualización en la reproducción (reproducción asistida, vientres de alquiler... inscripción del nacimiento de los hijos en el caso de su nacimiento fuera de España...).

6 “... debemos prestar tanta atención a los *nuevos derechos* como a aquellos que, reconocidos y consagrados hace ya tiempo, no encuentran aún grados de satisfacción aceptables. Nada impedirá, afortunadamente, que fantasiemos acerca de nuevos derechos”. SQUELLA, Agustín: “Nuevos derechos humanos en el siglo XXI. ¿Y qué fue de los derechos de los siglos anteriores?”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. núm. 5-2002 I.S.S.N.: 1138-9877.

ocurre con respecto de los derechos de los menores.⁷ No olvidemos, además, que el art. 39 CE, precepto incluido dentro de los principios rectores de la política social y económica menciona la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores.

A esto se une la futura normativa, como la contenida en el artículo 1 del aún *proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*,⁸ que introduce novedades en los artículos 11 y 12 de la LOPJM de 1996, y en el art. 303 del CC.⁹ En la modificación del artículo 11 se incluyen como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la supremacía de su interés superior; el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables; y, su integración familiar y social.

Por su parte, el nuevo artículo 12, referido a las actuaciones de protección, indica como principios generales que *“la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.*

En referencia a la guarda, señala que los poderes públicos velarán para que los guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.”

Seguidamente como medidas de control de seguimiento de la guarda a la que nos referiremos más tarde se afirma que *“en los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.”* Acogimiento que podrá ser equiparado a la guarda permanente que lleva a cabo el allegado.

Se incluye además otra medida de control a realizar por la entidad pública: la cual remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento familiar temporal durante un periodo

7 SQUELLA: “De todos los derechos y no únicamente de los derechos de autonomía –o de primera generación- y de los derechos de participación –o de segunda generación-, sino también de los derechos de promoción –o de tercera generación-, que son precisamente los que ahora ocupan nuestra atención. En otras palabras, un Estado de Derecho es el que asegura la efectividad de todos los derechos, incluidos los de carácter económico, social y cultural, ...”

8 Proyecto que también tuvo entrada en la Cámara del Senado el pasado 5/06/2015.

9 Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo. Referencia a la remisión al Ministerio Fiscal de la medida de control que puede aplicarse análogamente a la guarda, pero no en lo demás porque de por sí la guarda de hecho por naturaleza es una medida protectora estable.

Principios afirmados por las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010, y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

Una vez que se han alcanzado los nuevos derechos, y aun habiendo sido rápida su concreción, desarrollo y evolución, se perciben como derechos adquiridos, e identificativos del nuevo modelo social —de manera que nadie se plantea ni su extinción ni su retroceso— de forma que si no se actúa de acuerdo a la normativa, o ha habido algún fallo en las Altas Instituciones nos darán un varapalo en forma de recomendación.¹⁰ Y, ¿por qué se producen estas fisuras? Porque hay un desequilibrio cultural en la población muy evidente, de modo que en ciertos aspectos la existencia de estos nuevos derechos no está muy interiorizada y no se han convertido en un “elemento cultural” en todo el colectivo de ciudadanos. De ahí precisamente que la labor jurisprudencial sea más activa. La meta se halla en que cada una de estas vertientes o prismas de los nuevos derechos sea consustancial a nuestra sociedad de manera que no se entienda nuestro modelo social sin esos derechos.

4. La Guarda de Hecho de Menores

La guarda de hecho, institución que ya existía en la práctica social, fue introducida en el Código Civil en 1983, en el art. 303 (ahora en fase modificación por el proyecto indicado..) con la intención de regular jurídicamente a aquellas personas que cuidaban de otras, en nuestro estudio menores, pero sin ser necesario un nombramiento como tutor o curador. Ante el incumplimiento por los progenitores de sus deberes paternofiliales, personas cercanas al entorno del menor, como los abuelos, parientes, hermanos o allegados suplen esta falta aceptando voluntariamente el deber de protección de los mismos, primándose el interés del menor.

Pero antes de adentrarnos brevemente en nuestro estudio debemos partir de la aclaración, en líneas generales, de los conceptos de *desamparo*, *tutela* y *guarda de hecho*.

El menor que cuente con padres no podrá ser sometido a tutela salvo que se les prive de la patria potestad, o sea declarado en desamparo. *Desamparo* que es la situación que se

¹⁰ Como así ocurrió el 4 de Agosto de 2014 cuando salto la noticia de que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenó a España por no actuar de manera diligente en la protección de una víctima de violencia de género, y de su hija, de 7 años, asesinada por el padre en una visita sin supervisión.

produce como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes paternofiliales, esto es, cuando queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En ese caso la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores asumirá automáticamente la *tutela* con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos. Pero si existen personas que por sus relaciones con el menor u otras circunstancias puedan asumir la tutela en su beneficio se les nombrará tutores. No obstante como institución diferente se encuentra la *guarda de hecho*, y en ese caso el juez podrá establecer las medidas de control o vigilancia que considere oportuno sobre el menor.

La SAP de Valladolid de 1 de febrero de 2005 nos recuerda la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por el guardador de hecho que hubieren redundado en utilidad o beneficio del menor o presunto incapaz, que se recoge en el art. 304 CC. Y sobre todo, el alcance del término guarda de hecho, que “debe entenderse en un sentido amplio, pero en contraposición a los institutos tutelares - tutor, curador y defensor judicial-. No hay un curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay tan solo un guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares.”

Varias cuestiones deben tratarse en torno a esta Institución. Por un lado, indicar que la familia ha sido el principal apoyo de la estrategia de supervivencia durante la gran tormenta de la crisis económico-financiera que, por otro lado, ha originado también un riesgo: el del desbordamiento de la familia, el agotamiento emocional y el debilitamiento de los lazos familiares. La realidad social impone la distinción de situaciones de desprotección de muy diversa índole: meramente temporales, actitudes de inhibición por parte de padres, imposibilidad de ejercicio de los deberes de la guarda, etc, la cuales exigen un régimen jurídico distinto.

En general, los abuelos, guardadores de hecho, asumen funciones de protección respecto de menores de edad, pues tradicionalmente, hasta ahora han sido los baluartes de la asistencia moral y material de los menores necesitados de protección. Así ocurre en la SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2013, que confirma la guarda de hecho de los abuelos sobre la menor, insistiendo en que ésta no se halla desamparada ni física, ni moral ni materialmente ya que sus padres ante la imposibilidad de afrontarse al reto que supone la paternidad- maternidad, han solicitado el auxilio de los abuelos paternos, los que no solo lo desempeñan correctamente sino que además están dispuestos a seguir haciéndolo. La menor no se halla en desamparo, sino que nos encontramos con la figura del guardador de hecho cuyos controles se ejercerán en los términos del art. 303 CC por la autoridad judicial.

La cuestión del reconocimiento de la guarda de hecho no se había analizado en relación con el principio general de Derecho de nuestro ordenamiento jurídico del interés

superior del menor por dos razones diferentes: por un lado, por la naturaleza misma de la declaración de desamparo, existencia de dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales diferentes basadas en el origen del desamparo y si este existe cuando se cubre por un guardador de hecho, y, por otro lado, por razones subjetivas, esto es, desde la situación de los guardadores de hecho (que en el caso de los abuelos, parientes, allegados puede, o no, estar superado) y que evidenciaban la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores objeto de su asistencia. No hay que olvidar que, hasta ahora, los guardadores no tenían autoridad formal sobre los menores, puesto que, el menor no le debía obediencia a diferencia de lo que sucede con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Pero esta cuestión se ha paliado en parte al establecer en el proyecto de ley que modifica la LOPJM en su art. 9 los deberes de los menores.

Aunque considero que la reforma se ha quedado corta, pudiendo haber recogido estas cuestiones en la modificación del art. 303 CC, y haber asumido el problema de seguridad jurídica por falta de regulación de la figura del guardador de hecho.

Resulta -cuanto menos curioso- cómo los abuelos pueden ser, en la práctica, para la mayoría de las familias un recurso valioso, consuelo, desahogo, fuente de asistencia práctica, apoyo, consejeros, pero cuando interviene la Administración la situación puede confundirse, y no saberse si hay realmente o no desamparo cuando un abuelo está cuidando un nieto, es decir, está siendo asistido por un guardador de hecho.

A esto se une la dificultad de las relaciones interpersonales e interfamiliares: nos encontramos ante abuelos que con esfuerzo asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores (situación de encomiable altruismo), pero también de allegados que desean realizar esta labor asumiendo más que el rol de guardador el de progenitor que de hecho viene ejerciendo tales funciones desde el nacimiento del menor., por ejemplo.

Abuelos, parientes y allegados que pueden encontrarse frente a otros supuestos peligrosos para el menor propiciados por progenitores o tutores y frente a los cuales su posición está debilitada. No obstante, toda esta situación descrita se resuelve, en parte, por el proyecto de ley de modificación *del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que en el último párrafo incluye que “... *el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor*” (art. 303 CC último párrafo, *de la modificación del proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*).

Párrafo del que habría mucho que decir porque un abuelo, un pariente un allegado que actúa como guardador de hecho sin solicitar en ningún momento un reconocimiento legal de su situación, es dudoso -salvo que la cuestión sea muy grave- que vaya a emprender la privación o la supresión de la patria potestad del hijo sobre el nieto en el caso de

los abuelos, o del excompañero/a sobre el menor en el caso de allegado excompañero/a, o amigo íntimo/a del progenitor o progenitora. Y el supuesto de la remoción de la tutela, entendemos que el guardador de hecho generalmente asumirá las funciones de tutela del menor, y si acaso gestionará el nombramiento de tutor para sí mismo por lo que será tutor y a la vez guardador de hecho, manteniendo y asistiendo en todo punto al menor.

Aunque, como decimos, siempre es posible que haya algún supuesto problemático en donde el guardador piense que *puede oponerse a las personas que con potestad jurídica sobre el menor le requiriesen su entrega*, aun convencido de que la entrega, sería peligrosa para él mismo. Solución solventada por la inclusión de la modificación señalada del art. 303 CC por el nuevo proyecto de ley indicado.

5. Analisis de los Abuelos, los Parientes y los Allegados como Guardadores de Hecho

La STS de 23 de febrero de 1999, analiza un supuesto de hecho en el que se otorga la privación de la patria potestad del padre que abandonó a la niña antes de nacer pues se separó de la madre gestante, sin establecerse ni régimen de visitas ni pensión alimenticia. Nunca intentó el cumplimiento de los deberes paternofiliales y tras la hermana de la madre se ocupó de la madre de la menor durante su enfermedad y de la menor y tras el fallecimiento de ésta, cuando la niña tenía dos años de edad, el padre reclama su patria potestad. Mientras tanto la niña fue criada por los tíos maternos.

El Alto Tribunal entiende que ante el incumplimiento de los deberes de la patria potestad y las circunstancias tenidas en cuenta por el juez, en su amplia facultad discrecional de apreciación en interés del menor, prevalece el mantenimiento de la guarda de hecho por los tíos sobre la niña. Los tíos son los guardadores de hecho de la menor pero sin mencionar en ningún momento de la sentencia la institución estudiada, y menos aún el concepto de allegado.

Pues bien frente a la eficacia e idoneidad de la figura, y la cercanía y dedicación de estos parientes en el entorno del menor, no ha sido hasta la STS de 27 de octubre de 2014 la que ha sentado doctrina jurisprudencial al respecto, concretando la posibilidad de que sean los abuelos, los guardadores de hecho de los menores. Ante una situación de riesgo de un posible desamparo del menor, y antes de que las instituciones públicas inicien los trámites de la declaración de desamparo, los abuelos pueden hacerse cargo de la protección del menor como acogedores de hecho. Todo ello bajo el principio general de derecho del interés supremo del menor.

Problema que hasta ahora no había sido analizado por el TS habiéndose centrado únicamente en la situación producida *a posteriori* tras la declaración de desamparo y su

impugnación a fin de posibilitar la reinserción en la familia biológica insistiéndose en la necesidad de concretar *“la existencia de un cambio de circunstancias ... con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y ... el modo en que debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.”*(STS de 31 de julio de 2009).

No obstante, el tema sí había sido tratado en las Audiencias pero únicamente en relación con los abuelos. Por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2013, que estima procedente la guarda de hecho de los abuelos sobre una menor, repasa la figura de la guarda de hecho señalando el contenido de la misma indicando que en esencia la guarda de hecho supone que el menor vive con persona distinta de sus padres que cuida y se ocupa de él sin previa intervención administrativa o judicial ni formalidad legal alguna. El guardador de hecho alimenta y cuida al menor, lo tiene en su compañía y le proporciona una formación. Es claro, por tanto que si el guardador cumple adecuadamente estas funciones no existirá desamparo porque el menor dispondrá de la necesaria asistencia moral y material, y el resultado de desprotección que exige el art. 172.1 CC no se dará. Aún más, la guarda de hecho misma debe encontrar encaje en los “deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores”.

Se trata de un acogimiento que tiene lugar con la familia próxima, sin pérdida de la patria potestad, y a la que el legislador no ha impuesto forma alguna, precisamente porque se desarrolla dentro del ámbito familiar, y que se convierte en una guarda de hecho. Todo ello claro está, salvo que se aprecie actuación torticera o incumplimiento de los deberes superiores en relación a la menor, que deban llevar a dicha declaración de desamparo.¹¹

Acertadamente esta Sentencia de la AP de Pontevedra considera que una vez que la autoridad judicial ha tenido conocimiento de la existencia de los guardadores de hecho, y como prevención en la custodia de la menor, se recabará a los abuelos guardadores para que cada seis meses informen al tribunal de instancia sobre la evolución de aquella, aportando lo informes médicos que se le reclamen, a la vez que se encargará a los servicios sociales del lugar donde reside la menor, el control bimensual de las circunstancias personales y afectivas de aquella. Todo ello sin perjuicio de que, en el caso concreto, y a la vista del crecimiento y circunstancias de la pequeña se vayan adoptando cualesquiera otras que se juzguen más adecuadas en su interés, incluida su supresión.

11 Se ha destacado la claridad del art. 49.3 de la Ley 1/06 de Protección de Menores de la Rioja que contempla la guarda de hecho indicando que: “No concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriere el interés del menor, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor. Posibilidad este de interpretación que consideramos la adecuada.”

Como vemos, no se alude a otros supuestos de guarda de hecho, como el de los parientes, y más problemático aún, el de los allegados, que paulatinamente se producirán. Máxime cuando ya ha sido teniendo en cuenta el supuesto de la excompañera de la madre como *allegada* con derecho a visita y relacionarse con los hijos de la primera por el propio Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo de 2011) o, la estimación de la reclamación de filiación por posesión de estado ejercitada por la ex esposa de la madre biológica de las niñas (STS, de 5 de diciembre de 2013).

No obstante, nos hemos encontrado con la SAP de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2007, en la que tras analizarse un supuesto de modificación de medidas definitivas, se termina atribuyendo la guarda y custodia de la hija común de los litigantes al padre, al ser él quien, de hecho, se dedicó a su cuidado, con capacidad suficiente para ello, al contrario de la madre, quien se ha desatendido de las necesidades mínimas de la menor. Y, además, la atribución de la guarda de hecho del otro menor que aunque no es hijo biológico de éste, mantiene con él una relación de convivencia paternofamiliar.

Nos encontramos con la figura del guardador de hecho del ex marido de la progenitora que como *allegado* (pues no hay relación de parentesco entre ambos) se le otorga con buen criterio, la guarda del menor, al no ser atendido por su madre ni proceder la declaración de desamparo que propicie la asunción de la tutela del menor por las instituciones públicas competentes.¹²

La SAP de Vizcaya en el Auto 133/2008 de 13 de febrero de 2008, nos recuerda que el deber de información del guardador de hecho se extiende tanto a la persona como a los bienes. Deber que encuentra su límite, en el ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir en su caso en un inventario y en una rendición de cuentas.

6. Incremento de la Importancia del Allegado

El allegado es la *persona que se halla en el círculo social del menor*.

El legislador ha querido preservar y garantizar el entorno del menor, y en su caso específicamente por su vulnerabilidad, la importancia del allegado se mueve reducidamente sólo hacia el ámbito o proyección familiar y social. Con el allegado se incluye *a una persona no del ámbito familiar directo que puede solucionar, proteger supuestos concretos*

12 En el mismo sentido se había decantado SAP de Cádiz, Sección 1ª, 183/2004 de 22 de diciembre de 2004, (Rec. 155/2004. Ponente: Lorenzo Jesús del Río Fernández. (La Ley 269719/2004)), que afirmó que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y, por ende, la tutela administrativa.

determinados jurisprudencialmente. Se alcanza, una tercera gradación de proximidad del menor, tras sus abuelos y parientes. Además, ha utilizado conscientemente este *término abstracto para garantizar la tutela jurídica del menor en términos amplios, en base a los derechos fundamentales* recogidos constitucionalmente en los arts. 39 CE y 10, 2.¹³

Esta amplitud tiene gran perspectiva de futuro, ya que en la sociedad actual donde se va más allá del concepto nuclear de la familia, acudiéndose a situaciones de familias monoparentales, aparece la figura del allegado que, en cierto modo, como ha dicho la doctrina “hace pervivir la familia in extenso”.¹⁴ Lo que está claro es que *el allegado constituye una auténtica red social sobre la que se podrán asentar unas relaciones personales más garantistas* para la protección del menor.

Pero hay que determinar en cada caso concreto al allegado que debe ocuparse de la guarda del menor, por su especial vulnerabilidad. Hay que ser cuidadoso en la selección de su perfil ya que puede ser designado (por los padres) voluntariamente trascendiendo del círculo parental y buscando a la persona idónea y de confianza. Y además la autoridad judicial será la encargada de controlar y hacer un seguimiento de su actuación.

Como hemos visto en el apartado anterior han sido pocos los supuestos que han llegado a conocimiento de la jurisprudencia de personas guardadoras allegadas, no obstante quiero tomar como referencia el supuesto del derecho de relación y comunicación del art. 160 CC¹⁵ para mostrar la importancia, variedad de personas que pueden ser allegadas, y en quien la autoridad judicial en cada supuesto ha otorgado su máxima confianza. Derecho de relación que implica también el de la pernocta y convivencia con el allegado en periodos vacacionales más o menos amplios pero siempre en coordinación con el progenitor. Por eso en el caso del guardador allegado donde el contenido de sus derechos y deberes es más amplio debe existir un exhaustivo control judicial a través de los servicios sociales.

Así pues, y aunque la propia Jurisprudencia entiende que la cuestión tiene su dificultad pues el término allegado no ofrece ni objetividad, ni seguridad, pues en él cabe

13 «La aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones o, si se quiere, de relaciones jurídicas. Pero significa sobre todo que las normas jurídicas han de darse y aplicarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos». DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 2012, pág. 201.

14 DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P: “Allegados y responsabilidad civil. La red social por Derecho” en *Diario La Ley*, N° 8426, Sección Doctrina, 21 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley. (La Ley 8181/2014).

15 También se ha modificado por el proyecto de Ley en el Senado, aunque no nos afecta en relación con los argumentos de nuestro estudio, y que ahora dice así: Artículo 160.2. “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

incluir a todas las personas que han tenido trato próximo con el menor, y ello, de hecho, podría afectar a la necesaria estabilidad que necesita en su vida diaria, han sido alguna de sus resoluciones las que determinan quienes pueden ser allegados.

De esta manera nos encontramos con la SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010, que considera allegado al marido de la abuela paterna en el sistema de visitas establecido a favor de ésta.

O la SAP de Málaga, de 16 de febrero de 2012,¹⁶ que indica que tiene la condición de allegada a la amiga de la madre, que acciona para el establecimiento de un régimen de visitas, donde ha de contemplarse también el derecho de la menor a seguir “*relacionándose con la adulta a la que considera una segunda mamá*”, de forma que la ruptura entre los adultos no le puede perjudicar *privándole sin causa que lo justifique de todo contacto con esa persona, con la que le une una estrecha relación afectiva*, supuesto de hecho previsto en la norma y de plena aplicación al caso enjuiciado, sin que para la menor sea equiparable un no pariente con un extraño, es más, un pariente sería un extraño si no hubiera tenido contacto previo con él...”

La SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2008, determina que ostenta la condición de allegada, la excompañera sentimental de la madre tras acreditar una relación intensa y prolongada en el tiempo que se inició en la fecha del nacimiento del menor. Lo que justifica el establecimiento del régimen de visitas pretendido, sin que la parte demandada acredite que dicho régimen sea perjudicial para el menor. Sino que se considera necesario para contribuir al desarrollo integral del mismo.

También se considera por la jurisprudencia como allegado al compañero sentimental de la madre que ha ejercido como figura paterna durante la convivencia con el menor. Así lo afirma la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 26 de enero de 2012,¹⁷ que estudia las

16 Estudia un supuesto en que dos amigas se conocieron por motivos laborales en el año 1992, entablando una relación que las llevó a convivir juntas con la hermana de la demandada. Compraron un terreno y se construyeron una casa en el año 2002 en la que continuaron conviviendo desde el año 2004. Año en que Remedios decidió tener una hija por inseminación artificial que nació en 2005, siendo inscrita en el Registro Civil a nombre exclusivo de la madre, pero insertándose en el núcleo familiar de las litigantes y de la hermana de la demandada, que asumieron roles en la crianza y cuidado de la pequeña Lucía, hasta que la convivencia se rompió en el año 2008. No obstante, continuó la relación a través de las visitas que dos tardes cada semana tenía la actora con la menor, hasta que a mediados del año 2009 prohibió la madre a la actora visitar a la menor.

17 Pero es que indica la Audiencia que en este caso hay que tener en cuenta el interés del menor porque “ha de contemplarse el derecho del menor a seguir relacionándose con el adulto que ha representado su única figura paterna desde su más tierna infancia, de forma que la ruptura sentimental entre los adultos no puede perjudicar al menor privándosele sin causa que lo justifique de todo contacto con la persona que hasta ese momento hacía las veces de progenitor y con el que le une una estrecha relación afectiva, supuesto de hecho previsto en la norma y de plena aplicación al caso enjuiciado, sin que para el menor sea equiparable un no pariente con un extraño sino que todo lo contrario: un pariente, por muy cercano

alegaciones de una madre que se opone al establecimiento del régimen de visitas de su hijo con *su excompañero sentimental y padre de su otra hija alegando que tan solo convivió con el menor y su madre durante dos años, ... y que se está obligando a un menor a convivir con un extraño pues tras la ruptura ningún vínculo de parentesco les une, debiendo interpretarse el artículo 160 CC en el sentido de que los allegados comprende a los familiares pero no al excompañero sentimental de la madre.*

Todos los supuestos de hecho descritos anteriormente por la Jurisprudencia menor examinada, son casos en los que el progenitor se niega a que el menor tenga derecho de relación con el allegado. No son supuestos en los que se mencione la institución de la guarda de hecho pero nos sirve para concretar la figura del allegado, y los supuestos que pueden servir de base para considerarse como guardadores en caso de incumplimiento de los deberes paternofiliales del progenitor.

En resumen, el allegado en el caso del guardador de hecho en principio asume la asistencia moral y material del menor en su ánimo de protección. Una vez enterada la autoridad judicial de la existencia de la guarda de hecho será cuando, si le requiriese ésta, que lo hará por la presión social pero no por la imperatividad de la norma, el allegado seguramente comenzará probando su conexión, grado de confianza y trato con el menor para poder continuarla ejercitándola en beneficio del menor. Y sin olvidar su sometimiento a los controles que dicha autoridad le imponga. Al no tener lazos familiares en sentido estricto con él, el juez deberá examinar cada caso.

7. Conveniencia o no de una Mayor Regulación de la Guarda de Hecho en el Caso de Menores

Resulta interesante destacar la importancia que se le otorga a la necesidad de regulación de la guarda de hecho en supuestos de mayores discapacitados tan en auge en la actualidad consecuencia de la necesidad de hacer frente a la protección y cuidado de las personas dependientes que acuden a esta institución porque no necesita trámites legales (frente a tutela, prórroga de la patria potestad o curatela).

En el caso de la guarda de los menores la situación es diferente, porque de forma completamente voluntaria el guardador se encarga del cuidado del menor que necesita asistencia y protección, como lo hemos visto en los supuestos que han llegado a la jurisprudencia.

No obstante, la institución de la guarda hoy está siendo especialmente utilizada en el campo de la ancianidad que es un tramo de la pirámide de población que cada vez se

que sea, para el menor es un extraño si no ha tenido contacto previo con el mismo... y que con ello se está beneficiando también a la menor hija de ambos litigantes con la compañía de su hermano.”

incrementa más, mientras que la tasa de nacimientos desciende cada vez más, y aún menor es el número de supuestos en el que los padres incumplen sus deberes paternofiliales a favor de abuelos, parientes, y allegados.

Precisamente por el carácter familiar y voluntario en el que nace la institución referida a menores reside la fortaleza de la guarda de hecho. Consideramos que no es necesaria una regulación legal, pues los intereses personales y, en su caso, patrimoniales del menor están protegidos por el seguimiento del control del Juez o Ministerio Fiscal.

Pero claro, para llegar a este control y seguimiento nos encontramos con el primer obstáculo de la guarda de hecho, que como hemos visto en la jurisprudencia analizada reside en que para que la autoridad judicial pueda llevar a cabo dichas medidas protectoras es necesaria la constatación de su existencia. Y como veremos más adelante, resulta imprescindible una dotación económica presupuestaria suficiente para que los órganos de control y seguimiento puedan actuar.

8. Contenido de la Guarda de Menores y la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Resulta difícil concretar el estatuto básico del guardador, sus derechos y sus deberes.

Como en toda familia, figura a la que por su función protectora debe asemejarse la guarda, el principal deber de las partes implicadas, guardador/es y menor es el deber de respeto (análógicamente se aplicaría el art. 68 CC para los cónyuges con trascendencia a la familia). Esto ocurre también en el caso de allegados o personas que, sin estar vinculadas por parentesco mantienen una vinculación en la que se fija ese deber jurídico. Igualmente el guardador participa de la intimidad del menor por tenerle a su cargo, son custodios y garantes de dicha intimidad y están compelidos a respetarla. Consecuentes de la íntima relación que va a existir entre guardador y menor le hace responsable de todo lo relativo a la asistencia material, física, espiritual del menor.

Hay que ser conscientes de que el menor va a desarrollar su personalidad en diferentes ámbitos sociales y el guardador debe cuidar y protegerle en todos ellos: frente a terceros, que puede ser incluso su propio progenitor, o parientes, (extendiendo para ello la esfera y tutela del derecho al honor y a la intimidad familiar), y por eso es favorable la modificación del art. 303 CC último párrafo, como hemos indicado anteriormente.

Independientemente de los controles de la autoridad judicial tras su conocimiento, el guardador será responsable de la persona y bienes del menor. Al igual que el tutor, el guardador será responsable por los actos y omisiones propios de su deber de conducta, pero también (1903 CC) por los actos y omisiones del menor, y de los daños que causen pues están los menores bajo su guarda y habitan en su compañía (deber in vigilando). Todo ello en conexión con el art. 306 CC en el sentido de que si el guardador sufriera

daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

También tiene como deber el de realizar todos los informes personales (a fin de evitar la omisión del deber de socorro o el incumplimiento de actividades propias de la guarda y custodia: asistencia material, sanitaria, escolar; evitar supuestos de violencia doméstica, o como depositario de datos íntimos del menor a fin de que no circulen en medios de comunicación tecnológicos), y patrimoniales (rendición de cuentas anuales, o final todo ello a fin de controlar una administración desleal) solicitados por el Juez.

Por último recordar que tanto el art. 303 vigente como la modificación contenida en el proyecto de ley citado no utilizan términos imperativos para establecer la importancia de los informes que la autoridad judicial va a solicitar al guardador. El legislador en ambos casos simplemente señala que “la autoridad judicial *podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*” Cuestión que consideramos debería haberse modificado.

El término de posibilidad (podrá) no se entiende cuando se persigue crear un ámbito de protección en torno al menor en todo momento, más aún cuando previamente la modificación que se contiene en el mismo proyecto relativa a la LOPJM en su art. 12 insiste en que “*Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.*”

El reforzamiento de las medidas de control y vigilancia aparecen también reguladas en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en parecidos términos al art. 303 del CC.¹⁸ Medidas que continúan dejándose en manos del Juez, añadiendo además la posibilidad de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela, remedio que se adoptará previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal. No obstante se introduce también una modificación interesante a

18 Ley de Jurisdicción Voluntaria aprobada por el Congreso el 18 de junio de 2015. Capítulo IV. De la tutela, la curatela y la guarda de hecho. Sección 3.ª De la guarda de hecho. Artículo 52. Requerimiento y medidas de control. .

“1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”

los efectos de protección del menor, consistente en la inclusión de las personas que pueden instar al Juez para requerir informes al guardador.¹⁹

Pero concretemos que se puede entender por *deber de información sobre la persona del menor*. Resulta conveniente que en el caso de menores los informes sobre la evolución del menor a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, si ha tenido problemas, tengan una periodicidad corta de seis meses, independientemente de que los servicios sociales y asistenciales ejecuten un control bimensual de las circunstancias personales y afectivas del mismo.

Pautas que pueden ralentizarse en el tiempo siempre que la menor evolucione favorablemente y al contrario, en caso de empeoramiento se reforzarían la asistencia psicológica oportuna, por ejemplo. Periodicidad que resulta conforme a la nueva modificación introducida por el *proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que reforma el art 12 de la LOPJM referido a las actuaciones de protección, indica que “*en los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.*”

En el caso en el que el menor bajo guarda que no ha tenido problema alguno de adaptación porque desde siempre ha convivido con el abogado, los informes que podrá entregar a la autoridad serán simplemente los emitidos por el colegio y por el equipo de orientación educativo en el que estudie.

En cuanto a la *información sobre los bienes*, y por su similitud al tutor puede exigirle información, que con respecto a los bienes, puede consistir en la *relación de un inventario* y en una *rendición de cuentas*.

El legislador también acoge la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por el guardador de hecho que hubieren redundado en utilidad o beneficio del menor o presunto incapaz... Y, como la utilidad es una cuestión de hecho, que habrá de ser objeto de prueba en el proceso y sobre la cual habrá de pronunciarse el juez.

9. La Guarda como Medida de Protección en Beneficio del Menor y su Inoperatividad Consecuencia de la Crisis

Los poderes públicos deberán ser muy cautelosos no solo en cuanto a la configuración de la legislación relativa al menor sino también en la disposición de los medios económicos necesarios para hacerlos efectivos.

En la situación de crisis actual a lo que se une la lentitud de la Justicia por el aumento de trabajo y el atasco de los juzgados, si no existe un control judicial suficiente o

¹⁹ Como consecuencia de la aprobación de las enmiendas 255 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya y 586 del Grupo Parlamentario Socialista, formuladas en idéntico sentido.

la concreción efectiva de las necesarias medidas de seguimiento del menor determinadas en las leyes no se llevan a cabo, no se protege suficientemente al menor y se está incumpliendo un principio general de Derecho.

Y nos referimos a cuestiones tan sencillas como la fiscalización del ejercicio de la guarda, la rendición de cuentas del menor, la aportación de los informes médicos, psicológicos de los servicios sociales, los informes educativos, es decir, la vigilancia de la actuación del allegado sobre el ejercicio de guarda del menor.

Hay que ser conscientes que en el ámbito económico, su falta de crecimiento ha creado un abismo importante entre la demanda para la satisfacción de tales derechos y los recursos que disponen para tales fines el Estado y las CCAA (y dentro de ellas pensemos en sus diferencias presupuestarias). Los derechos económicos, sociales y culturales cuestan dinero y la falta de medios impiden su satisfacción (escasez de puntos de encuentro familiar, beneficios fiscales mínimo para la familia, servicios de mediación intrajudicial y terapia familiar...)

Tras haberse realizado un gran esfuerzo legislativo, (todavía en proceso de desarrollo), la falta de medios y de recursos económicos está presente, pero el interés del menor se mantiene a flote y se está avanzando en muchos ámbitos porque está muy sujeto judicialmente, ya que el TS (y la jurisprudencia menor) ha sido quien se ha encargado de marcar las líneas a seguir como hemos visto. Lo cual no significa que todo se haya conseguido. No hay que olvidar que como dice Squella “el fracaso de los derechos económicos, sociales y culturales es también el fracaso de nuestras democracias, y una evidente amenaza, asimismo, para el real ejercicio de los derechos civiles y políticos”.²⁰

Aunque no debemos olvidar la modificación introducida por el futuro art. 11 (principios rectores de la acción administrativa) de la LOPJM en la modificación del proyecto de ley referido a la dotación económica, cuando dice que “se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.”

10. Conclusiones

I. Habría sido conveniente, aprovechar las modificaciones en las distintas leyes y concretar legalmente la figura del allegado como guardador de hecho y no solamente la de

20 “...los derechos fundamentales y las sucesivas generaciones que de ellos conocemos funcionan como una suerte de escalada histórica merced a la cual se incrementa el catálogo de los derechos a través de un proceso de expansión de éstos que no sabemos dónde irá finalmente a concluir. Es cierto, asimismo, que una nueva generación de derechos no presupone para su aparición que la anterior a ella esté completamente consolidada y satisfecha. Pero también es efectivo que el fracaso de una generación de derechos puede impactar adversamente en una generación previa, lo cual resulta bastante claro si se repara en el efecto que sobre los derechos políticos puede llegar a tener una crisis prolongada y profunda en los niveles de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.” Vid. SQUELLA, op. cit.

los abuelos, hermanos y parientes. Consideramos que es una figura actual de inminente proyección que se halla en muchos casos más próximo al menor, dentro de su círculo familiar, incluso antes que los abuelos en muchos supuestos.

II. El nuevo proyecto de ley de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* que modifica el art. 303 CC podría haber tenido en cuenta la falta de autoridad formal que el guardador tiene sobre el menor. Cuestión importante que simplemente se palia cuando también dicho proyecto modifica la LOPJM, incluyendo un nuevo Capítulo III, refiriéndose a los derechos de los menores. Genéricamente, se impone que éstos “de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social.” (artículo 9 bis. Deberes de los menores). Y un poco más directamente cuando se indica que “los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus... familiares” (artículo 9 ter.) donde se puede incluir a los guardadores.

III. Sí se ha tenido en cuenta en la próxima modificación del 303 CC los difíciles supuestos en los que el guardador se encuentra *pudiendo oponerse a las personas que con potestad jurídica sobre el menor le requiriesen su entrega*, incurriéndose en un posible peligro para el menor. Consideramos que sí se acierta al indicar que *el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad.* (art. 303CC último párrafo)

IV. Consideramos conveniente el seguimiento de la situación personal del menor mediante informes al Ministerio Fiscal realizado por el guardador, y en su caso por los servicios sociales. Los informes patrimoniales como el inventario de bienes del menor y la rendición de cuentas también son ineludibles.

V. Nos parece imprescindible la consideración que se hace de la dotación económica, en el futuro art. 11 (principios rectores de la acción administrativa) de la LOPJM modificado por el proyecto de ley cuando dice que “se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.” Pues hasta ahora hemos comprobado que es difícil ejercer el control cuando hay falta de previsión y dotación económica por parte del legislador, como puede producirse cuando no existe control judicial suficiente. Y esto puede ocurrir si en el ejercicio de la guarda faltan medios para fiscalizar su ejercicio o su rendición de cuentas anuales, o las finales, o simplemente vigilar la actuación tendente de protección y guarda del menor.

11. Referencias

DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P: “Allegados y responsabilidad civil. La red social por Derecho” en *Diario La Ley*, N° 8426, Sección Doctrina,

21 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley. (La Ley 8181/2014).

DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 2012, pág. 201.

SQUELLA, Agustín: “Nuevos derechos humanos en el siglo XXI. ¿Y qué fue de los derechos de los siglos anteriores?”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002 I.S.S.N.: 1138-9877.

12. Jurisprudencia Analizada

- STS Sala Primera, de lo Civil, de 27 de octubre de 2014, (Rec. 2762/2013). Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Nº de Sentencia: 582/2014).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 740/2013, de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 190869/2013)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS (La Ley 52207/2011).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, Rec. 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Nº de Sentencia: 565/2009. (La Ley 184099/2009)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de febrero de 1999, Rec. 2329/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. (La Ley 2949/1999).
- SAP de Pontevedra, Sección 1ª, 376/2013 de 15 de octubre de 2013, Rec. 406/2013. Ponente: María Begoña RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. (La Ley 197018/2013).
- SAP de Málaga, Sección 6ª, 132/2012 de 16 de febrero de 2012, Rec. 1169/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. (La Ley 150893/2012).
- SAP de Málaga, Sección 6ª, 44/2012 de 26 de enero de 2012, Rec. 1119/2010. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. (La Ley 148113/2012).
- SAP de Málaga, Sección 6ª, 638/2010 de 1 de diciembre de 2010, Rec. 520/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. (La Ley 319700/2010).
- SAP de Sevilla, Sección 2ª, 444/2008 de 30 de septiembre de 2008, Rec. 8368/2007. Ponente: Rafael MÁRQUEZ ROMERO. (La Ley 234328/2008).
- SAP de Vizcaya, Sección 4ª, Auto 133/2008 de 13 de febrero de 2008, Rec. 242/2007. Ponente: Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI. (La Ley 52542/2008).

- SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 2056/2007 de 5 de febrero de 2007, Rec. 2412/2005. Ponente: Ana MORENO GALINDO. (La Ley 24295/2007).
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, 34/2005 de 1 de febrero de 2005, Rec. 417/2004. Ponente: José Jaime SANZ CID. (La Ley 24967/2005)
- SAP de Cádiz, Sección 1ª, 183/2004 de 22 de diciembre de 2004, Rec. 155/2004. Ponente: Lorenzo Jesús del RÍO FERNÁNDEZ. (La Ley 269719/2004)

13. Legislación Citada

- Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)). 64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. 24 de febrero de 2010.
- Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño.
- Constitución Española. Art. 39.
- Código Civil. Artículo 303, 304 y 306 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre («B.O.E.» 26 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Modificación del art. 303 del Código Civil redactado conforme el *proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Remitido al Senado el 5 de junio de 2015.
- Ley de Jurisdicción Voluntaria aprobada por el Congreso el 18 de junio de 2015. Art. 52 Capítulo IV. De la tutela, la curatela y la guarda de hecho. Sección 3.ª De la guarda de hecho.
- Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el *proyecto de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. (arts. 9, 11 y 12). Remitido al Senado el 5 de junio de 2015.
- Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, por *el proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. (arts. 2). Remitido al Senado el 5 de junio de 2015.

- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.
- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja. (BOE núm. 70 Jueves 23 marzo 2006)

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO Y SU INCIDENCIA EN EL ART. 1303 CC

TANIA VÁZQUEZ MUIÑA

Doctoranda en Derecho¹.

Resumen

La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, no sólo ha convulsionado nuestro ordenamiento jurídico con su doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas predisuestas, sino que, al declarar que la nulidad de dichas cláusulas tiene efectos *ex nunc* desde el fallo de la sentencia, niega el derecho de los consumidores a la restitución de lo indebidamente cobrado, contraviniendo la regla clásica de nuestro Derecho “*quod nullum est, nullum effectum producit*” que contempla el art. 1303 CC. En este último aspecto se centrará el presente comentario, refutando las argumentaciones más sólidas que esgrime el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión –la falta de acumulación a la acción de cesación de la de devolución de cantidades y el riesgo de trastornos graves para el orden público económico–, a la luz del último pronunciamiento de Nuestro Alto Tribunal sobre esta cuestión –la STS de 25 de marzo de 2015– y la doctrina comunitaria sobre la prohibición de integrar las cláusulas declaradas abusivas –la STJUE de 14 de junio de 2012, Caso Banco Español de Crédito–. Asimismo, se analizarán los argumentos expuestos por resoluciones judiciales posteriores a la STS de 9 de mayo de 2013 con el fin de dilucidar el verdadero alcance y valor jurisprudencial del pronunciamiento sobre la irretroactividad.

Palabras clave

Cláusulas abusivas; cláusula suelo; Nulidad; Restitución.

Abstract

The Sentence of 9 May 2013 about floor clauses pronounced by the Supreme Tribunal, not only has disrupted our legal system with its doctrine about transparency control in

1 Con el visto bueno o aval de las directoras de tesis María Teresa Álvarez Moreno, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, y Carmen Callejo Rodríguez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

general contracting conditions, but also declaring that nullity of those clauses have *ex nunc* effects since verdict, denies consumer right of receiving money illegally paid, which breaks our classic law “*quod nullum est, nullum effectum producit*” established by article 1303 of Civil Code. This paper will focus on this aspect, refuting the strongest Supreme Tribunal arguments –lacking of accumulation to the cease action of the action based on refunding amount and danger to public economic order– considering the last sentence of Supreme Tribunal in this issue –Sentence of 25 March 2015– and Community doctrine about prohibition of moderating invalid clauses effects –Sentence of 14 June 2012, “Banco Español de Crédito” Case–. Likewise, this paper will analyse arguments of other sentences pronounced by lower courts in order to elucidate the significance of not retroactive declaration.

Palavras-chave

Cláusulas abusivas; Cláusula solo; Nulidade; Restituição.

1. Planteamiento

La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo², al superar con su doctrina sobre el control de transparencia la concepción tradicional que vinculaba exclusivamente la transparencia con el control de inclusión de las cláusulas predisuestas, ha supuesto un verdadero punto de inflexión en la forma de entender el deber de información precontractual en la contratación seriada en general y en la bancaria en particular³. En este sentido, puede incluso afirmarse que el control de transparencia –el segundo filtro, que se proyecta sobre los aspectos económicos y jurídicos del contrato– constituye un hito en el control de las cláusulas predisuestas atinentes al objeto principal del contrato⁴. De hecho, pese a encontrarse aún en fase muy embrionaria, este control puede llegar a tener una enorme trascendencia en la práctica, al servir no sólo para resolver el problema de validez de las

2 Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), sobre cláusulas suelo (RJ 2013, 3088). En adelante, STS de 9 de mayo de 2013.

3 En este sentido se pronuncia PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (“La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, en *Diario La Ley*, nº 8154, Sección Tribuna, 23 de septiembre de 2013, pág. 1) al afirmar que la STS de 9 de mayo de 2013 “implica un salto cualitativo muy importante en el modo de entender el deber de información en la contratación bancaria”.

4 PLAZA PENADÉS, J.: “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8553, Sección Tribuna, 6 de mayo de 2015, pág. 3; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret: revista para el análisis del derecho*, nº 3, julio de 2013, pág. 4.

cláusulas suelo, sino también para solventar dicha cuestión en otros contratos financieros complejos como las participaciones preferentes o la denominada deuda subordinada⁵.

Sin embargo, la doctrina sobre el control de transparencia no es el único aspecto destacable de la STS de 9 de mayo de 2013, pues el pronunciamiento sobre los efectos que se derivan de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo enjuiciadas por falta de transparencia sobresale por su singularidad⁶ o carácter insólito⁷, al limitar el Tribunal Supremo la eficacia retroactiva de la sentencia no sólo en situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia⁸.

En verdad, nadie discute que los procedimientos judiciales declarativos ya finalizados por sentencia firme en los que se haya discutido la nulidad de una cláusula suelo no deben verse modificados por dicho fallo, pues la revisión de dichos procedimientos supondría ir en contra de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo, al declarar la eficacia irretroactiva de la sentencia con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma, niega el derecho de los consumidores a la restitución de lo indebidamente cobrado por las entidades financieras a causa de las cláusulas suelo¹⁰, contraviniendo no sólo lo dispuesto en el art. 1303 CC que prescribe que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente*

-
- 5 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013, año XXXIV, pág. 1; SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, en *Diario La Ley*, nº 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, pág. 6. En este sentido se pronuncia GARCÍA-VILLARRUBIA (“La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual”, en *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, nº 17, 2014, <http://www.uria.com/es/abogados/mgv?iniciales=mgv&seccion=publicaciones&id=3993&pub=Publicacion>), al afirmar que la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 9 de mayo de 2013 puede resultar de aplicación a otros supuestos de declaración de nulidad por abusivas de condiciones generales de la contratación que determinen los términos económicos de la relación entre las partes, siempre y cuando se den las condiciones y circunstancias tenidas en cuenta por dicha sentencia.
- 6 CORDERO LOBATO, E.: “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Diario La Ley*, nº 8088, Sección Tribuna, 5 de junio de 2013, año XXXIV, pág. 4.
- 7 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *ob. cit.*, pág. 5.
- 8 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 294.
- 9 HERNÁNDEZ GUARCH, C.: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013, pág. 136.
- 10 CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/Nulidad-de-cl%C3%A1usulas-suelo-no-transparentes-puede-el-consumidor-recuperar-los-pagos-excesivos.pdf>, pág. 5.

las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”, sino también lo establecido por los arts. 6.3 CC y 8.1 LCGC, que preceptúan la nulidad de pleno derecho de aquellos actos y condiciones generales que contradigan las normas imperativas o prohibitivas, y especialmente, lo dispuesto por el art. 8, apartados b) y c) TRLGDCU, en el que se establece como derecho básico de los consumidores la protección de sus legítimos intereses económicos así como la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos¹¹.

El presente trabajo se dedicará a analizar las argumentaciones más sólidas esgrimidas por el Tribunal Supremo para justificar dicha decisión —pues ello supone una sorprendente¹² excepción a la regla clásica que rige nuestro Derecho según la cual “*quod nullum est, nullum effectum producit*” (lo que es nulo no produce efectos)—, a la luz del último pronunciamiento de Nuestro Alto Tribunal respecto a esta materia, la STS de 25 de marzo de 2015¹³, cuyo estudio para el objeto de este comentario resultará capital, no sólo por coadyuvar notablemente a dilucidar el razonamiento de la STS de 9 de mayo de 2013, sino porque al igual que ésta, constituye por sí sola doctrina jurisprudencial¹⁴.

En concreto, nos centraremos en la falta de acumulación de la acción de devolución de cantidades a la acción de cesación y en la excepción basada en el riesgo de trastornos graves para el orden público económico, pues, aunque los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para justificar la irretroactividad de la sentencia son de lo más variado, no todos tienen el mismo interés¹⁵: por una parte, los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos que limitan en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad¹⁶ —que conforman la primera fase de la argumentación—, carecen de mayor relevancia al ser por todos conocido que lo establecido por el art. 1303 CC es una regla general y no única, es decir, que puede exceptuarse en función de las circunstancias del caso concreto, pues no opera con carácter absoluto y automático¹⁷; y por otra, los elementos que, según el Tribunal Supremo, se dan en el concreto supuesto de las cláusulas suelo¹⁸ —y que forman

11 HERNÁNDEZ GUARCH, C., *ob. cit.*, pág. 138.

12 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, en *Diario La Ley*, nº 8127, Sección Doctrina, 16 de julio de 2013, año XXXIV, pág. 8.

13 Sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), sobre cláusulas suelo (RJ 2015, 735). En adelante, STS de 25 de marzo de 2015.

14 *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Sala Primera del Tribunal Supremo, 30 de diciembre de 2011, pág. 15.

15 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *ob. cit.*, pág. 4.

16 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartados 287 a 292.

17 GARCÍA-VILLARRUBIA, M., *ob. cit.*

18 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 293.

la segunda fase de la argumentación¹⁹– quedan relegados, a nuestro juicio, a un segundo plano ante el carácter peregrino del orden público económico.

Asimismo, se abordará el estudio de la doctrina comunitaria asentada por la STJUE de 14 de junio de 2012, Caso Banco Español de Crédito²⁰ –posteriormente confirmada por la STJUE de 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank²¹–, pues ésta, al no permitir la integración por parte de los órganos jurisdiccionales de aquellas cláusulas que han sido declaradas nulas por abusivas, contrasta con la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad que declaran las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015.

Por último, se examinará el verdadero alcance y valor jurisprudencial que el pronunciamiento sobre la irretroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013 puede llegar a tener, pues son numerosas las resoluciones judiciales que, con posterioridad y en aparente contradicción con la referida sentencia, han condenado a las entidades demandadas no sólo a la eliminación de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario, sino a la restitución al consumidor de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de aquélla²².

2. La Acción de Devolución de Cantidades y su Falta de Acumulación a la Acción de Cesación: Una Excepción de Índole Procesal

A. La acción de cesación y su proyección hacia el futuro

Siguiendo lo solicitado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación²³, el Tribunal Supremo niega la eficacia retroactiva total de la STS de 9 de mayo de 2013, declarando que la nulidad de las cláusulas no afectará a la situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. Este fallo –que no deja de causar estupor o, por lo menos, desconcierto²⁴– encuentra una de sus justificaciones en el hecho de que la STS

19 HERNÁNDEZ GUARCH, C., *ob. cit.*, pág. 138.

20 Sentencia de 14 de junio de 2012, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso Banco Español de Crédito, S.A contra Joaquín Calderón Camino (TJCE 2012, 143). En adelante, STJUE de 14 de junio de 2012.

21 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba CsipaiViktória Csipai, Sentencia de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 46). En adelante, STJUE de 21 de febrero de 2013.

22 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *ob. cit.*, pág. 1.

23 En concreto, el Ministerio Público interesa que se precise el elemento temporal de la STS de 9 de mayo de 2013, ya que si se otorga un efecto retroactivo total quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas, a lo que añade que no es ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso (STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 277).

24 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *ob. cit.*, pág. 5.

de 9 de mayo de 2013 verse sobre una acción de cesación a la cual no se le ha acumulado como accesoria la acción de devolución de cantidades, tal y como posibilita el art. 12.2 LCGC²⁵.

En verdad, la existencia de cláusulas suelo en una gran parte de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria²⁶, todas ellas con las mismas características en lo sustancial, puede suponer la actuación de pretensiones ante los Tribunales de forma colectiva para obtener la tutela de los derechos de una generalidad de personas. Es lo que en Derecho Procesal se conoce como el ejercicio de acciones colectivas, que no puede confundirse con una mera acumulación subjetiva de acciones individuales basadas en supuestos análogos²⁷. A este respecto, varios son los instrumentos jurídicos que reúnen la consideración de acciones colectivas: acción declarativa, de cesación y de retractación (art. 12 LCGC). La que fue ejercitada por Ausbanc Consumo, iniciando un procedimiento que culminaría con la STS de 9 de mayo de 2013, fue la acción de cesación²⁸.

25 Art. 12.2 LCGC: “(...) A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”.

26 Según el *Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios* (BOCG, Senado, Serie I, núm. 457, 7 de mayo de 2010, pág. 18), la práctica de establecer límites a la variabilidad del tipo de interés alcanzaba, ya en los años anteriores a 2004, casi al 30% de la cartera hipotecaria, cifra no muy alejada de la practicada con posterioridad, pues se ha venido situando en torno a un tercio de las operaciones. No obstante, en el año 2009 se produjo una significativa elevación de las operaciones con límites a la subida y a la bajada de tipos, lo que ha elevado la importancia de estas operaciones en 10 puntos porcentuales hasta situarlas por encima del 40%. A este respecto, DÍAZ CAMPOS (“Análisis económico-financiero de la cláusula suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (dir.), Editorial Bosch, Barcelona, 2014, pág. 127) facilita el porcentaje exacto de créditos con cláusulas suelo sobre el total de créditos hipotecarios suscritos en 2009: 40,62%.

27 La principal diferencia entre ambas radica en que en las acciones colectivas existe el beneficio de la extensión de efectos a otros sujetos no intervinientes en el procedimiento que se encuentren en las mismas circunstancias, mientras que en la acumulación de acciones individuales, sólo aquéllos que hayan iniciado la acción podrán beneficiarse de los efectos que reconozca la resolución que ponga fin al procedimiento (PÉREZ BELTRÁN, S.: “Importancia de la acción colectiva de los consumidores en la lucha contra las cláusulas abusivas”, en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-acciones-colectivas-perez-beltran.htm>, día de la consulta: 2 de junio de 2015). En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, Caso Invitel (TJCE 2012, 98), apartado 45, al afirmar que la acción de cesación surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación. No obstante, a nuestro juicio, cabe señalar que la extensión de los efectos de la acción de cesación de la STS de 9 de mayo de 2013 a otros consumidores que no hayan sido parte en el proceso encuentra un obstáculo en el hecho de que el examen de la transparencia exigida y trascendencia destacada de la cláusula suelo con respecto a la carga económica del contrato debe realizarse casuísticamente (MÉNDEZ TOJO, R.: “Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios. ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?”, en *Diario La Ley*, nº 8456, Sección Dossier, 12 de enero de 2015, año XXXVI, pág. 6).

28 LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, en *Diario La Ley*, nº 8279, Sección Documento on-line, 26 de marzo de 2014, pág. 4.

Según el art. 12.2 LCGC, “la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz”. En similares términos la contempla el TRLGDCU, que en su art. 53 establece que “la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”.

Como puede observarse, los efectos de la acción de cesación están claramente orientados hacia el futuro, pues su finalidad es eliminar del contrato aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas, cesando de esta manera la conducta generadora de abuso, y prohibiéndose su reiteración en el futuro. Así lo confirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia 96/2012, de 7 de mayo, al afirmar que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (*ex art. 53 TRLGDCU*)²⁹.

Sin embargo, conviene tener presente las palabras que el Ministerio Fiscal expresa en su recurso de casación —a las cuales se adhiere el Tribunal Supremo—, según las cuales la finalidad de la acción de cesación no supone un óbice para el examen de los efectos de la nulidad³⁰. Es más, la nulidad de una condición general de la contratación siempre conducirá, cuanto menos, a discutir la consecuencia que para la declaración de nulidad establece el art. 1303 CC, que no es otra que dejar sin efectos la cláusula *ab initio*³¹.

De esta manera, la proyección hacia el futuro de la acción de cesación no se configura como un argumento lo suficientemente sólido que permita exceptuar la regla establecida por el art. 1303 CC, según la cual “*quod nullum est, nullum effectum producit*”, pues cuando una cláusula es declarada nula por abusiva, ésta se tiene por no puesta, retrotrayéndose el efecto de la nulidad hasta el momento de su incorporación en el contrato. Se trata de una nulidad absoluta o de pleno derecho (art. 8 LCGC), por lo que la cláusula carece de efectos *ex tunc* o desde siempre.

En este sentido se pronuncia el *Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, que afirma que la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato.

Secunda esta postura el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 al declarar que, como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos —o de

29 Sentencia núm. 96/2012, del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 7 de mayo (RTC 2012, 96), FD 9º; STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 281.

30 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 282.

31 LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, *ob. cit.*, pág. 5.

alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste—, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos³², de tal manera que el contratante de buena fe no debe soportar los efectos ya producidos en la aplicación de una cláusula abusiva³³. De hecho, para conceder una protección integral al consumidor, la nulidad de una cláusula no sólo ha de tener una proyección hacia el futuro, sino también una vocación de pasado, lo que supone eliminar cualquier huella de su existencia³⁴.

Ahora bien, como se ha mencionado, lo dispuesto en el art. 1303 CC es una regla general y no única, es decir, que admite excepciones en función de las circunstancias del caso concreto; y en base a ello, desarrollará el Tribunal Supremo una serie de argumentaciones con el fin de limitar la eficacia retroactiva de la sentencia, de las cuales serán abordadas, por su interés, dos: la falta de acumulación de la acción de devolución de cantidades a la acción de cesación y el riesgo de trastornos graves para el orden público económico.

B. La Acción de Devolución de Cantidades como Consecuencia Ineludible de la Declaración de Nulidad

La falta de acumulación de la acción de devolución de cantidades a la acción de cesación que conduce al Tribunal Supremo a declarar la eficacia *ex nunc* o desde ahora —desde el fallo— de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas en la STS de 9 de mayo de 2013, se encuentra recogida sorprendentemente en la STS de 25 de marzo de 2015 y, en concreto, consiste en que a la acción de cesación de la STS de 9 de mayo de 2013 no se le acumuló la de devolución de cantidades, mientras que a la acción individual que se ejercitó en el caso enjuiciado en la STS de 25 de marzo de 2015 sí se le formularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución³⁵.

En nuestra opinión, aunque es cierto que a la acción colectiva de cesación no se le acumuló como accesoria la de devolución de cantidades, no se debe incurrir en una suerte de formalismo enervante, de tal manera que prevalezca el seguimiento rígido de las actuaciones procesales en detrimento del derecho de los consumidores a recibir la cantidades satisfechas de más, pues, como bien afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia 263/1988, de 22 de diciembre, las formas y requisitos procesales, pese a su importancia

32 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 283.

33 CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *ob. cit.*, pág. 5.

34 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8366, Sección Doctrina, 31 de julio de 2014, año XXXV, pág. 2.

35 STS de 25 de marzo de 2015, FD 5º.

para la ordenación del proceso, no pueden erigirse en obstáculos insalvables, convirtiéndose en verdaderos formalismos enervantes. Ello se debe a que los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que se configuran como simples instrumentos de una finalidad legítima, que no es otra que velar por los derechos e intereses de los individuos. Así pues, deberá ponderarse la entidad real del defecto procesal y el perjuicio que se podría ocasionar a los bienes o derechos dignos de tutela, con el fin de proceder al resultado menos lesivo para éstos últimos³⁶.

En este sentido, el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 señala que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis del eventual carácter abusivo de las cláusulas cuya declaración de nulidad se interesa, no es preciso ajustarse formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas³⁷.

La plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo exige que la interpretación de las normas procesales se inspire en el principio *pro actione*³⁸, sino que también, en este caso concreto, debe atenderse al principio *favor debitoris* que rige nuestro ordenamiento jurídico, pues la no devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por mor de las cláusulas suelo supone un perjuicio para el deudor, que al ver negado su derecho a recibir las cantidades desembolsadas a causa de una cláusula declarada nula, sufre una situación de empobrecimiento, mientras la entidad financiera se enriquece injustamente o sin causa. Con esta postura, sorprendentemente el Tribunal Supremo castiga a la parte perjudicada que ha obrado con buena fe y beneficia a quien ha empleado cláusulas suelo de manera poco transparente³⁹.

36 Sentencia núm. 263/1988, del Tribunal Constitucional, de 22 de diciembre (RTC 1988, 263), FD 1º. La expresión “formalismo enervante”, acuñada por el Tribunal Constitucional, será reiterada a lo largo del trabajo.

37 STS de 9 de mayo de 2013, FD 6º, apartado 130. A este respecto, cabe destacar la opinión de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (“La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *ob. cit.*, pág. 3), que opina que el Tribunal Supremo con esta postura está prescindiendo deliberadamente de los límites que impone el principio de congruencia procesal, constituyendo una auténtica llamada a la libre interpretación de las reglas procesales, que obvia el principio de justicia rogada.

38 Sentencia núm. 164/1986, del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 17 de diciembre (RTC 1986, 164), FD 2º.

39 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, págs. 5 y 8. En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón (Provincia de Asturias), de 30 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 134579) al afirmar que, no permitiendo la devolución de las cantidades, lo que se hace es premiar la conducta abusiva de los bancos, pues no se impone a éstos ningún coste económico por dicha conducta. El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño y,

Si atendemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento sin causa, observamos que Nuestro Alto Tribunal entiende por justa causa de una atribución patrimonial aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o porque exista una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia⁴⁰. En nuestro caso, aunque sí existe un negocio jurídico válido y eficaz, el préstamo hipotecario —pues aunque una cláusula sea declarada nula, el resto del contrato subsiste siempre que ello sea posible (art. 83 TRLG-DCU)—, no es válida la cláusula suelo que lo habilita. Por otra parte, tampoco existe una disposición legal que autorice a la entidad financiera a atribuirse dichas cantidades, más al contrario, el art. 1303 CC preceptúa que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*.

La interdicción del enriquecimiento injusto, cuya formulación sería que “nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro”, informa el Derecho patrimonial —máxime las acciones restitutorias—, operando bien como principio general del Derecho, en defecto de ley y de costumbre, bien como institución jurídica autónoma, y su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico —la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otra, mediando un nexo de causalidad entre ambas—, y una condición jurídica —la ausencia de causa justificativa—⁴¹.

Por otra parte, cabe destacar que la acción de devolución de cantidades no es exactamente una acción acumulada, sino más bien la consecuencia de la nulidad radical que se pretende. En verdad, el art. 12.2 LCGC permite expresamente acumular a la acción de cesación, como petición accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia⁴². Sin embargo, en la STS 118/2012, de 13 de marzo, Nuestro Alto Tribunal afirma que los arts. 1303 CC y 12.2 LCGC vinculan a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia *“restitutio in integrum”* de las cantidades, como consecuencia de haber quedado éstas sin causa que las justifique. Según el Tribunal Supremo, se trata del resultado natural de la propia nulidad de la cláusula que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente⁴³.

no obstante, se le concede un premio, al declararse la irretroactividad de la cláusula suelo declarada nula. Según dicho auto, es impropio declarar que la víctima de una agresión sea la obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones, daños y perjuicios sufridos por dicha agresión (FD 6º).

40 Sentencia de 13 de enero de 2015, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (RJ 2015, 267), FD 10º.

41 Sentencia de 13 de enero de 2015, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (RJ 2015, 267), FD 10º.

42 CADENAS DE GEA, C.: “El ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusulas suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios, ob. cit.*, págs. 305 y 331.

43 Sentencia núm. 118/2012, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 13 de marzo (RJ 2012, 4527), FD 9º.

A este respecto, resulta sumamente ilustrativa la STS 251/2005, de 22 de abril – posteriormente confirmada por la STS 571/2008, de 23 de junio de 2008⁴⁴–, que afirma que la consecuencia económica procedente de la declaración de nulidad de una cláusula contractual es que se reintegren los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma, pues así se deduce del art. 1303 CC, cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. La nulidad conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial, pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual⁴⁵.

Por su parte, el art. 9 LCGC establece que *“la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”*, lo que significa que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo puede ser instada por el adherente a través de los arts. 1300 y siguientes del CC⁴⁶. Esto nos lleva a pensar que la solicitud de devolución de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula suelo no es exactamente una acción acumulada, sino la consecuencia ineludible de la aplicación de las normas de la nulidad, en concreto, de lo dispuesto en el art. 1303 CC, que como sabemos sanciona la nulidad con la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses⁴⁷.

44 Sentencia núm. 571/2008, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de junio (RJ 2008, 4266).

45 Sentencia núm. 251/2005, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de abril (RJ 2005, 3751), FD 6º.

46 En principio, ésta sería la vía para litigar las cláusulas suelo cuando se trate de contratos de préstamo hipotecario celebrados entre empresarios y entidades financieras, al estar sujeto el ámbito de actuación del segundo filtro del control de transparencia a las relaciones entre profesionales y consumidores. En concreto, dicho mecanismo de fiscalización ha sido residenciado por Nuestro Alto Tribunal en el art. 80.1 TRLGDCU, lo cual no dejaría dudas respecto de los sujetos a quienes debería aplicarse (STS de 9 de mayo de 2013, FD 12º, apartado 210). No obstante, cabe destacar la opinión de YÁÑEZ DE ANDRÉS (“Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada [Especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios]”, en *Diario La Ley*, nº 8419, Sección Tribuna, 12 de noviembre de 2014, año XXXV, pág. 8), según la cual, por aplicación de los principios generales *contra proferentem* y *favor debitoris*, siempre que exista identidad de razón, debería proceder una aplicación analógica de las normas de consumo, pues la protección a dispensar judicialmente, en este ámbito de control de la prohibición del carácter abusivo, debe entenderse aplicable, con igual fortaleza, también a los autónomos y pequeños empresarios que, careciendo de la capacidad y fuerza negociadora de las grandes empresas y corporaciones respecto de las entidades bancarias, concurren como adherentes a la contratación seriada de productos bancarios como verdaderos consumidores –no negociadores–.

47 CADENAS DE GEA, C.: “El ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusulas suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios, ob. cit.*, pág. 307.

Esto significa, y aquí se discrepa de la posición mantenida por cierta parte de la doctrina⁴⁸, que la STS de 8 de septiembre de 2014⁴⁹ sí debería haberse pronunciado sobre la cuestión de la devolución de las cantidades, y más concretamente, a su favor, puesto que en dicha sentencia Nuestro Alto Tribunal considera que las cláusulas suelo enjuiciadas son abusivas por falta de transparencia. En este sentido, el hecho de que la parte demandante se aquietara respecto al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia sobre la devolución de las cantidades, no constituye un óbice para que el Tribunal Supremo se hubiese pronunciado sobre ella, al ser ésta una consecuencia intrínseca de la declaración de nulidad⁵⁰.

Así pues, el Tribunal Supremo, al no reconocer la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por mor de las cláusulas suelo bajo el argumento de que no se había acumulado dicha acción a la de cesación, no sólo está incurriendo en un formalismo exacerbado que ignora los principios *pro actione* y *favor debitoris*, sino que está permitiendo un enriquecimiento injusto por parte de las entidades financieras demandadas, al mismo tiempo que se aleja de su propia doctrina, del texto del Código Civil y del espíritu de la LCGC, pues no creemos que sea la voluntad de este cuerpo legal negar una regla clásica de nuestro Derecho cuando posibilita la acumulación de tales acciones.

C. La Cláusula Suelo: Una Demanda de Cuantía Indeterminada

Respecto a la determinación de la cuantía que debe ser objeto de devolución, resulta de obligada aplicación lo dispuesto en el art. 251 LEC, al ser éste el precepto que contiene las reglas de determinación de la cuantía. Dicho artículo establece como primera regla que *“si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad, y si falta la determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada”*. Esto implica que, aunque es verdad que es necesario que la cuantía cuya devolución se pretende quede expresada en la demanda, pues no cabe su determinación en ejecución de sentencia ni se puede hacer recaer la carga de dicha determinación en la parte demandada por impedirlo la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 219 y 253.2 LEC), so riesgo de generar indefensión en el demandando, no es

48 LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente”, en *Diario La Ley*, nº 8426, Sección Tribuna, 21 de noviembre de 2014, págs. 4 y 8.

49 Sentencia núm. 464/2014, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 8 de septiembre (RJ 2014, 4660). En adelante, STS de 8 de septiembre de 2014.

50 En concreto, la STS de 8 de septiembre de 2014 manifiesta que “esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando, por tanto, firme” (FD 2º, apartado 10).

menos cierto que, como bien indica el precepto mencionado, a falta de su determinación, “la demanda se considerará de cuantía indeterminada”, por lo que la demanda por la que se interpuso la acción de cesación bien podría considerarse de esa categoría⁵¹.

Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión de la determinación de la cuantía a un proceso posterior cuyo objeto se circunscriba a la cuantificación, o si ésta debe llevarse a cabo en fase de ejecución de sentencia. Sin embargo, la realización de dicha actividad en la fase de ejecución de sentencia supone una mayor simplificación y economía procesal que no conviene desdeñar. Además, esta posición, lejos de suponer una vulneración de lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, suaviza una regulación que, si bien, como regla general, es saludable para el sistema, aplicada con un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, pues no cabe duda que dejarles, en este tipo de casos, sin el derecho a la indemnización, afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales –contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial–, permitan dar satisfacción a su legítimo interés⁵². En esta línea se sitúa la SAP de Jaén, de 14 de mayo de 2014, al optar por el cálculo de las cantidades en la fase de ejecución de sentencia⁵³.

Por otra parte, dada la naturaleza pecuniaria de la prestación restituible, el cálculo no estaría sometido a las dificultades propias de la restitución *in natura* que afectan a las prestaciones no pecuniarias⁵⁴, pues el Tribunal Supremo cuenta con el interés variable establecido por la entidad bancaria y las cuotas de amortización del préstamo, reduciéndose el cómputo a una mera operación aritmética. De hecho, puede incluso afirmarse que las bases de la determinación de la cuantía ya vienen establecidas por las propias condiciones del préstamo, expuestas en la sentencia.

Tampoco podría fundarse la falta de efectos retroactivos en el carácter sucesivo o continuado de las prestaciones hechas, que en este caso no se realizan en el marco de un contrato de tracto sucesivo –donde, en efecto, la nulidad no tiene efectos retroactivos–, sino de tracto único –el préstamo–, aunque los actos dirigidos al cumplimiento se dilaten en el tiempo⁵⁵.

51 LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, *ob. cit.*, pág. 5; CADENAS DE GEA, C.: “El ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusulas suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, *ob. cit.*, págs. 200 y 302.

52 Sentencia núm. 993/2011, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de enero (RJ 2012, 1785), FD 3º.

53 Sentencia núm. 190/2014, de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), de 14 de mayo (JUR 2014, 196031).

54 CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *ob. cit.*, pág. 5.

55 CORDERO LOBATO, E.: “Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *ob. cit.*, pág. 5.

3. La Excepción del Riesgo de Trastornos Graves para el Orden Público Económico

Para el estudio de la segunda excepción que utiliza el Tribunal Supremo para declarar la eficacia *ex nunc* o desde ahora —desde el fallo— de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas en la STS de 9 de mayo de 2013, conviene partir de las palabras que el Ministerio Fiscal expresa en su recurso de casación y que son, parafraseando a la propia STS de 9 de mayo de 2013, las que siguen: que debe precisarse el elemento temporal de la sentencia, ya que si se otorga un efecto retroactivo total quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas, a lo que añade dicho Ministerio Público que no es ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso⁵⁶.

Secunda estas palabras el Tribunal Supremo, que en el apartado 293, letra k), de la STS de 9 de mayo de 2013, manifiesta que “es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”.

Así pues, Nuestro Alto Tribunal considera que, si bien la regla general es que las declaraciones de nulidad poseen una eficacia retroactiva, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre ellos de forma destacada, la seguridad jurídica respecto de la conservación de los efectos consumados (art. 9.3 CE)⁵⁷.

Esta conclusión está fuertemente basada en la doctrina de la STJUE de 21 de marzo de 2013, Caso RWE Vertrieb⁵⁸, por lo que el estudio de dicha resolución resultará capital para elucidar la limitación de los efectos retroactivos de la STS de 9 de mayo de 2013. En concreto, dicha sentencia considera que “sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”⁵⁹.

56 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 277.

57 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartados 287 y 288.

58 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), Caso RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. Sentencia de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93). En adelante, STJUE de 21 de marzo de 2013.

59 STJUE de 21 de marzo de 2013, apartado 59.

Como puede observarse, según el TJUE, para limitar los efectos de una sentencia en el tiempo será necesario: 1. Que haya buena fe en los círculos interesados; y 2. Que haya riesgo de trastornos graves. No obstante, estos requisitos deben ser completados con los expuestos por la STJCE de 27 de abril de 2006, que son los siguientes: 3. Que se hayan celebrado un elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor; y 4. Que particulares y autoridades nacionales se hayan visto incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habrían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas⁶⁰.

Dado que estos requisitos son cumulativos, deberán cumplirse todos ellos para poder limitar los efectos de una sentencia en el tiempo. Esto significa, *sensu contrario*, que bastará la inobservancia de uno de ellos para que no pueda procederse a dicha limitación. En este sentido, aunque sí se han celebrado un gran número de contratos de préstamo hipotecario con cláusulas suelo⁶¹, no parece que particulares y la autoridad nacional se hayan visto inducidos a no cumplir los requisitos de transparencia debido a la existencia de una incertidumbre objetiva respecto al alcance de las disposiciones comunitarias⁶².

Tampoco parece que pueda hablarse de existencia de buena fe de los círculos interesados —a pesar de que el Tribunal Supremo considere la buena fe de las entidades bancarias una presunción *iuris et de iure* con anterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, y no *iuris tantum*⁶³—, dado que Nuestro Alto Tribunal declara nulas por abusivas las cláusulas suelo enjuiciadas en base a un déficit de transparencia, es decir, a una falta de información precontractual por parte del predisponente sobre la carga económica y jurídica del contrato⁶⁴, lo cual pone de manifiesto que las entidades financieras demandadas no obraron de manera deontológicamente correcta⁶⁵. No se puede reputar de buena fe a quien ha impuesto una cláusula sin facilitar la debida información de sus efectos negativos, pues con dicha actitud ha impedido a los consumidores elegir otras

60 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), Caso Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions, Sentencia de 27 de abril de 2006 (TJCE 2006, 119), apartado 42.

61 *Vid. ut supra*, pág. 5.

62 GUTIÉRREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DE YRAOLA, A. M.: “La STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 3, 2013, pág. 3.

63 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8561, Sección Doctrina, 15 de junio de 2015, págs. 7 y 8; STS de 25 de marzo de 2015, FD 9º, apartado 5.

64 STS de 9 de mayo de 2013, FD 12º, apartado 210.

65 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, *ob. cit.*, pág. 8.

ofertas que, aunque pudieran imponerle un mayor interés remuneratorio, no encubrieran los perniciosos efectos de una cláusula suelo⁶⁶.

Por todo lo expuesto, bien podría concluirse que no procede la limitación de la retroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, se abordará el requisito de la existencia de riesgo de trastornos graves con el fin de llevar a cabo una refutación completa. A este respecto, cabe destacar que la STJUE de 21 de marzo de 2013 se refiere a riesgo de trastornos graves, pero no para el orden público económico, sino para las empresas demandadas. Así lo demuestra en sus apartados 61 y 62 al concluir que no existe dicho trastorno para las condiciones financieras de las empresas suministradoras de gas en Alemania. En este sentido, llama considerablemente la atención que el Tribunal Supremo invoque una doctrina que luego no va a aplicar, no sólo porque no respeta los límites del propio concepto enunciado, sino porque no tiene en cuenta la conclusión del TJUE ante un caso de características similares en cuanto al número de contratos celebrados, que es la no consideración de riesgo de trastornos graves⁶⁷. Ello pone de manifiesto el carácter excepcionalísimo de dicha doctrina⁶⁸.

De hecho, el trastorno para la economía de las entidades financieras demandadas bien puede solventarse mediante la reducción del importe pendiente de amortizar del préstamo en la cantidad que se haya abonado en virtud de las cláusulas suelo, pues con ello la entidad no tendría que devolver el dinero en efectivo y en un único acto, sino que la compensación de las cantidades cobradas de más se iría llevando a cabo de manera periódica, al mismo tiempo que disminuiría el endeudamiento del consumidor⁶⁹.

Por otra parte, si aceptamos la ampliación del concepto que realiza el Tribunal Supremo como una hipótesis correcta, cabe señalar que ésta tampoco se cumple, pues no puede afirmarse que la devolución del dinero suponga un trastorno grave para el orden público económico cuando dicho dinero sería devuelto a particulares y familiares, activándose el consumo y volviendo a formar parte del sistema económico⁷⁰. De hecho, si se considera un riesgo para la economía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo por privar de liquidez a las entidades bancarias⁷¹, por

66 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 2.

67 GUTIÉRREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DE YRAOLA, A. M.: “La STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 3.

68 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 8.

69 HERNÁNDEZ GUARCH, C., *ob. cit.*, págs. 168 y 169.

70 GUTIÉRREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DE YRAOLA, A. M.: “La STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 3.

71 Cabe destacar a este respecto la opinión de ACHÓN BRUÑÉN (“La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de

la misma razón la no devolución de dichas cantidades a los numerosos afectados puede originar también un efecto económico perturbador al repercutir en el consumo, dado que los ciudadanos dispondrán de menos dinero para el gasto⁷². En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la actividad probatoria que despliega el Tribunal Supremo respecto al riesgo de trastornos graves para el orden público económico brilla por su ausencia⁷³.

En otro orden de cosas, no es competencia de los tribunales civiles velar por la economía de las entidades bancarias evitando que un alud de reclamaciones de deudores afectados por cláusulas suelo no transparentes pudiera causarles un perjuicio económico, sino que su única función es impartir justicia en el sentido propio del término, lo que supone dictar resoluciones equitativas y ajustadas a Derecho, aspecto que, a nuestro juicio, no se ha cumplido, pues la no restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo no cumple ninguno de dichos condicionantes, ya que ni es justo que los afectados deban sufrir la pérdida de cantidades indebidamente abonadas por una cláusula nula, ni dicho pronunciamiento es acorde a lo dispuesto en las leyes ni en la normativa europea⁷⁴. A los órganos jurisdiccionales civiles tan sólo les compete resolver los conflictos entre los particulares, no siendo su función velar por el interés general, más propio de otros órdenes jurisdiccionales⁷⁵.

Cabe destacar que, a pesar de que el Tribunal Supremo lo relega a un lugar secundario al comenzar directamente la cita con “puede el Tribunal de Justicia”⁷⁶, conviene tener presente que esta doctrina limitativa de los efectos de una sentencia en el tiempo posee un carácter excepcional, como bien afirma no sólo la STJUE de 21 de marzo de 2013, sino también la STJCE de 10 de enero de 2006⁷⁷.

La verdad es que la inaplicación de la restitución recíproca de las prestaciones del art. 1303 CC habría requerido no sólo una fundamentación más sólida, sino que, al menos, las razones esgrimidas hubiesen sido esencialmente jurídicas, pues el orden público económico ni es fuente del Derecho, ni es un criterio de interpretación de las normas jurídicas. Esto nos lleva a plantearnos hasta qué punto una razón económica puede anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones

2015”, *ob. cit.*, pág. 6) que afirma que “a nadie se oculta que el trastorno que intenta evitar el Tribunal Supremo no es a la economía en general, sino tan sólo a las entidades financieras, riesgo que tampoco resulta fundado”.

72 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 10.

73 HERNÁNDEZ GUARCH, C., *ob. cit.*, págs. 165 y 166.

74 *Vid. ut infra*, apartado IV.

75 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

76 STS de 9 de mayo de 2013, FD 17º, apartado 292.

77 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), Caso Skov vs. Bilka, Sentencia de 10 de enero de 2006 (TJCE 2006,3), apartado 51.

del art. 1303 CC, así como la validez de dicha argumentación para sentar jurisprudencia⁷⁸. A nuestro juicio, no parece que ambas cuestiones deban aceptarse⁷⁹.

4. La STJUE de 14 de Junio de 2012 y la Doctrina de la Prohibición de Integrar las Cláusulas Declaradas Abusivas

Tanto la STS de 9 de mayo de 2013 como la STS de 25 de marzo de 2015, limitan los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas, manifestando que dichas cláusulas carecen de efectos a partir de la fecha de publicación de la primera de las sentencias mencionadas.

Estos fallos, aparte de que desobedecen la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato con efectos que se retrotraen al momento de la celebración del mismo, es decir, con claro alcance *ex tunc*, vulneran la doctrina sobre la no integración de las cláusulas declaradas abusivas instaurada por la STJUE de 14 de junio de 2012 –posteriormente confirmada por la STJUE de 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank–, pues dicha sentencia afirma que del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma⁸⁰.

Así pues, la retroactividad parcial instaurada por el Tribunal Supremo, al suponer una integración o moderación temporal de los efectos de las cláusulas suelo declaradas nulas, implica una vulneración, no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de la normativa comunitaria⁸¹, pues según el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE –que es una

78 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, *ob. cit.*, págs. 5 y 6.

79 En contra, GARCÍA-VILLARRUBIA (*ob. cit.*), que considera que el concepto de orden público es un elemento central dentro de nuestro sistema normativo que sirve como criterio perfectamente válido de interpretación de las normas atento al mandato del artículo 3.1 CC. Así lo ha venido estableciendo en reiteradas ocasiones el Pleno del Tribunal Constitucional, que ya en su Sentencia núm. 117/1984, de 5 de diciembre, afirmaba que “el «orden público» es un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones” (Antecedente de Hecho 6º).

80 STJUE de 14 de junio de 2012, apartado 65; STS de 25 de marzo de 2015, Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O’Callaghan Muñoz, apartados 5º y 7º.

81 STS de 25 de marzo de 2015, Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O’Callaghan Muñoz, apartados

norma imperativa⁸²—, “*los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”.

Con esta postura, el Tribunal Supremo quebranta el principio de no vinculación establecido comunitariamente⁸³, según el cual cuando se declare abusiva una cláusula contractual, los órganos jurisdiccionales nacionales estarán obligados a aplicar todas las consecuencias que, según el derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte afectado por ella, y si no se devuelve a éste todo lo pagado por la aplicación de la cláusula suelo, se va a encontrar vinculado por la misma durante un periodo de tiempo⁸⁴.

Asimismo, no se respeta el efecto disuasorio establecido por el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, pues si un juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de una cláusula declarada abusiva, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre el profesional el hecho de que, pura y simplemente, tal cláusula no se aplique frente a los consumidores, pudiendo verse tentado a utilizarla al saber que, en caso de declararse su nulidad, ésta podría ser integrada por el juez nacional en lo que fuera necesario. Por lo tanto, si se permite a las entidades bancarias confiar en que la nulidad de la cláusula suelo no va a suponer la obligación de devolver las cantidades recibidas indebidamente por su aplicación, ningún interés van a mostrar en eliminarla de sus escrituras de hipoteca, pues serán concededoras de que dicha nulidad no va a afectarles, sino que, por el contrario, les habrá permitido embolsarse ciertas cantidades por su indebida aplicación⁸⁵.

Por otra parte, cabe destacar que la integración temporal que lleva a cabo la STS de 25 de marzo de 2015 supone una incompatibilidad manifiesta con la dicción actual que presenta el art. 83 TRLGDCU, que fue modificado por la Ley 3/2014, de 27 marzo⁸⁶, precisamente porque su antigua redacción, al otorgar al juez facultades moderadoras de las cláusulas declaradas abusivas, vulneraba lo dispuesto por el art. 6 de la Directiva

5º y 7º; ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, *ob. cit.*, pág. 8.

82 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, Caso Invitel (TJCE 2012, 98), apartado 34. En adelante, STJUE de 26 de abril de 2012.

83 STJUE de 26 de abril de 2012; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 30 de mayo de 2013, Caso Jorös (TJCE 2013, 194).

84 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, *ob. cit.*, pág. 8.

85 ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 3.

86 Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

93/13/CEE⁸⁷. En concreto, el art. 83 TRLGDCU establece actualmente que son nulas de pleno derecho las cláusulas declaradas abusivas y que las mismas deben tenerse por no puestas, de tal manera que no sólo procede su inaplicación en el futuro, sino también la obliteración de todos los vestigios de su existencia, lo que conlleva la devolución de lo indebidamente abonado por su aplicación⁸⁸.

5. Las Acciones Individuales de Nulidad y la Devolución de las Prestaciones

A pesar de que las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 limitan la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, constituyendo por sí mismas doctrina jurisprudencial, existen numerosas resoluciones judiciales posteriores de órganos inferiores que han discrepado de la senda instaurada por el Tribunal Supremo y han fallado a favor de la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas con carácter *ex tunc*.

Ello se debe, por una parte, a que la STS de 9 de mayo de 2013 afirmó expresamente la irretroactividad de esa sentencia, declarando como regla general la restitución recíproca de las prestaciones ante supuestos de nulidad contractual, lo cual supone un fuerte indicio de falta de voluntad generalizadora respecto al pronunciamiento sobre la no devolución de las cantidades, y, por otra parte, a la primacía de la ley respecto de la jurisprudencia en el sistema de fuentes recogido en el art. 1 CC, que hace que prime el texto del art. 1303 CC frente a la jurisprudencia, por mucho que ésta provenga del Tribunal Supremo y constituya por sí misma doctrina jurisprudencial, pues los jueces y tribunales son independientes y están únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117 CE).

En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las palabras que manifiesta la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en su Exposición de Motivos, Capítulo XV, según las cuales en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante —recordemos que, según el art. 1.6 CC, “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”—.

87 El art. 83 TRLGDCU establecía que “1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio aplicable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

88 ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, *ob. cit.*, pág. 3.

En similares términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, afirma que la independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, añadiendo que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁹.

6. Conclusiones

Con independencia de la naturaleza de las acciones ejercitadas, es decir, si éstas son individuales o colectivas, debe aplicarse el efecto restitutorio que lleva aparejado la declaración de nulidad de una cláusula, pues así lo establece nuestro Derecho interno, no sólo en el art. 1303 CC, sino también en los arts. 6.3 CC, 8.1 LCGC y 8, apartados b) y c) TRLGDCU. Para conceder una protección integral al consumidor, la nulidad de una cláusula no sólo ha de tener una proyección hacia el futuro, sino también una vocación de pasado, lo que supone eliminar cualquier huella de su existencia.

Por otra parte, la acción de devolución de cantidades se considera una consecuencia intrínseca e ineludible de la declaración de nulidad de una cláusula, por lo que, independientemente de si ésta se ha acumulado como accesorio a la acción de nulidad o no, los jueces y tribunales deberán pronunciarse sobre ello, no pudiéndose amparar en la falta de acumulación de dicha acción a la principal, so riesgo de incurrir en un formalismo enervante que vulnera los principios *pro actione* y *favor debitoris*, provocando un enriquecimiento injusto por parte de las entidades bancarias. Dado que la determinación de la cuantía objeto de devolución se reduce a una mera operación aritmética, ésta deberá realizarse en fase de ejecución de sentencia en aras de una mayor economía procesal.

Teniendo en cuenta que no se cumplen las excepciones argumentadas por el Tribunal Supremo, debería haber operado la regla general del art. 1303 CC, no declarándose la irretroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013. Por otra parte, este pronunciamiento se circunscribe a dicha sentencia, lo cual provoca que el efecto de cosa juzgada material de la misma quede desdibujado, resultando adecuado que resoluciones judiciales posteriores de órganos inferiores fallen en sentido contrario, máxime cuando el texto de la ley prevalece sobre la jurisprudencia, aunque ésta provenga del Tribunal Supremo y constituya doctrina jurisprudencial.

Las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 deberían haber declarado la retroactividad total de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, devolviendo las

⁸⁹ Sentencia núm. 37/2012, del Tribunal Constitucional (Pleno), de 19 de marzo (RTC 2012, 37), FD 4º.

cantidades satisfechas con carácter *ex tunc*, no sólo por todo lo expuesto, sino porque, además, suponen una integración o moderación de una cláusula abusiva, que vulnera lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, y el art. 83 TRLGDCU en su actual redacción.

7. Referencias

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.:

-“La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015”, en *Diario La Ley*, nº 8561, Sección Doctrina, 15 de junio de 2015, págs. 1-14.

-“Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8366, Sección Doctrina, 31 de julio de 2014, año XXXV, págs. 1-21.

-“Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, en *Diario La Ley*, nº 8127, Sección Doctrina, 16 de julio de 2013, año XXXIV, págs. 1-31.

CADENAS DE GEA, C.: “El ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusulas suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (dir.), Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

CORDERO LOBATO, E.:

-“Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Diario La Ley*, nº 8088, Sección Tribuna, 5 de junio de 2013, año XXXIV, págs. 1-4.

-“Nulidad de cláusula suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/Nulidad-de-cl%C3%A1usulas-suelo-no-transparentes-puede-el-consumidor-recuperar-los-pagos-excesivos.pdf>, págs. 1-6.

DÍAZ CAMPOS, J. A.: “Análisis económico-financiero de la cláusula suelo”, en *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (dir.), Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: “La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual”, en *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, nº 17, <http://www.uria.com/es/abogados/mgv?iniciales=mgv&seccion=publicaciones&id=3993&pub=Publicacion>

GUTIÉRREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DE YRAOLA, A. M.: “La STS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 3, 2013, págs. 1-10.

HERNÁNDEZ GUARCH, C.: “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº6, 2013, págs. 1-36.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.:

-“La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente”, en *Diario La Ley*, nº 8426, Sección Tribuna, 21 de noviembre de 2014, año XXXV, págs. 1-10.

-“La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: una discusión abierta para el debate”, en *Diario La Ley*, nº 8279, Sección Documento on-line, 26 de marzo de 2014, págs. 1-6.

MÉNDEZ TOJO, R.: “Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios. ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?”, en *Diario La Ley*, nº 8456, Sección Dossier, 12 de enero de 2015, año XXXVI, págs. 1-18.

PÉREZ BELTRÁN, S.: “Importancia de la acción colectiva de los consumidores en la lucha contra las cláusulas abusivas”, en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-acciones-colectivas-perez-beltran.htm>

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.:

-“La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, en *Diario La Ley*, nº 8154, Sección Tribuna, 23 de septiembre de 2013, págs. 1-9.

-“Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret: revista para el análisis del derecho*, nº 3, julio de 2013, págs. 1-28.

PLAZA PENADÉS, J.:

-“Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ‘irretroactividad’ de las cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8553, Sección Tribuna, 6 de mayo de 2015, págs. 1-7.

-“Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, en *Diario La Ley*, nº 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013, año XXXIV, págs. 1-16.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, en *Diario La Ley*, nº 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, págs. 1-7.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: “Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada [Especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios]”, en *Diario La Ley*, nº 8419, Sección Tribuna, 12 de noviembre de 2014, año XXXV, págs. 1-9.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EMPRESARIALES EN ESTADOS CONSTITUCIONALES. ENTRE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA EFICIENCIA EN LOS NEGOCIOS

DENNIS JOSÉ ALMANZA TORRES

Profesor de la Universidad la Salle (Perú). Investigador visitante en la Universidad de Zaragoza (España). Maestro y doctorando en Derecho por la *Universidade Federal de Paraná* UFPR (Brasil). Defensor Público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Perú). Email: almanzadennis@gmail.com

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Profesora Titular de Derecho Societario en la PUCPR (Brasil). Profesora Asociada de Derecho Empresarial UFPR (Brasil). Procuradora del Estado de Paraná (Brasil). Investigación de Pós-doctorado por la FGVSP (2005-2006). Pos-doctorado por la *Universidade de Lisboa* – Portugal (2011/2012). Investigadora Invitada de la *Université de Montréal* - Canada (2007). Becaria de Productividad de la Fundación Araucária – Pr. Email: marcia.ribeiro@pucpr.br

Resumen

Finalizados los conflictos armados del siglo pasado, importantes mudanzas se dieron en el ámbito jurídico, tal vez el más significativo fue el resurgimiento del constitucionalismo. El nuevo constitucionalismo o *neoconstitucionalismo* propone una teoría para la interpretación y aplicación de las normas donde, según algún criterio de justicia pretensiosamente racional y no voluntaria, se elaboren justificativas teóricas y abstractas para la flexibilización de la ley en compatibilización con principios de contenido indeterminado. El ordenamiento brasileño adoptó claramente esta posición, lo cual se refleja tanto en su Constitución Política de 1988 como en el resto de sus principales leyes. El Código Civil brasileiro de 2002 no es la excepción. Este código unificador del derecho privado, al igual que el Código Civil italiano de 1942, introdujo al derecho comercial dentro de su ámbito regulatorio con el título de Derecho de Empresa. A raíz de su *constitucionalización*, todos los institutos del derecho privado que conforman el código civil (propiedad, contrato y ahora empresa) deben ser interpretados conforme criterios de derecho público. Como la creación, aplicación e interpretación de una norma se realiza dentro de estos parámetros, el legislador o juez, *neoconstitucional*, por lo general, no considera las reales consecuencias de una ley o de una decisión judicial. Incluso si estas derivan o corresponden a una relación jurídica comercial (o empresarial). Frente a ello, resulta necesario elaborar un marco

teórico que permita prever y sopesar las probables consecuencias de una decisión judicial dentro del contexto legal, político, social, económico e institucional en el cual será aplicada. Este objetivo se puede conseguir utilizando instrumentos analíticos de las ciencias económicas. Consideramos que las nuevas vertientes del análisis económico del derecho pueden introducir una metodología que contribuya significativamente para la comprensión de fenómenos sociales y que auxilie en la toma racional de decisiones jurídicas en este campo. Todo ello teniendo en consideración la función económica que tiene la empresa en nuestra sociedad y las particularidades del derecho empresarial moderno.

Palabras clave

Derecho y economía; Principios; Interpretación; Derecho comercial.

Abstract

Important changes occurred in the legal field after the end of armed conflict of the twentieth century. One such change was the revival of constitutionalism. The new constitutionalism or neoconstitutionalism proposes a theory for the interpretation and application of legal rules, according to a justice criteria, which pretends to be rational (and not voluntary). Such framework suggests the development of theoretical and abstract justifications for the flexibilization of the law and its compatibility to the principles of undetermined contents. The Brazilian system clearly adopted this position, which is reflected in its 1988's Constitution and the rest of the main laws of the country. The Brazilian Civil Code of 2002 is not exception. This code unifying of the private law, in the likeness of the Italian Civil Code of 1942, commercial law was introduced within its regulatory domain with the title of Business Law. Following its constitutionalization, all private law institutes that make up the civil code (property, contract and now companies) should be interpreted according to the criteria of public law. As the creation, application and interpretation of a rule is made within these parameters, the legislator or judge, neoconstitutional usually does not consider the real consequences of a law or a court decision. Even if these are derived or a commercial (or business) legal relationship. Against this, it is necessary to develop a general theory for predicting and weigh the likely consequences of a decision or public policy within the legal, political, social, economic and institutional context in which they will be implemented. This objective can be achieved using analytical tools of economics. We believe that is the new aspect of law and economic which will introduce a methodology that contributes significantly to the understanding of social phenomena and help in rational legal decision-making in this topic. All this taking into consideration the economic function that the company has in our society and the particularities of modern corporate law.

Key words

Law and Economics; Principles; Interpretation; Commercial Law.

1. Introducción

Uno de los legados de la Revolución Francesa para los países adheridos a la tradición romano-germánica, fue el asentamiento de la distinción entre lo público y lo privado. El espacio público representa a la colectividad y las normas que la orientan, donde la principal es la Constitución. Por otro lado, el conjunto normativo que predomina en el espacio privado es el Código Civil. En ese escenario, cada uno de estos espacios mantiene sus concepciones axiológicas propias, formando un sistema de paralelas.

En el estado social – fase posterior al estado liberal – que se inició en el Brasil con la Constitución de 1934 y se acentuó con la de 1988, esta separación se vio afectada, existiendo espacios de intersección entre los asuntos que envuelven a la sociedad y las relaciones interindividuales.

Esta ligación trae como consecuencia la necesidad de interpretar las normas contenidas en el Derecho privado en consonancia con las vertientes establecidas en la Constitución Federal. Para realizar esta lectura, la Constitución adquirió un contenido “renovado”, ya que “não representa uma carta política, mas o arcabouço jurídico que serve uma diretriz dogmática para todos os ramos do Direito”. (FREITAS PEDRO, 2012, p. 82).

Uno de los resultados de la constitucionalización del derecho civil es el traslado de los valores constitucionales para el campo del derecho privado. El incluir dentro de la Constitución diversos principios típicos del derecho privado, conlleva a que todo el derecho privado, en lo que es alcanzado por estos principios, debe ser interpretado conforme la Carta Magna. (FACCHINI, 2010, p. 58).

Prueba de ello es la nueva visión jurídica que se tiene del contrato, en este acuerdo antiguamente predominaba tajantemente la voluntad de las partes, esta era “ley” entre los contratantes. Actualmente, no sólo los intereses de las partes son los que importan, sino es necesario que el contrato cumpla con los fines últimos establecidos en la Constitución. Situación similar es la que se observa en la función social de la empresa la cual debe estar alineada a los principios constitucionales del orden económico.¹ (AGUSTINHO Y RIBEIRO, 2010, p. 430).

Dentro de estos principios, como señala Facchini Neto, el verdadero *primus inter parís*, es el principio de la dignidad de la persona humana, colocando en el centro del derecho civil al ser humano, dejando en un segundo plano al patrimonio el cual era el centro de las preocupaciones privatistas en los códigos modernos derivados del *Code de Napoleon*. (FACCHINI, 2010, p. 53).

¹ Además de estos, se pueden citar: la protección al consumidor que otorga el Estado (Art. 5º, inciso XXXII), las normas referidas a la adquisición de la propiedad a través de la usucapión especial urbana y rural (Art. 183 y 191); la protección a la familia, al matrimonio y a las uniones estables, así como la prohibición de discriminar entre cónyuges e hijos. (Art. 226 y 227). (Cf. SARLET, 2010, p. 20).

En tal sentido, las Constituciones en el Estado social de derecho reconocen la autonomía de lo económico y del mercado, por medio de la garantía de los diversos derechos que les corresponde a los operadores económicos – derivados de la propiedad privada, libre iniciativa económica, libertad contractual, etc. Sin embargo, también reconocen que este no puede ser el último horizonte, porque su desarrollo no trae consigo otros valores no económicos con los cuales la economía debe formar un sistema. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 102)

Estas referencias constitucionales que buscan concretar valores igualitarios como la justicia, que antiguamente eran dejados de lado por la visión marcadamente formalista del derecho, culminaron por constitucionalizarse en principios, por ello no solamente sirven para completar lagunas de la legislación infraconstitucional, sino llegan a ser “regras condutoras da aplicação e do alcance das próprias disposições constitucionais” (GONÇALVES NETO, 2008, p. 59).

Sin embargo, cuando se está frente a la aplicación de estos principios a las relaciones privadas, con frecuencia, abusos o distorsiones en esta aplicación conllevan a la obstaculización del desarrollo de las actividades comerciales. Esto es resaltado por Pimenta y Boglione, cuando afirman que en la actualidad y en este nuevo escenario, los economistas defienden el respeto a las leyes y a los contratos, mientras que los juristas relativizan el conocimiento y la interpretación legal. (PIMENTA y BOGLIONE, 2008, p. 60).

Al tratarse de actividades comerciales, sus efectos sobrepasan a las partes, las externalidades negativas que derivan de estas aplicaciones repercuten en la sociedad como un todo.

Como la constitucionalización del derecho busca afirmar la supremacía de la Constitución y valorizar la fuerza normativa de los principios y valores que son subyacentes a toda orden jurídica, descuida otros aspectos sumamente importantes. Autores afirman que el neoconstitucionalismo no se preocupa suficientemente con las reales consecuencias de determinada ley o decisión judicial (GICO Jr., 2014, p. 10).

2. Actividad Empresarial: Entre la Realidad y la Norma

La interpretación de las normas del derecho comercial debe tener en consideración dos aspectos sumamente importantes: Primero, los factores económicos, políticos y sociales que sentaron los cimientos para el surgimiento de esta rama y que a su vez propiciaron su perfecta separación del derecho civil o común, lo que sirve para particularizarlo como una categoría histórica; y segundo, su carácter dinámico, su adaptabilidad a diferentes contextos y alteraciones (GONÇALVES NETO, 2008, p. 34).

Este entender es compartido por Verçosa, quien, citando a Barreto Filho afirma: “pela evolução errática do Direito Comercial, ele jamais poderia alcançar o grau de ciência ontológica, mas tão somente histórica” (VERÇOSA, 2010, p. 19).

Bajo estas justificativas, gran parte de comercialistas coinciden en afirmar que el derecho empresarial debe ser analizado teóricamente teniendo como marco el método histórico-deductivo. Realizar un abordaje histórico para conocer en líneas generales las causas de su evolución y realizar una atenta observación a la realidad para conocer no solamente el último peldaño de su evolución, sino los criterios que se debe seguir para calificar conceptualmente esa realidad (GARRIGUES, 1987 p. 15,16).

Este método para analizar el derecho empresarial, en el entender de Gonçalves Neto: “Ajusta-se à concepção normativo-realista do direito (...), isto é, à corrente do pensamento jurídico que, repugnando a Escola Livre do direito (...), também não adere ao normativismo-formalista pregado por Kelsen, que inibe a análise, pelo interprete, da evolução das regras jurídicas a partir das mudanças por que passam os fatos que elas visam regular” (GONÇALVES NETO, 2008, p. 35).

De esta manera, en esta rama del derecho, el apego al plano exclusivo de las normas, sin considerar la realidad que el derecho pretende regular, provoca distorsiones incómodas en los mercaderes, ya que se estaría abstrayendo el aspecto funcional del derecho, es decir para que sirve y a quienes se destina; pues el derecho tiene como función regular la vida en sociedad.

Lobo, coincidiendo con esta posición afirma que la escuela que más atiende los reclamos y exigencias requeridas por las frecuentes mudanzas en el campo del Derecho Comercial es la *sociological jurisprudence* representada por Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo y Luiz Brandeis; pues esta escuela “luta por inserir o direito no mundo das ações concretas, tendendo à efetiva realidade das coisas e da gente que as realiza, conduzindo o direito para fora do exclusivamente formal, conceitual e analítico.” (LOBO, 1999, p. 62).

Este movimiento surgió a finales de la primera guerra mundial, como una respuesta al pensamiento jurídico norteamericano formalista que predominaba en esa época, se caracterizaba por: la objetividad del derecho positivo, la naturaleza sistemática del derecho, el cognoscitivismo interpretativo, el cognoscitivismo doctrinal y el cognoscitivismo jurisdiccional. (CHIASSONI, 2013, p. 13,14).

El realismo jurídico sentó las bases para el surgimiento de varias escuelas de pensamiento jurídico interdisciplinarias no necesariamente convergentes, las mismas que pretendían analizar la problemática jurídica de forma más realista y pragmática. Entre estas destacan el Análisis Económico del Derecho y los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*). (GICO Jr., 2014, p. 07).

3. El Análisis Consecuencialista

Actualmente, en vista del dinamismo espacial y valorativo del derecho, el juez busca desvendar los parámetros establecidos literalmente en el conjunto normativo por el

legislador. Sin embargo, con frecuencia, este análisis principiológico facilita la toma de decisiones en base a los valores personales del juzgador.

Esta situación, hasta cierto punto sería problemática, dada la amplitud de criterios propios por parte de los juzgadores, pues si bien ellos tienen la función de integrar el sistema por medio de cláusulas abiertas y principios, también tienen la responsabilidad de medir el impacto y las consecuencias de sus decisiones frente a las partes y a toda la sociedad. (VENTURI, 2012, p. 134).

Así como el método deductivo, mantenido durante años, se demostró insuficiente debido a la natural abertura y complejidad del sistema, similar rumbo tomó el método argumentativo, debido al alto nivel de incerteza de las decisiones judiciales que presenta.

Como una tercera propuesta para legitimar las decisiones judiciales, surge el paradigma consecuencialista. Las relaciones intersubjetivas dentro de la sociedad en el actual siglo XXI, denotan una clara interrelación entre los individuos, pues todos son considerados, sea real o virtualmente, consumidores de algo, por lo tanto dependientes directa e indirectamente, mediata o inmediatamente de lo que le suceda al otro.

Ello conlleva a que, dentro del actual Estado Constitucional Social Democrático de Derecho de corte pos-positivista, donde se dejó de lado la solución del problema por la simple deducción lógica, se debe considerar, al momento de realizar un análisis judicial, las consecuencias que de esta derivan con la intención de ponderar una mejor decisión en vista de la multiplicidad de alternativas que ofrece la abertura del sistema jurídico. (VENTURI, 2012, p. 146,147).

El análisis consecuencialista permite prever dentro de lo posible, las consecuencias jurídicas y económicas sociales que una decisión judicial producirá en el futuro a la sociedad en general, donde los efectos se podrán percibir tanto inmediata como mediatamente. De esta manera se considera “a la decisión adoptada como un incentivo para conductas futuras de partes no involucradas en el pleito.” (LORENZETTI, 2006, p. 233).

Así, el análisis consecuencialista tendría una clara función de control respecto al impacto económico y social derivada de alguna decisión. A ello se puede llegar utilizando instrumentos analíticos de las ciencias económicas, específicamente examinando algunos fundamentos del análisis económico del derecho, los cuales servirían como instrumentos teóricos muy útiles para analizar las consecuencias de las decisiones judiciales. (VENTURI, 2012, p. 142).

Esta aproximación entre el derecho y la economía se debe a que ambas se ocupan de conductas humanas, sus diferencias derivan de los diversos enfoques que cada uno de estos adopta en relación al fenómeno.

4. La Necesaria Aproximación entre el Derecho y la Economía

Como el derecho de la empresa, es el conjunto de principios y normas que regulan un instituto netamente económico (la empresa) (PIMENTA, 2006, p. 56), el derecho comercial mantiene una estrecha relación con esta ciencia. En tal sentido, como afirma Goldshmidt, “La historia del Derecho Comercial, como todas las historias del Derecho, no se entiende bien sino en relación con la historia universal de la civilización y, especialmente, con la historia de la economía” (OLAVARRIA AVILA, 1961, p. 7).

De la misma forma, la interdependencia entre estas dos ciencias, sale a manifiesto en casos concretos y en decisiones judiciales, donde el Derecho actúa (o debe actuar) resguardando el respeto a los contratos y a la propiedad privada y la economía analizando los costos de cualquier relación jurídica y comercial. (PIMENTA, 2006, p. 61).

De manera general, a lo largo de las últimas décadas los economistas han venido utilizando su arsenal conceptual para estudiar temas que tradicionalmente pertenecían a filósofos y juristas. (CALSAMIGLIA, 2006, p. 27). Así, antiguamente, el derecho recurría a la economía solamente cuando las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y la determinación de daños monetarios lo requerían. Actualmente, y específicamente desde la década del sesenta del siglo pasado este panorama cambió, cuando el análisis económico del derecho se expandió a las áreas más tradicionales del mismo como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal y procesal penal, y el derecho constitucional. (COOTER y ULEN, 1998, p. 11,12).

El análisis económico del derecho se basa en los principios de la teoría microeconómica, la cual a su vez tiene como centro de sus estudios la toma de decisiones realizadas por grupos pequeños como individuos, empresas, clubes y oficinas gubernamentales. (COOTER y ULEN, 1998, p. 22).

No existe consenso respecto a los orígenes de este movimiento, para algunos, fue en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, donde, en la década del cincuenta del siglo pasado, el profesor Aaron Director sentó las bases para el nacimiento de esta corriente. Por otro lado, también se afirma que el estudio del Análisis Económico del Derecho comienza con Posner, específicamente con su texto *El Análisis Económico del Derecho*.² Finalmente, otro sector afirma que la primera ola del *Law and Economics* tiene su fundamento en los artículos de Ronald Coase y en los trabajos sobre responsabilidad extracontractual de Guido Calabresi, pues los trabajos de estos dos tenían una forma

2 Publicado en 1972. Posner considera que los antecedentes del AED se encuentran en los trabajos de Benthan y del análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual en Holmes. (SETIÉN RAVINA, 2011, p. 19).

sistemática de razonamiento que denotaba el abordaje de una racionalidad económica.³ (SETIÉN RAVINA, 2011, p. 17-19).

El estudio del análisis económico del derecho, requiere previamente, la comprensión de tres presupuestos fundamentales, los mismos son usados a menudo como fundamento en los textos que tratan este tema, a su vez son blanco de sus principales críticas. Estos son: la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos. (SETIÉN RAVINA, 2011, p. 44).

4.1. La racionalidad

Tanto en el derecho como en la economía, los raciocinios utilizados son diferentes.⁴ En la economía, la crítica y la evaluación pueden realizarse en términos de eficiencia o costo. “o tipo ideal na economia é uma racionalidade, que explica e interpreta as ações ‘de um ponto de vista econômico’ (...) O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico”. En el derecho la crítica se da por la legalidad. “O ponto de vista jurídico é essencialmente o de cumprir a regra”. Esto dista hasta cierto punto de la idea que aún se mantiene en algunos sectores donde se considera que el tipo ideal del raciocinio jurídico es conseguir el bien. (LOPES, 2004, p. 140-142).

La idea de racionalidad que utiliza el análisis económico del derecho es la misma que utilizan los economistas. Respecto a esta racionalidad, se parte de reconocer que el humano está dispuesto a realizar todos sus esfuerzos con el fin de obtener mayor satisfacción, por lo tanto estas decisiones “racionales” buscan que sus necesidades y beneficios se maximicen.⁵ (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 77).

3 Si bien la teoría neoclásica es el punto de partida para el estudio del análisis económico del derecho, durante los últimos 20 años, factores externos e internos hicieron que el movimiento iniciado a mediados del siglo pasado, haya sido fortalecido, entre los diversos factores, explica Chiassoni, se tienen la consolidación de los diversos enfoques originarios (*Chicago Law and Economics*, el análisis económico de los costes de transacción, el análisis normativo de la Escuela de *New Haven*, la *New Institutional Law and Economics*, el análisis funcional de *Public Choice* o *Constitutional Economics*) y el surgimiento de novedosos enfoques, los cuales al combinarse con los primeros, dan origen a nuevas teorías (entre estas tenemos: el enfoque de la *Game Theory and the Law*, el análisis económico del derecho experimental, la *Behavioral Law and Economics*, el análisis económico de las normas sociales, la economía política del derecho, la *Feminist Law and Economics*, entre otros). (CHIASSONI, 2013, p. 9,10).

4 Al respecto Jon Elster realiza un análisis interesante destacando algunos aspectos de la racionalidad instrumental que caracteriza al homo economicus en contraste con el contenido y la justificación de las normas sociales propias al homo sociológico. En ese sentido ver: ELSTER, Jon. Racionalidade e normas sociais. In: *Rev. bras. Ci. Soc.*, 1990, no.12. Disponible en: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_12/rbcs12_05.htm. Acceso en 22/05/2015.

5 Otros autores como Ricardo Luis Lorenzetti, señalan como presupuestos de teóricos del AED: 1) El individualismo metodológico, 2) La utilización de modelos analíticos, 3) El modelo del hombre racional

Según explica Setién Ravina, el sentido formal de racionalidad que utiliza la teoría de la elección racional se basa en el supuesto de que las preferencias de los sujetos tienen las propiedades de ser completas, reflexivas, transitivas y continuas.

La completitud está referida al conocimiento completo de las preferencias que tiene el sujeto, de tal manera que pueda ordenarlas y optar por las que prefiera. La transitividad explica que si un sujeto prefiere una opción A antes que una opción B, y la opción B antes que la C, entonces necesariamente preferirá la opción A antes que la C. Por su parte la continuidad refiere que si se está frente a dos alternativas próximas entre sí, y estas ocupan una posición superior a otras, el individuo debe optar por una de las superiores, incluso si la proximidad de las alternativas dificulta su elección. La flexibilidad implica que todo conjunto de preferencias es al menos tan buena como si misma. Todas estas características de las preferencias permiten a los individuos ordenarlas según una función ordinaria de utilidad (SETIÉN RAVINA, 2011, p. 44,45), o, como explican Cooter y Ulen “esto sugiere que los que toman decisiones pueden calcular los costos y los beneficios de las alternativas a su disposición y que optan por seguir la alternativa que ofrezca el mayor beneficio neto”. (COOTER y ULEN, 1998, p. 420).

Esta última afirmación es resaltada por Ribeiro y Galeski Jr., cuando buscan definir lo que es “actuar de forma racional”, así “em terceiro lugar, escolher racionalmente seria o fato do agente poder optar por uma alternativa que lhe oferecerá mais benefícios do que os eventuais custos que podem advir”. (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 81).

De esta manera debe tenerse en cuenta que el actuar de forma racional está referido a la actuación del individuo según las informaciones que posea o según la forma como estas informaciones las analice, así el sujeto puede optar por una alternativa que aparentemente no sea la adecuada, si está conducta aparentemente “inadecuada” le trae mayor utilidad que la opción abandonada.⁶ En tal sentido, el “actuar de forma racional”, está referido a las decisiones personales que le otorgan mayor utilidad y no a lo que desde un punto de vista colectivo sería el actuar más racional.

4.2. La eficiencia

Considerando que, debido a la escasez, la demanda es siempre mayor que la existencia de bienes apreciables, es necesario buscar la mejor distribución de bienes para satisfacer la mayor cantidad posible de demandas racionales. Partiendo de esa afirmación,

y el hombre razonable, 4) Niveles de optimidad, 5) El teorema de Coase, 6) Costo de transacción, 7) Costo de oportunidad. (LORENZETTI, 2006, p. 244-251).

6 Al respecto Ribeiro y Galeski explican: “um determinado individuo pode entender mais adequado gastar seu dinheiro com um vicio ao invés de comprar medicamentos de que necessita, mas nem assim não estará agindo de forma não-racional, porque dada a condição pessoal do agente, o individuo pode entender que a conduta lesiva lhe traz mais utilidade do que os medicamentos” (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 82).

“podemos entender por eficiencia toda aquella ley, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo” (CALSAMIGLIA, 2006, p. 29).

La eficiencia como objetivo en la aplicación del derecho conlleva al apartamiento de los aspectos meramente deontológicos de la norma jurídica, de esta manera, la norma puesta y aplicada debe tener como objetivo la eficiencia. (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 86). Por lo general son dos los modelos que se utilizan para examinar el concepto de eficiencia, el de Pareto y el de Kaldor-Hicks.

De estos dos, el más utilizado por la teoría neoclásica es la eficiencia de Pareto. El óptimo de Pareto está referido al punto de equilibrio donde no es posible mejorar la situación de un agente, sin empeorar la situación de otro agente económico, es decir no es posible realizar más alteraciones para satisfacer a una persona en mejor situación, sin dejar a la otra en situación peor.

En Pareto se llega al padrón óptimo de eficiencia cuando los agentes económicos tienen acceso a los bienes que valorizan más, por medio de un sistema de intercambio y distribución de recursos. (PIMENTA, 2008, p. 66.) Esta idea no lleva en consideración aspectos distributivos como la justicia y la isonomía, solamente tiene como objetivo obtener la mejor distribución posible de los bienes para la satisfacción de las partes. En tal sentido, “o chamado ‘Ótimo de Pareto’ não conduz a uma situação que possa ser considerada boa, justa ou correta”.⁷

Debido a las críticas contra este enfoque, el concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks empezó a destacar. Este criterio parte de la premisa que sostiene que las normas deben ser planeadas con el objetivo de obtener el máximo bienestar para el mayor número de persona, de tal forma que las ganancias totales, compensen de forma teórica, las eventuales pérdidas que algunos sufrieron, siendo - según este criterio - en esas circunstancias que se da la eficiencia. Debe dejarse claro que la decisión tomada que maximiza la riqueza esta apartada de ponderaciones o averiguaciones morales, “soluções eficientes podem ser injustas, desde que o saldo seja positivo, sendo inevitável a constatação de que tal análise seja uma mera ponderação de custo e benefício”. (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 87-89).

4.3. Normas jurídicas como mecanismos de incentivos

Uno de los defectos del que adolecen las tradicionales teorías jurídicas, que explican perfectamente porque las normas deben ser cumplidas, es la insuficiencia para conseguir

7 Al respecto explican Ribeiro y Galeski Jr. “considerando a existência de dois quilos de comida para serem distribuídos entre duas pessoas famintas, se apenas uma ficar com toda a quantidade, poderá ser considerada uma situação de Ótimo de Pareto, porque não haverá uma futura alocação de comida que possa privilegiar uma das pessoas sem prejudicar a outra. Para todos os efeitos, essa não é uma circunstancia que poderá ser desejável”. (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 87).

de los agentes la conducta prescrita y el no conseguir promover los resultados socialmente deseados.

Sztajn, partiendo de la idea de que las personas actúan racionalmente, concluye señalando que estas personas responderán mejor a incentivos externos que induzcan a cierto comportamientos mediante el sistema de premios y castigos, y “se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema”. (SZTAJN, 2005, p. 75).

En tal sentido, se puede decir que la norma jurídica falla “quando não consegue colocar para os agentes a estrutura de incentivos adequada para move-los na direção das condutas socialmente desejadas”. (BERNARDES y FLORENZANO, 2008, p. 141,142).

5. Una Propuesta para la Interpretación de las Normas Comerciales

El derecho mercantil actual es un derecho abierto a la novedad y a la realidad, a la cual busca adaptarse en lugar de adecuarse a parámetros estrechos y a formas instrumentales; por ello las características del derecho empresarial contemporáneo – dinámica y versatilidad – permiten que este se adecue a las exigencias siempre mudables de las nuevas figuras comerciales;⁸ además la disposición anti-formalista y simple permite que este derecho sea consensual, sometido más a intenciones y voluntades que a formalismos solemnes.

La lectura del derecho comercial y todas sus características debe realizarse teniendo en consideración el entorno constitucional donde se ubica, debiéndose construir una visión deontológica integrada de la realidad, donde se tenga en cuenta tanto la razón de la norma, como los efectos de esta para el individuo y para la sociedad. Esta propuesta debe asentarse en un criterio que propone la no existencia de derechos absolutos,⁹ así, como explica Zagrebelsky, “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

Esto se refleja cuando se pretende discutir la compatibilidad del raciocinio jurídico con el raciocinio económico en un sistema jurídico como el brasilero que cuenta con una Constitución escrita, rígida y orientada hacia la consolidación de un Estado social, democrático y de derecho. (LOPES, 2004, p. 137,138).

8 Como el contrato auto-regulado, los contratos de tercerización el *outsourcing*, los *joint venture*, los contratos de franquía, el arbitraje, el crédito documentario entre otros.

9 Al respecto se recomienda ver: PINZÓN CAMARGO, 2010, p. 30.

De esta manera, nuestra propuesta, parte del pluralismo de métodos de interpretación que caracterizan a nuestra cultura jurídica, pues a los criterios clásicos conocidos actualmente (histórica, gramática, etc.) se suman otras, como la comparación de los principios jurídicos o el análisis económico del derecho. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 135). El análisis económico del derecho, entonces surge como una alternativa para abordar el estudio e interpretación del derecho, (PINZÓN CAMARGO, 2010, p. 31) y en especial el derecho comercial.

Si bien una de las principales críticas que se le realiza a esta corriente, es la carencia de contenido moral que se observaría en el concepto de eficiencia, esto no sería tan cierto, pues la noción de eficiencia económica debe tener como sustento la idea de bienestar que ya era utilizada por los utilitaristas. Estando frente a dos decisiones, debe ser utilizada la que otorgue mayor bienestar, pues el análisis económico del derecho tiene como objetivo alcanzar el mayor bienestar a partir de la mejor distribución de los bienes. Es justamente esta búsqueda del mayor bienestar la que separó esta corriente, de la concepción formalista de la justicia basada en la ética deontológica, pues la ética que contiene el análisis económico del derecho es de naturaleza consecuencialista asentada en el realismo jurídico, en la verificación y en la práctica jurídica. (RIBEIRO y GALESKI Jr., 2009, p. 89,90).

Este método de interpretación, se adecua a las necesidades y características de las normas comerciales, pues no se debe olvidar que las empresas son células productivas por excelencia, es allí donde se genera la riqueza y la renta de un país. El PBI (Producto Bruto Interno) de un país es el resultado de la producción de los bienes y servicios producidos por sus empresas. Este papel destacado que tienen, se ve, de diversas formas, afectado por las normas jurídicas y la forma como estas se interpretan y se aplican. (BERNANDES Y FLORENZANO, 2008, p. 153).

6. Conclusiones

El Estado Constitucional actual donde se cuenta con un ordenamiento jurídico constitucionalizado posee una Constitución poblada de derechos, la misma que condiciona a la jurisprudencia, al legislativo y a otros actores políticos, así como a la sociedad en general. El principio de supremacía de la constitución establece que en el estado Constitucional, para ser válida, una norma tiene que no contradecir la Constitución, no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos.

Si bien hasta finales del siglo XX, el poder político y jurídico se imponía de forma incontestable sobre los capitales financieros; en el transcurso del siglo XX para el siglo XXI, con la desterritorialización de los mercados, la flexibilización de los paradigmas técnico-productivos, el surgimiento de los grandes conglomerados industriales y la unificación de los espacios mundiales de circulación de capitales, la globalización en sus diferentes esferas

comenzó a imponerse en el mundo entero, colisionando con la metáfora del Estado como pirámide escalonada de normas en cuyo vértice aparece el sistema jurídico como conjunto de normas que organizan el aparato estatal, designando competencias y disciplinando el ejercicio del poder; y en cuya base está ubicada la sociedad, donde las relaciones económicas y las actividades productivas son regidas por reglas del derecho civil y comercial.

Todas estas reorganizaciones socioeconómicas, especialmente los procesos de globalización de capitales, la expansión e intensificación de las prácticas e interacciones comerciales a nivel internacional, alteran las bases del derecho moderno.

Es en ese contexto que debe ser analizado el derecho comercial, donde los diferentes objetivos que persiguen tanto las normas que regulan las operaciones comerciales cuanto los principios básicos establecidos en la Constitución parecieren hacer imposible una coexistencia pacífica entre ambos.

Optar por uno u otro aparenta ser necesario dentro de la labor legislativa y especialmente judicial. Para ello, el legislador o el juez recurre a diversos métodos de interpretación. Nosotros presentamos al Análisis Económico del Derecho como método de interpretación capaz de armonizar las tendencias de mayor raigambre en la actualidad, pues como lo explicamos la obtención del mayor bienestar por medio de una adecuada distribución de los bienes es el principal objetivo del Análisis Económico del Derecho. La desconsideración de ciertas pautas de contenido deontológico propias al neoconstitucionalismo, no implican su absoluta negación, por el contrario, la interpretación de las normas por medio de esta corriente asegurarían una “eficiente” distribución de la riqueza que se reflejaría en una mayor satisfacción.

Esto es sumamente importante para las actividades comerciales, pues una interpretación de las normas comerciales bajo estos parámetros, permitiría atenuar o prever los impactos – en especial los negativos – que estas actividades emanen a la sociedad.

La empresa como elemento fundamental de nuestro sistema económico y social requiere un marco normativo que sea aplicado considerando su función económica dentro de la sociedad. Cualquier afectación normativa o judicial repercute en el resto de sujetos que participan de una forma u otra en esta red de contratos y esto, además de atentar contra la naturaleza de la empresa produciría efectos negativos en la sociedad.

7. Referencias

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Apontamentos sobre a hermenéutica do direito empresarial constitucional a partir da análise económica do direito. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza – CE, 09-12 junho/2010, p. 429-439.

- BERNARDES, Patricia y FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, año 6, nº 23, Belo Horizonte: Forum, jul/set 2008, p. 141,157
- CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2006.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CHIASSONI, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE.UU.* Lima: Palestra, 2013.
- ELSTER, Jon. Racionalidade e normas sociais. In: *Rev. bras. Ci. Soc.*, 1990, no.12. Disponível en: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_12/rbcs12_05.htm. Acceso en 22/05/2015.
- FACCHINI Neto, Eugenio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalizacão do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-75.
- FREITAS PEDRO, Fabio Anderson de. As diretrizes teóricas do Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. In: *Revista dos Tribunais*, nº 101, vol. 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro/2012, p. 75-101.
- GARRIGUES, Joaquin. *Curso de derecho mercantil*, Bogotá: Temis, 1987.
- GICO Jr. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano (Org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-33.
- GONÇALVES Neto, A. A. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LOBO, Jorge. Interpretação do direito comercial. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, nº 115, ano XXXVII, p. 55 – 65, jul/set. 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico y economía. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 2, nº. 8, Belo Horizonte: Forum, out/dez 2004, p. 137-170.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2006.
- OLAVARRIA AVILA, Julio. *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, Santiago de Chile: Editorial jurídica, 1961.
- PIMENTA, Eduardo Goulart y BOGLIONE, Stefano. Análise econômico do direito contratual. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 6, nº 24, Belo Horizonte: Forum , out/dez 2008, p. 59-83.

- PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Año 4, n° 14. Belo Horizonte: Forum, abr/jun 2006, p. 55-74.
- PINZÓN CAMARGO, Mario. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- STEPHEN, Frank. *Teoria econômica do direito*. Sao Paulo: Makroom Books, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.
- SETIÉN RAVINA, Carlos Morales de, et al. *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2011.
- SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: _____ y ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.
- VENTURI, Thaís G. Pascolato. A análise consequencialista no processo de tomada de decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Dialogos sobre direito civil*. V. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 133-151.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 49. n° 153/154, São Paulo: Malheiros, jan/jul 2010, p. 16-23.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trota, 2011.

LA PROTECCIÓN DE LA MUJER CASADA MEDIANTE LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO

Resumen

El Código Civil español, como resultado de las reformas operadas en 1981, concede una compensación por el trabajo doméstico a la extinción del régimen de separación de bienes, con el fin de proteger a las mujeres dedicadas al hogar. Sin embargo, su insuficiente regulación ha provocado cierta inseguridad en su tratamiento jurisprudencial hasta que el Tribunal Supremo sentó doctrina sobre la materia. En el presente trabajo se pretende el estudio de esta compensación, partiendo de la situación jurídica de la mujer casada en la legislación anterior a la reforma, atendiendo a las dudas planteadas por las diferentes resoluciones jurisprudenciales, cuyo tratamiento se cerrará con el análisis y valoración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

Palabras clave

Compensación; Trabajo para la casa; Trabajo doméstico; Separación de bienes; Protección de la mujer; Artículo 1438 del Código Civil; Régimen económico del matrimonio.

Abstract

After the reforms of 1981 in the Spanish Civil Code, a compensation is awarded to spouses for their house working, after the extinction of the separate property system. This has the purpose of protecting women that have been devoted to their homes and families. However, the regulation was insufficient and has lead to a certain degree of uncertainty in the court rulings, until the Supreme Court has set a doctrine on it. In this paper, we study such compensation, and to that end, it will start by considering what the situation of the married woman was prior to the reform, then it deals with the doubts that arose from the different court rulings and will conclude with the analysis and appraisal of the final decisions of the Supreme Court.

Key words

Equitable distribution; Separate property; Division of property.

Palavras-chave

Compensação; Trabalho doméstico; Regime da separação; Regime de bens.

1. Introducción

La familia constituye un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma, construida sobre la base de sus propios cimientos con independencia cómo se encontrara estructurada en cada momento de nuestra historia¹. La familia ha sufrido profundas transformaciones con el transcurso de los siglos, constituyendo un concepto dinámico naturalmente sometido a factores sociológicos. No existe, por tanto, ni una definición perpetua del concepto, ni un modelo intemporal de familia². Tampoco existe un prototipo concretamente preestablecido para una sociedad determinada, sino que en cada una de ellas coexistirán una pluralidad de posibilidades. No se trata de un concepto homogéneo sino más bien de todo lo contrario, y difícilmente podremos alcanzar una respuesta generalizada cuando decidamos emprender la delicada tarea de preguntarnos acerca de qué debe entenderse por familia. No hay duda de que ha sido la familia matrimonial la que ha logrado un mayor arraigo a lo largo de nuestra tradición jurídica y social, propiciado enormemente por el peso de la Iglesia Católica y el Derecho Canónico. Con independencia de que pueda hablarse de que la familia matrimonial está atravesando una situación de crisis y decadencia, lo cierto es que sociedad actual coexisten multitud de modelos de familia, véanse, por ejemplo, aquellas fundadas sobre relaciones convivenciales *-more uxorio-*, así como las familias monoparentales y las reconstituidas, en número cada vez más creciente debido a la introducción del divorcio y a su posterior descausalización³. Aun con todo, es la familia matrimonial la que goza de mayor relevancia en la sociedad española actual, y conforme a los cambios que en ella se han ido produciendo en las últimas décadas, es posible que el régimen de separación de bienes ofrezca mayores ventajas que la tan arraigada en nuestro Derecho común, sociedad legal de gananciales.

1 LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 7.

2 DIEZ-PICAZO; GULLÓN, 2012, p. 22.

3 Por no mencionar otras figuras como el pacto civil de solidaridad francés (arts. 515-1 a 515-7-1 Code civil), o las relaciones convivenciales de ayuda mutua catalanas (arts. 240-1 a 240-7 CCCat). No creo, sin embargo, que sea el divorcio la causa que destruya la institución familiar, pues es perfecta y habitualmente posible que su destrucción produzca con suficiente antelación al mismo, siendo la separación de hecho un claro ejemplo de esta clase de situaciones. Resultan esclarecedoras en este aspecto las palabras pronunciadas por el Ministro de Justicia Francisco Fernández Ordóñez ante el Congreso de los Diputados, en cuanto considera *“que la regulación de esta parte fundamental del Derecho privado debe inspirarse en la realidad social vigente y en el respeto profundo a la libertad del hombre. La familia es un hecho institucional, es cierto, pero es a la vez una realidad instrumental. La familia está hecha para el hombre y no el hombre para la familia”* (Discurso pronunciado ante el Pleno del Congreso el día 16-12-1980, al iniciarse el debate sobre el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de filiación patria potestad y régimen económico matrimonial. BOCGCD, núm. 138, de 16-12-1980, p. 8826).

En el presente trabajo centraremos exclusivamente nuestra atención en un aspecto muy concreto, la compensación del trabajo para la casa a la que alude el artículo 1438 del Código Civil, introducido en nuestro Derecho a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto encierra una medida de protección dirigida la mujer casada bajo los efectos del régimen de separación de bienes, ante las consecuencias derivadas de la plasmación en nuestro ordenamiento jurídico del nuevo principio de igualdad constitucional. Estimo conveniente, no obstante, comenzar por una exposición sucinta de las principales transformaciones que ha experimentado la familia matrimonial a lo largo de nuestra tradición jurídica, especialmente, en lo relativo a la posición que la mujer ha ido ocupando dentro de la misma, con el fin de proporcionar al lector un mejor entendimiento de la materia que acto seguido se comienza a exponer.

2. La Posición de la Mujer Casada en el Ámbito Familiar: De la Subordinación a la Plena Igualdad Jurídica

La posición jurídica que la mujer casada ocupa en nuestros días dentro del seno familiar dista mucho de la que gozaba -por decirlo de algún modo- aproximadamente cuatro décadas atrás. Para aquellos que pertenecemos a generaciones nacidas a finales del siglo anterior, nos parece absolutamente incomprensible el trato discriminatorio que el propio Derecho Civil ha otorgado a las mujeres desde el Proyecto de 1851, y más incomprensible si cabe, que en nuestro Código Civil hayan permanecido prácticamente intactos determinados principios nacidos al amparo del pensamiento decimonónico. Pero por extraño y aberrante que a nosotros nos parezca, en la medida en que la normativa actual vino a romper con este pensamiento, se debe partir del mismo a la hora de profundizar en el estudio de la legislación vigente; y eso es precisamente lo que trataré de transmitir en las páginas siguientes.

2.1. Breve referencia al Derecho histórico

Nuestra doctrina más destacada rechaza tajantemente la corriente sociológica que pretendió reconstruir la génesis de la familia distinguiendo una serie de fases sucesivas⁴: una primera, de *horda o promiscuidad absoluta*, en la cual no puede hablarse de familia en sentido estricto; una segunda, de *matriarcado*, en la que se inicia la familia, aunque bajo una organización puramente matriarcal, desconociéndose el padre y perteneciendo los hijos a la madre; y una última, de *patriarcado*. Desde luego, según indica Castán, “[l]o que puede afirmarse con seguridad es que en las civilizaciones propiamente históricas... tuvo gran predominio la organización patriarcal”, situándose el varón en una posición

4 CASTÁN TOBEÑAS, 1994, p. 47; LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 11.

de jefe de la familia, concepción que perdurará a lo largo de nuestra historia hasta hace relativamente pocos años⁵.

La superioridad marital en el ámbito familiar ha estado presente en los Derechos más destacados de la antigüedad, sin embargo, por razones de espacio, únicamente me detendré en el romano y germánico. No cabe duda de que esta organización patriarcal constituyó la piedra angular de la familia romana, al menos, durante el periodo en que fue costumbre predominante acompañar el matrimonio de la *conventio in manum*. Según atestiguan las fuentes, son tres las formas que puede revestir este acto *-usus, confarreatio y coemptio*⁶, a través de las cuales la mujer pasaba colocarse bajo el *imperium* del marido, su nuevo *paterfamilias*, en una posición semejante a la que ocupan el resto de sus *filiifamilias* -de ahí que pueda decirse que se encuentra *filiae loco-*, experimentando una *capitis deminutio minima*. Esta situación dista poco de la acontecida en el seno de familia germana, dirigida por el señor de la casa *-fro-*, que de un modo semejante al *paterfamilias* romano goza de una potestad paterna y marital *-munt o mundium-* derivada de su posición dentro de la familia⁷.

Más adelante el cristianismo ejercerá una notable influencia sobre ambos Derechos transformando profundamente la institución familiar, especialmente, en lo que se refiere al matrimonio⁸. Consecuentemente, el Derecho de familia español de la alta edad media estará compuesto, en palabras de Lacruz, por “Derecho romano vulgar, regulación canónica especialmente en lo referente al matrimonio, y regulación autóctona, más o menos influida por elementos visigodos, en todo lo demás”⁹. Así es como el modelo de familia descrito logra llegar a las Partidas, según las cuales debe entenderse por familia “el señor della, e su muger, e todos los que biuen so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los hijos, e los siruientes, e los otros criados”¹⁰. Pero, como es sabido, un factor decisivo será la promulgación del Código de Napoleón de 1804, cuyo artículo 213 proclamaba la obligación del marido de proteger a la mujer y el deber de ésta de obedecer a aquél, extremo éste que heredará, entre otros muchos, nuestro Código Civil a través del Proyecto de 1851.

2.2. El Proyecto de Código Civil de 1851

Sólo con una lectura superficial de algunos de los artículos que lo componen, seremos capaces de deducir el carácter machista que inspiraba el Proyecto de 1851¹¹. Muchos

5 CASTÁN TOBEÑAS, 1994, p. 48.

6 Gai, 1, 110.

7 CASTÁN TOBEÑAS, 1955, p. 58; LACRUZ BERDEJO, 2010, pp. 12-13; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, 1993, pp. 18-19.

8 CASTÁN TOBEÑAS, 1994, p. 51; LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 13.

9 LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 14.

10 Ley VI, Título XXXIII, Partida VII.

11 LACRUZ BERDEJO, 1979, p. 345.

de ellos resultan verdaderamente escalofrantes conforme al pensamiento actual, entre los cuales llama especialmente la atención el -ya referido- deber de obediencia hacia el marido, que el propio García Goyena justifica como “una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro” (art. 58); y del que se deriva la obligación de la mujer de seguirle donde quiera que fije su residencia (art. 59), llegando incluso a afirmar el mismo autor, que el pacto contrario sería nulo por “inmoral”, igual que aquel que implique privar al marido de su condición como administrador legal de todos los bienes del matrimonio (art. 60). Pero no contentos con ello, el marido, es también representante legítimo de su mujer, no pudiendo ésta comparecer en juicio por sí misma, ni por medio de procurador, sin la correspondiente licencia de aquél (art. 62); pues, efectivamente, siendo el marido el administrador de todos los bienes del matrimonio, considera el autor que es a él quien compete demandarlos o defenderlos en juicio¹².

Sin ánimo de entrar en un análisis exhaustivo sobre la cuestión, es claro que el tratamiento otorgado a la mujer casada es el propio de una auténtica incapacitada (vid. art. 987.2º), o, en palabras de García Goyena, de una “verdadera menor de edad”¹³; produciéndose con ello una situación discriminatoria, que, según se ha señalado, no se produce por razón del sexo, sino del matrimonio¹⁴. Es por todos conocido que el Proyecto de 1851 no llegó a ser Ley debido a la oposición de los defensores de los llamados Derechos forales, lo cual no le resta relevancia a la vista de lo previsto por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que establece que “[e]l Código tomará por base el proyecto de 1851” (Base 1ª). Es así, a través de la Ley de Bases, como el modelo de familia patriarcal se traslada al texto del Código Civil que entraría en vigor en 1889, eso sí, con ligeras modificaciones sobre los extremos señalados¹⁵.

2.3. La Constitución republicana de 1931

La Segunda República pudo poner fin a la tradicional concepción familiar a través de la Constitución de 1931, que, tras afirmar que el sexo no podría constituir fundamento de privilegio jurídico alguno (art. 25), disponía que el matrimonio se fundaría en la

12 GARCÍA GOYENA, 1852, pp. 73-76.

13 GARCÍA GOYENA, 1852, p. 75.

14 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1976, p. 58.

15 Los preceptos citados del Proyecto de 1851 se trasladan al texto del Código Civil de 1889, ahora bajo la rúbrica “*De los derechos y obligaciones entre marido y mujer*” con ligeras modificaciones en la redacción y en el número de su articulado. Así, el deber de obediencia al marido se traslada al artículo 57, el deber de seguir al marido donde quiera fije su residencia al artículo 58, la administración de los bienes del matrimonio al artículo 59, admitiéndose ahora la validez de pacto en contrario; y la representación de la mujer al artículo 60, estableciéndose algunas excepciones en su segundo párrafo. Véanse también sus precedentes en la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (arts. 44 y ss.).

igualdad de derechos para ambos sexos (art. 43). Desafortunadamente, estos preceptos no lograron ir más allá de lo meramente programático, dada la escasa o prácticamente nula atención prestada por la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932, que, obviando la necesaria modificación sustancial de los artículos del Código relativos a las relaciones personales de los cónyuges, sólo obtuvo una repercusión formal, consistente en impedir la lectura del artículo 57 en la celebración del matrimonio civil (art. 1.6º)¹⁶.

2.4. Las reformas del Código Civil de 1958 y 1975

La reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 tampoco alcanzó la relevancia deseada, dadas las confusas afirmaciones que se contienen en su Exposición de Motivos, véanse: “el sexo por sí solo no puede determinar en el campo del Derecho Civil una diferencia de trato que se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas”, a lo que añade: “por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido”.

La primera reforma medianamente significativa en materia de Derecho de familia se produce mediante la Ley de 2 de mayo de 1975¹⁷. Consciente ya el legislador de la relevancia que comporta la situación jurídica de la mujer casada y de su impacto en la opinión pública, considera, al comienzo de la Exposición de Motivos, que “[l]as profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia”; dado que la mujer sufre señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que no tienen como contrapartida una mayor protección de los intereses de orden familiar, entendiéndose que éstas habían quedado anticuadas en cuanto añade que “si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido”. Entre las modificaciones operadas por esta Ley podemos destacar, entre otras, la supresión del deber de obediencia de la mujer y de la representación legal del marido (art. 71 CC), la concesión a la mujer de una participación igualitaria en la determinación de la residencia conyugal (art. 70 CC), y, lo más importante, la supresión de la licencia marital para la realización de actos de orden jurídico.

Todas estas medidas supusieron desde luego un gran avance para el establecimiento de la igualdad entre los cónyuges, pero, desafortunadamente, los objetivos perseguidos por el legislador no fueron logrados en su plenitud, sino que -como dicen Díez-Picazo y Gullón- sólo consiguieron debilitar la absoluta dependencia jurídica de la mujer

16 Véase CASTÁN TOBEÑAS, 1994, p. 286; GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, p. 314 y nota 3.

17 Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

respecto del marido, en cuanto la Ley no alteró la organización económica de la sociedad conyugal, como tampoco trajo consigo modificación alguna respecto de las relaciones entre padres e hijos, que, erigidas sobre el principio de la superioridad masculina, atribuían al varón tanto el gobierno de la sociedad conyugal, como el de la persona y bienes del hijo menor¹⁸. Será, tres años más tarde, el Comité de Ministros del Consejo de Europa quien recomiende a los Gobiernos de los Estados miembros suprimir dicha dependencia mediante la adopción de “todas las medidas necesarias para que en el Derecho Civil no existan disposiciones que otorguen a uno de los cónyuges supremacía sobre el otro, en particular designándolo como cabeza de familia o reconociendo sólo a él la facultad de tomar decisiones que afecten al otro”¹⁹.

2.5. *La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa*

Si bien es cierto que por un lado las recomendaciones del Consejo de Europa carecen de carácter vinculante para los Estados miembros (art. 288 TFUE *in fine*), por el otro resulta manifiestamente indiscutible la influencia que aquéllas acaban finalmente desplegando sobre los mismos. Un claro ejemplo de ello puede extraerse de la ya referida Resolución (78) 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho Civil, de cuya lectura somos fácilmente capaces de apreciar el impacto que produjo en nuestro Derecho interno, el cual canalizará algunas de las medidas propuestas en ella mediante el proceso de reforma que tuvo lugar en 1981. Habida cuenta de que no sólo en determinados Estados miembros todavía existían discriminaciones entre cónyuges, sino que éstas además se encontraban legalmente avaladas, el Comité de Ministros recomendaba a aquéllos la adopción de una serie de medidas propuestas con el objeto de fomentar su igualdad en el ámbito del Derecho Civil.

La Resolución distingue mediante dos secciones las medidas relativas a las relaciones personales de las estrictamente patrimoniales. Entre las primeras, de índole personal, encontramos por ejemplo la de garantizar a ambos cónyuges los mismos derechos para elegir la residencia habitual común de la familia (aptdo. 5), extremo éste sobre el que ya había avanzado la Ley de 1975 sin lograr la plena igualdad, dado que la nueva redacción del artículo 58 hacía prevalecer en defecto de acuerdo la decisión de quien ejerciera la patria potestad, que únicamente podía corresponder a la madre en defecto del padre (arts. 154 y ss.). Entre las segundas, de carácter patrimonial, están las tendentes a establecer ciertos

18 DIEZ-PICAZO; GULLÓN, 2012, p. 33. En el mismo sentido: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1976, p. 67; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 1997, p. 51.

19 Resolución (78) 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho Civil.

deberes de información entre cónyuges (aptdos. 8 iii), 12 i) y 16), la de garantizar una mayor protección legal al cónyuge que viva o haya vivido en la vivienda familiar sin ser propietario, arrendatario o titular de otro derecho que le otorgue el disfrute de la vivienda, cuando tales derechos correspondan o hayan correspondido a su consorte y puedan perderse o se hayan perdido como consecuencia del comportamiento abusivo de este último (aptdo. 9); e incluso las tendentes a asegurar la igualdad en materia de capitulaciones matrimoniales (aptdo. 10).

Ni qué decir tiene que las proposiciones que más interesa destacar ahora, en cuanto que la compensación objeto de nuestro trabajo debe su origen a la combinación de ambas, son, de una parte, la de considerar los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges como contribución a las cargas familiares, y de otra, la de asegurar la obtención de una parte equitativa de los bienes del consorte, o una suma determinada a tanto alzado, en caso de disolución del matrimonio separado de bienes ante cualquier desigualdad financiera habida durante el mismo (aptdos. 8 i) y 14).

2.6. *La Constitución española de 1978*

La verdadera transformación de nuestro Derecho de familia no se lograría hasta la entrada en vigor de la Constitución española el 29 de diciembre de 1978, que, como sabemos, propugna la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), añadiendo que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Pero es el artículo 14 el que cobra mayor relevancia, pues, como también es sabido, proclama el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; reforzado en el específico ámbito matrimonial, al reiterarse en el artículo 32.1 que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica²⁰.

20 La consagración del principio de igualdad constitucional en el ámbito matrimonial pareció constituir uno de los objetivos principales en sede constituyente. El texto actualmente contenido en el artículo 32.1 CE fue objeto de diversas redacciones que recuerdan a la del artículo 16.1 DUDH: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. La primera referencia la encontramos en el artículo 39.1 del borrador del texto constitucional “filtrado” a la prensa el 22 de noviembre de 1977, cuyo contenido declaraba lo siguiente: “A partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos relaciones estables de familia” (Publicado en la prensa diaria el 25 de noviembre de 1977). El texto del artículo 27.1 del Anteproyecto de Constitución adoptará el borrador de este precepto con una ligera corrección ortográfica-gramatical

En la medida en que debía cumplirse con las exigencias constitucionales, fueron los citados preceptos los que propiciaron el marco legislativo ideal para iniciar los trámites del proceso reformista, no habiendo lugar a dudas de que, desde luego, no sólo resultaba del todo necesario sino además, en cierto modo, urgente, habida cuenta de los profundos cambios que paulatinamente fraguaron en la sociedad. En este sentido, podemos recordar las palabras de Francisco Fernández Ordóñez, quien, ocupando el cargo de Ministro de Justicia, manifestaba su parecer ante las Cortes Generales: “El derecho de familia vigente hasta la fecha responde a unos principios que no son ya los de nuestro tiempo. Su permanencia sólo es explicable por la lentitud con que los cambios sociales se están traduciendo en nuestras leyes civiles. Sólo así se justifica que a las puertas del siglo XXI el Código Civil mantenga vigentes los principios rectores propios de la familia romana con modificaciones aportadas por influencias germánicas y canónico-medievales y con las ideas más típicas del siglo XIX que han dado lugar a una normativa que es la vigente”, y que, en resumidas cuentas, se caracteriza por la subordinación de la mujer a su marido; así, la reforma vendría a responder al profundo cambio que se había operado en la sociedad a través de los siglos, y, sobre todo, el desarrollo de unos principios constitucionales, como, por señalar los que aquí interesan, el de igualdad ante la ley o el de prohibición de discriminación por razón de sexo²¹.

2.7. La reforma del Código Civil de 1981

Nada queda por añadir a las palabras del Ministro, las cuales no han sido recogidas con otra pretensión que resumir lo que se ha venido exponiendo en las páginas precedentes, colocándolo al mismo tiempo en la realidad social inmediatamente anterior a la reforma. De ello podemos concluir que el modelo de familia patriarcal, habría de ceder ante la urgente necesidad de situar a la mujer en la posición que debía ostentar dentro

(BOCGCD, núm. 44, de 05-01-1978, pp. 673-674). El Grupo Parlamentario Comunista formuló a través de su ponente, el profesor Solé Turá, una serie de votos particulares entre los cuales se proponía -aunque sin éxito- la siguiente alternativa al precepto citado: “El matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges” (BOCGCD, núm. 44, de 05-01-1978, p. 704). El Pleno del Congreso de los Diputados terminó aprobando el Proyecto de Constitución cuyo artículo 30.1 manifestaba, en términos semejantes a los anteriores: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio”. Finalmente, el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución acogió la redacción que definitivamente adoptó el texto constitucional vigente a partir de 1978 (BOCG, núm. 170, de 28-10-1978, p. 3707).

- 21 Discursos pronunciados por el Ministro de Justicia, señor Fernández Ordóñez ante el Pleno del Congreso el día 16-12-1980, al iniciarse el debate del dictamen de la Comisión de Justicia del mismo sobre el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; y ante el Pleno celebrado por el Senado el día 31-03-1981 al iniciarse el debate del dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en relación con el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOCGCD, núm. 138, de 16-12-1980, p. 8824; y BOCGS, núm. 98, de 31-03-1981, p. 5025).

de la misma de acuerdo a los tiempos; y para alcanzar el objetivo que había impuesto nuestra Constitución resultaba necesaria una profunda reforma de prácticamente todas las instituciones del Derecho de familia, que tendrá lugar a través de la promulgación de dos leyes en el año 1981: una primera, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y, una segunda, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio²².

El principio de igualdad constitucional informará ambos proyectos hasta el punto de anunciar, siguiendo el precedente del Derecho comparado, y antes de proceder a su enumeración, que “[l]os cónyuges son iguales en derechos y deberes” (art. 66 CC)²³. Esta afirmación, siendo susceptible de ser calificada como innecesaria o redundante en cuanto reproduce el texto constitucional (arts. 14 y 32.1 CE), quizá pueda encontrar su justificación en la necesidad de romper con la conciencia tradicional de la sociedad a la cual pudiera resultarle ajena la concepción de un matrimonio fundado sobre un plano de igualdad, máxime, si consideramos que el citado precepto quedará incluido entre los que han de ser leídos por el juez, alcalde o funcionario que haga sus veces, en la celebración del matrimonio civil (art. 58 CC).

Pero la igualdad no sólo va a operar desde una perspectiva meramente formal sino que, como ya se ha afirmado, inspirará todo el proyecto de reforma en su conjunto. Es producto de la igualdad la utilización generalizada del término neutro “cónyuges” en sustitución de otros como “marido” y “mujer”, así como la adopción de otras medidas particulares como pudieran ser, por ejemplo, que la patria potestad pase a ejercerse por ambos progenitores conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro (art. 156 I CC), la atribución de la potestad doméstica a “cualquiera de los cónyuges” (art. 1319 CC), la nulidad de los pactos que atenten contra la igualdad de los cónyuges como límite a la libertad de estipulación capitular (art. 1328 CC), la supresión de las anacrónicas instituciones de la dote y del régimen dotal, la posibilidad -reforzada por el recurso a la autoridad judicial en los casos en que no sea posible- de solucionar determinados conflictos mediante acuerdo (vid. arts. 70, 1318 II, 1320 y 1322 CC, y D.T. 10ª Ley 11/1981 de 13 de mayo); así como la admisión expresa del trabajo doméstico como medio de contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y el derecho a que éste sea

22 Pese a que inicialmente se esperaba un distanciamiento temporal más significativo, ambas leyes entraron en vigor con menos de dos meses de diferencia, hecho éste que estimamos gratamente criticable en tanto que “*si la inicial previsión de la disparidad temporal no se producía -en palabras de Díez-Picazo y Gullón-, debieron refundirse los dos proyectos en uno solo con objeto de potenciar su interna unidad*” (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 2012, p. 33).

23 Cfr. art. 143 I Codice civile y art. 1671.1 Código Civil portugués.

compensado a la extinción del régimen de separación de bienes (art. 1438 CC), ambas unidas a la atribución a este último de una apropiada regulación de la que había carecido hasta el momento (arts. 1435 a 1444 CC)²⁴. Entre todas ellas son estas últimas las que serán dignas de nuestra atención, por llevar implícitas una serie de dificultades que han provocado incertidumbre entre nuestros autores y tribunales a lo largo de su vigencia.

3. El Trabajo Doméstico y su Compensación

Como ya quedó adelantado, es en sede de separación de bienes donde se prevé la consideración del trabajo doméstico como un medio válido para dar cumplimiento al deber que, en principio, corresponde a ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, así como el derecho del cónyuge que lo prestó a ser compensado por ello a la extinción del mismo. Careciendo de precedentes tanto en nuestro Derecho como en el ámbito comparado europeo, ambas normas nacen con ocasión de la reforma operada en 1981, al socaire de la citada Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978, optando nuestro legislador por insertarlas en el artículo 1438 del Código Civil²⁵. Dicho esto, y una vez hechas las necesarias aclaraciones de orden histórico, abriremos este capítulo tratando de explicar la finalidad de la norma referida, las dudas acerca de su interpretación y las diferentes tendencias y posiciones jurisprudenciales, debiéndose cerrar, en mi opinión, con un análisis valorativo de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo.

3.1. *La finalidad protectora de la compensación del trabajo doméstico*

El proceso reformista acontecido en 1981 hizo llegar el principio de igualdad al ámbito familiar que hasta el momento había sido presidido por el poder patriarcal. Sin embargo, la sociedad necesitaría adaptarse paulatinamente a los cambios operados en el

24 También la doctrina italiana considera que la intervención del juez es necesaria respecto a la exigencia constitucional de conciliar la igualdad de los cónyuges (art. 29 II Costituzione italiana) (GALGANO, 2004, p. 53). En la doctrina española, y para el caso -excepcional, a mi parecer- en que resulte imprescindible el recurso a la autoridad judicial, señala con buen criterio Ragel Sánchez, que “la consagración del derecho constitucional a la igualdad conyugal llega a suponer, si se sigue este camino, la intromisión legal (pero intromisión al fin y al cabo) de un extraño cualificado en la intimidad familiar, que también está reconocida por nuestra Constitución (art.18.1)”, y añade, que “no sólo tendrá conocimiento el juez de las desavenencias conyugales: también lo sabrán todos los que de una forma u otra se han relacionado con ese expediente judicial” (RAGEL SÁNCHEZ, 2001, p. 107). Si bien, a decir verdad, aunque semejante intromisión se produzca, la búsqueda de una solución judicial a esta clase de conflictos rayará en lo puramente anecdótico.

25 Me refiero concretamente a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; y a la Resolución (78) 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho Civil.

plano jurídico, pues, pese a la igualdad existente entre marido y mujer y el progresivo acceso de esta última al mercado laboral, la realidad social del momento se mostraba verdaderamente reveladora, en cuanto al hecho de que la mayoría de matrimonios, como es normal, continuaban respondiendo a la tradicional división de roles, según la cual, el marido es el sujeto encargado de generar los ingresos necesarios para mantener a la familia, mientras que la mujer dirigía la casa y se encargaba de las necesidades de la misma. También es cierto que la mayoría de los matrimonios se regían por la sociedad de gananciales²⁶, régimen legal supletorio de primer grado en el ámbito del Derecho común, y por tanto aplicable en defecto de otro régimen distinto acordado por los cónyuges en sus capitulaciones matrimoniales, las cuales, debemos tener en cuenta además, que, hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, una vez celebrado el matrimonio devenían inmutables (véase el derogado art. 1320 CC), de modo que si los cónyuges decidieron regirse por la sociedad de gananciales, el contenido de las capitulaciones matrimoniales no podía alterarse en lo sucesivo para regirse, por ejemplo, por el régimen de separación de bienes.

La predominancia de la sociedad de gananciales evitaba que, a través de su liquidación, la mayoría de las mujeres cuya actividad estaba circunscrita al hogar, y por tanto, sin generar ingresos de ningún tipo, resultasen desprotegidas ante la novedosa disolubilidad del matrimonio²⁷. El problema surge cuando los cónyuges hubiesen convenido regirse por la separación de bienes, situación del todo infrecuente hasta el momento dada su regulación en la legislación anterior a la reforma, pues, llegado el caso de una eventual crisis matrimonial, la mujer hasta entonces dedicada al hogar podía resultar económicamente desprotegida. Y es aquí, desde luego, donde va a operar la compensación del artículo 1438 del Código Civil²⁸.

La cuestión que suscita mayores dudas surge ante la aparente duplicidad contable que el artículo 1438 parece otorgar al trabajo doméstico: primero computa como contribución a las cargas del matrimonio y después da derecho a obtener una compensación²⁹.

26 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1978, pp. 12-13; GARRIDO CERDÁ, 1983, p. 147.

27 Hablamos de protección de la mujer dada la realidad social con la que se encontraba el legislador de 1981, pero, lógicamente, el artículo en cuestión es igualmente aplicable a los hombres que desempeñen las tareas del hogar, máxime, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, que introduce el segundo párrafo del artículo 44 del Código Civil, permitiendo la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

28 Entiendo que, aunque por vía de hecho pueda contribuirse con el trabajo doméstico a las cargas de un matrimonio regido por la sociedad de gananciales o por el régimen de participación en las ganancias, la aplicación a estos regímenes de una norma semejante a la contenida en el inciso final del artículo 1438 del Código Civil carecería por completo de sentido, teniendo en cuenta que la propia liquidación de los mismos evitaría que cualquiera de los cónyuges pudiera quedar económicamente desprotegido. En sentido similar, entienden que el trabajo para la casa es una norma exclusiva del régimen de separación de bienes: ARROYO AMAYUELAS, 2010, p. 1573; SERRANO ALONSO, 1986, p. 465.

29 CABEZUELO ARENAS, 2012, pp. 280-281; CUENA CASAS, 2013, p. 10121; LASARTE ÁLVAREZ, 2013, p. 232; MARÍN VELARDE, 2011, p. 771; RIBERA BLANES, 2005, p. 899; SERRANO ALONSO, 1986, p. 468.

Esta fórmula paradójica conduciría a un ineludible absurdo, es decir, si los cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas de su matrimonio, siendo el trabajo para la casa una de las formas posibles de dar satisfacción a su deber ¿por qué debemos compensarlo? ¿no supondría, a la postre, exonerar a uno de los cónyuges de su obligación? Siguiendo este razonamiento, carente por completo de toda lógica, estaríamos otorgando al trabajo doméstico un carácter privilegiado frente a otros posibles modos de contribución (en metálico, mediante aportación de bienes propios, etc.), lo que nos obliga a buscar otras alternativas. La tarea que se nos presenta no es nada fácil, y como indicábamos al principio de este apartado, ha sido abordada desde múltiples puntos de vista por nuestra jurisprudencia, hasta que nuestro tribunal Supremo sienta doctrina acerca de su configuración, como tendremos ocasión de ver, mediante sentencia de 14 de julio de 2011, treinta años después de su entrada en vigor.

3.2. Configuración jurídica de la compensación en vía convencional y judicial

Nuestro legislador guarda un absoluto silencio al configurar la compensación, indicándonos solamente que el juez la señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. Queda claro entonces que el origen del derecho a la compensación puede darse, ya sea *ex voluntate*, por acuerdo de los cónyuges, o bien por decisión judicial. El primer caso apenas planteará dificultades en virtud del principio *pacta sunt servanda* (arts. 1091, 1258 CC); pero en el segundo, el legislador parece delegar en el arbitrio judicial sin otorgar al juzgador ninguna clase de orientación. Consecuentemente, una interpretación literal del precepto conduciría a pensar que, extinguido el régimen de separación (por muerte o declaración de fallecimiento, nulidad, separación, divorcio o modificación de las capitulaciones sustituyendo el régimen por otro), el derecho a ser compensado nace automáticamente, claro está, siempre que se haya trabajado para la casa. Evidentemente, como esta solución no parece razonable, debemos hacer un esfuerzo en determinar los presupuestos necesarios para que surja el derecho a ser compensado, que, en todo caso, dependerán del fundamento que el juez le otorgue. Pasamos entonces a analizar de forma separada la compensación nacida de la voluntad de los cónyuges de aquella que dependa del juzgador, valorando, en este último caso, las diferentes alternativas que pueden plantearse respecto a su fundamento.

A) La voluntad de las partes en la determinación de la compensación

El primer criterio al que acude el legislador en torno a la compensación del trabajo doméstico es la autonomía privada de los cónyuges. Admitido el carácter dispositivo del derecho a compensación debemos distinguir los acuerdos que tengan por objeto su determinación, en primer lugar, dependiendo del momento en que han sido celebrados, y en

segundo lugar, según la forma que revistan, su contenido y límites. En cuanto al tiempo, debemos distinguir aquellos pactos celebrados en previsión de una ruptura matrimonial de aquellos otros que se producen a la extinción del régimen de separación de bienes.

a) Los pactos en previsión de ruptura

Sin ánimo de entrar en el origen de estos pactos inspirados en el Derecho estadounidense, naturalmente, y como su propio nombre indica, se trata de aquellos acuerdos celebrados por los cónyuges o futuros contrayentes con el objeto de regular las consecuencias de una futura e imprevisible crisis matrimonial. Desde luego, no encuentro razones para excluir la compensación de su posible contenido, por lo que procede su examen³⁰. A diferencia del Derecho catalán, el Código Civil carece de toda previsión expresa a este tipo de acuerdos, pero, a pesar de ello, en su ámbito de aplicación, estos pactos pueden encontrar su cobertura en el principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1255 y, más concretamente, en la libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323, con base a los cuales podrán revestir la forma de capitulaciones matrimoniales o de documento privado³¹.

No cabe duda de que las capitulaciones matrimoniales, dada la exigencia legal de que consten en escritura pública para su validez (art. 1327 CC), constituirán el instrumento más adecuado para materializar estos acuerdos³², pero al margen de las ventajas que comporten, no encuentro inconvenientes a la forma privada³³. Con independencia de la forma que revistan tales acuerdos, los cónyuges o futuros contrayentes podrán acordar en ellos los presupuestos necesarios para el nacimiento de la compensación, así como su cuantía, forma de pago, plazos y garantías, siempre que respeten los límites correspondientes (arts. 1255 y 1328 CC); y tendrán fuerza de ley entre los mismos, quedando obligados a su cumplimiento salvo que se aprecie un cambio sustancial en las circunstancias (*rebus sic stantibus*)³⁴. Particularmente, en caso de acuerdos capitulares, debe tenerse en cuenta que las capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio devendrán ineficaces si éste no llega a contraerse en el plazo de un año (arts. 1326, 1334 CC).

30 RAMS ALBESA, 2009, p. 82.

31 También invita a pensar en la admisión de este tipo de acuerdos la redacción del artículo 97, que, entre las circunstancias que debe tener en cuenta el juez a la hora de determinar la pensión compensatoria, prevé expresamente: “Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges”.

32 MEDINA ALCOZ, 2013, p. 292.

33 Más dudoso sería el pacto de renuncia a la compensación, pues podría considerarse que se trata de una modificación del régimen económico y, por lo tanto, deberá constar en capitulaciones matrimoniales (en este sentido: MEDINA ALCOZ, 2013, p. 292, nota 37; REBOLLEDO VARELA, 2008, p. 742).

34 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 2007, p. 458.

b) Pactos celebrados al tiempo de la extinción del régimen

Más frecuente será el supuesto en que los cónyuges celebren acuerdos sobre la compensación ante la inminente extinción del régimen. Esta situación se producirá generalmente en la antesala del correspondiente proceso de separación y divorcio, es decir, en la elaboración del convenio regulador. Como sabemos, nuestro Código Civil únicamente prevé la obligación de acompañar la demanda de una propuesta de convenio regulador en los procesos de separación y divorcio que se tramiten entre ambos cónyuges de mutuo acuerdo (arts. 81, 86 y 90 CC), pero nada parece obstar a que el referido convenio acompañe la demanda de nulidad, dada la dicción literal del artículo 90. En el caso de que el régimen de separación se extinga a causa de una modificación de los capítulos con objeto de sustituirlo por otro diferente, entiendo, que los propios cónyuges convendrán lo que estimen oportuno respecto de la compensación, e incluso, si deciden regirse por una nueva separación de bienes, podrán diseñar una nueva compensación pensando en una futura y eventual extinción del nuevo régimen, en cuyo caso nos hallaríamos ante un pacto en previsión de ruptura de los que se trató en el apartado anterior. También puede ocurrir, decíamos anteriormente, que el régimen de separación se extinga a causa de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, y dadas las circunstancias, el acuerdo al que nos venimos refiriendo únicamente podrá tener lugar entre el cónyuge superviviente y los sucesores del fallecido.

B) La intervención del arbitrio judicial en la configuración de la compensación

La precaria redacción del artículo 1438 del Código Civil no proporciona ninguna aclaración sobre la compensación que concede, delegando este cometido en manos del juez que conozca del asunto, cuando los cónyuges no hayan alcanzado un acuerdo al respecto. Probablemente, el juzgador, ante tal situación de incertidumbre, no disponga de mayor alternativa que acudir a criterios generales de interpretación atendiendo al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC); pero, dadas las circunstancias, es muy posible que no llegue a una solución capaz de contentarnos. Así, en diversas ocasiones, los jueces han procedido a conceder la compensación sirviéndose de la equidad como criterio de ponderación en la aplicación de la norma, lo que, en cierto modo, puede coonestarse con el amplio grado de arbitrariedad que la propia letra del precepto -o, mejor dicho, el silencio del mismo- parece atribuirle. No creo que esta sea una solución aceptable, no sólo porque las resoluciones de los tribunales no puedan descansar de forma exclusiva en la equidad salvo cuando la ley expresamente lo permita (art. 3.2 CC)³⁵, sino porque de seguir por este camino estaríamos convirtiendo la separación de bienes en un régimen de participación en las ganancias con

³⁵ ROCA TRÍAS, 2008, p. 660, nota 19.

un porcentaje de participación desconocido, dependiente del arbitrio judicial, llevándonos a un resultado, a mi juicio, equívoco, toda vez que la misma Ley de 13 de mayo de 1981 ofrece un tratamiento meditado del régimen de participación³⁶. En cualquier caso, al margen de toda crítica, se han planteado diferentes alternativas a la hora de configurar la compensación a la que nos venimos refiriendo, y entiendo debe procederse de inmediato a su exposición sin mayores dilaciones.

a) La compensación como sistema de participación en las ganancias

Pese a lo que acaba de exponerse arriba, no se trata ahora de examinar la compensación basada en criterios de equidad por más que ello se asemeje al régimen de participación. Considero que una de las formas posibles de salvar el silencio legislativo del artículo 1438 es la remisión en bloque a las reglas del régimen de participación en las ganancias regulado entre los artículos 1411 y 1434 del Código Civil en todo aquello en que no resulte incompatible. La obviedad de la crítica que suscita esta alternativa apenas necesita comentarios, y es que de este modo habríamos convertido el régimen de separación de bienes en uno de participación, específico, claro está, para el caso de que uno de los cónyuges hubiera trabajado para la casa. Demostrada esta circunstancia por el cónyuge dedicado al hogar, de acuerdo con las normas procesales sobre la carga de la prueba, la compensación dejaría de ser una mera expectativa de derecho para otorgar a su titular la participación correspondiente en las ganancias obtenidas por su consorte, una vez determinados los patrimonios inicial y final.

Esta solución pierde toda su lógica en un ordenamiento, donde, tanto el régimen de separación de bienes como el de participación en las ganancias, se prevén como regímenes convencionales. Parece que no tiene sentido obligar a los cónyuges que decidieron registrarse por un sistema de separación, a soportar los efectos del régimen de participación, cuando tuvieron plena libertad de optar por este último y no lo hicieron. Cosa distinta puede plantearse, y de hecho se ha planteado, en aquellos territorios donde la separación de bienes se prevé como régimen legal en defecto de pacto en capitulaciones. Este es el caso de las Islas Baleares, Valencia y Cataluña. De estas tres comunidades autónomas sólo las dos últimas prevén la compensación del trabajo doméstico en términos semejantes a los del artículo 1438, pero, dada la precariedad y la discutible constitucionalidad de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, centraremos nuestra atención en el Derecho catalán.

³⁶ Aun con todo, lo cierto es que el recurso a la equidad guarda plena consonancia con los términos expresados, no sólo por la Resolución de 1978, cuyo apartado 14 habla literalmente de un “derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del antiguo cónyuge o una suma determinada a tanto alzado”, sino también, por el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 (BOCGCD, serie A, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979), cuyo artículo 1438 también aludía a una compensación “equitativa” en términos semejantes a la citada Resolución.

En Cataluña, según indicábamos, es el régimen económico matrimonial de separación de bienes el que goza de mayor tradición jurídica, y es previsto como régimen legal o supletorio de primer grado desde la Compilación de 1960 (art. 7). Y este carácter legal o supletorio de primer grado debe cambiar nuestra perspectiva, pues, si los cónyuges no convinieron nada en lo que respecta al régimen económico de su matrimonio, generalmente, por desconocimiento, aquél que se hubiere dedicado a las tareas del hogar puede verse económicamente desprotegido, especialmente la mujer, tras la desaparición de la dote obligatoria en 1984 (art. 26 de la Compilación). Ante esta situación de desamparo, la doctrina se planteaba la adopción del régimen de participación en las ganancias como régimen legal, lo cual solventaría el problema³⁷. Pero el fuerte arraigo del régimen de separación en el territorio catalán desechó esta posibilidad decantándose por establecer una compensación semejante a la del artículo 1438 a través de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges (art. 23). Esta compensación, se trasladó -si bien, con sus respectivas modificaciones- al articulado del Código de familia (arts. 41 y 42) y, posteriormente, al texto del libro segundo del Código Civil de Cataluña (art. 232-5 y ss.) que se encuentra actualmente en vigor. Las normas previstas en este último para la determinación de la compensación, guardan un cierto paralelismo con las del régimen de participación en las ganancias. No se trata de una remisión en bloque, como quizá hubiera sido deseable, sino de la trasposición de determinadas normas más propias de un régimen de participación. Con esta técnica parece que se trataba de salvar las críticas que pudieran hacerse sobre la naturaleza del régimen de separación, que a partir de entonces se pondría en tela de juicio. Pero en algunos casos, las normas establecidas para la compensación resultan insuficientes y necesitan de una integración analógica de las propias del régimen de participación, lo que nos conduce al mismo callejón sin salida: régimen de participación limitado³⁸. En resumidas cuentas, es probable que la decisión del legislador catalán hubiese sido más acertada en caso de haber establecido la remisión en bloque a las reglas de determinación del crédito de participación³⁹.

b) La compensación del sacrificio de expectativas profesionales

Es posible que el cónyuge que hubiese dedicado su actividad a fines domésticos durante la vigencia del régimen de separación de bienes, haya renunciado previamente a

37 SALVADOR CODERCH, 1992, p. 20.

38 Con el adjetivo “limitado” me refiero a que el régimen de separación de bienes con compensación del trabajo doméstico, puede entenderse como un régimen de participación en las ganancias doblemente limitado: en primer lugar, porque la cuantía de la compensación no puede exceder de la cuarta parte del incremento patrimonial experimentado por el consorte, salvo en el supuesto previsto por el artículo 232-5.4; y en segundo lugar, porque la participación únicamente tendrá lugar cuando un cónyuge haya trabajado para la casa.

39 NASARRE AZNAR, 2011, pp. 270-271; SOLÉ RESINA, 2011, p. 304.

sus expectativas profesionales para poder desarrollar estas labores de forma satisfactoria. El cónyuge en cuestión puede haber abandonado su actividad profesional o, también, haber solicitado una reducción de jornada laboral para atender a sus nuevos cometidos. Puede entenderse que en tal caso se ha generado una situación discriminatoria que la compensación es capaz de corregir. Entiendo, sin embargo, que no debemos dejarnos engañar por las apariencias, atribuyendo a la compensación el carácter indemnizatorio del que carece, porque, si entendemos que la compensación debe dar respuesta a este sacrificio profesional, no estaríamos sino indemnizando el daño sufrido por el sujeto perjudicado, es decir, nos encontraríamos indemnizando el lucro cesante y moviéndonos en el terreno del Derecho de daños⁴⁰.

Pienso, que este sacrificio de expectativas profesionales que supone un indudable perjuicio para el cónyuge dedicado al hogar, no es más que el desequilibrio económico al que se refiere el artículo 97 del Código Civil. Como es sabido, este artículo regula la llamada pensión compensatoria a la que tiene derecho el cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio; y entre las circunstancias que el juez debe tener en cuenta se encuentra la dedicación pasada a la familia (art. 97.4 CC). La pensión compensatoria es, además, un efecto de la separación y el divorcio con independencia del régimen económico matrimonial por el que se hayan regido previamente las relaciones patrimoniales de los cónyuges, y esta es una peculiaridad importante, porque, tratándose el régimen de separación de bienes de un régimen convencional sujeto a la voluntad de las partes, parece contradictorio que la voluntad de las mismas sea, a posteriori, la de recibir una compensación por haberse dedicado al hogar sin generar ningún tipo de ingresos, pues, en tal caso, conociendo la naturaleza del régimen de separación, y ante tales necesidades, debieron optar por un régimen capaz de ofrecerles una mayor protección, como la sociedad de gananciales o el régimen de participación en las ganancias, o buscar una solución convencional⁴¹.

c) La sobrecontribución a las cargas del matrimonio y su compensación

La doctrina mayoritaria coincide en que la compensación debe venir relacionada con la disciplina de las cargas del matrimonio, cobrando plena virtualidad cuando

40 Es bastante común, que en la jurisprudencia de las audiencias encontremos alusiones a lo que en el texto he llamado como “sacrificio profesional”, un ejemplo de ello puede verse en: SSAP Islas Baleares 09.06.2014 [JUR 2014/192954], Toledo 30.09.2014 [JUR 2014/278148], Valencia 16.11.2011 [JUR 2012/17143], Alicante 07.04.2011 [JUR 2011/302530], Valencia 18.01.2007 [JUR 2007/235256], Almería 17.02.2003 [JUR 2003/78479].

41 ASUA GONZÁLEZ, 2013, p. 1101; REBOLLEDO VARELA, 1983, pp. 437-438; SERRANO ALONSO, 1986, p. 467.

alguno de los cónyuges haya contribuido al sostenimiento de las mismas en una medida superior a la que le corresponde⁴². Esta contribución excesiva es a la que nos referimos como sobrecontribución en el encabezado de este epígrafe, sobrecontribución que puede darse, ya sea respecto del criterio legal de la proporcionalidad a los respectivos recursos económicos, o bien, de acuerdo a lo convenido por los cónyuges en base al artículo 1438. No obstante, es posible que con frecuencia, los cónyuges no hayan realizado las operaciones particionales pertinentes para calcular la proporción en que habrán de contribuir, de modo que esta labor recaerá generalmente en manos del juez que conozca de la eventual controversia que se le presente; y en caso de que se hubiera celebrado un acuerdo sobre la contribución, resulta evidente, que suscitarán serias dificultades probatorias aquellos que no se hubieran celebrado en forma expresa. Pero, superadas estas dificultades, el exceso de contribución puede deberse a distintas causas, para cuya determinación es de vital importancia el valor que se le otorgue al trabajo para la casa, pudiendo producirse, sin ir más lejos, por el hecho de que dicho valor sea superior a la cuantía en que le corresponde contribuir al cónyuge que realiza los quehaceres domésticos; pero también puede producirse, por ejemplo, por no haber considerado ciertos elementos patrimoniales que debieron tenerse en cuenta a la hora de calcular la proporción, lo que podría suceder fácilmente ante nuevas adquisiciones que se produzcan durante la vigencia del régimen de separación de bienes.

El exceso de contribución por parte de uno de los cónyuges tiene como contrapartida que el otro haya contribuido en menor medida a lo que le corresponde, de modo que la compensación vendría a restablecer el equilibrio entre ellos actuando como un derecho de reintegro específico⁴³. A mi juicio, esta es la solución que mejor se adapta a los principios del régimen de separación de bienes en cuanto que la compensación, entendida de un modo distinto, vendría a constituir un elemento anómalo del mismo⁴⁴, permitiendo la comunicación de patrimonios en un régimen cuya naturaleza es necesariamente opuesta a esta idea⁴⁵. La tesis de la sobrecontribución ha llegado incluso a ser aplicada por nuestro Tribunal Supremo (STS 11.02.2005 [RJ 2005/1407]), sin embargo, la rechaza tajantemente al sentar la doctrina que se expondrá a continuación a propósito de la sentencia de 14 de julio de 2011.

42 ARROYO AMAYUELAS, 2010, p. 1573; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2006, p. 150; CABEZUELO ARENAS, 2012, p. 284; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2007, p. 259; GARRIDO CERDÁ, 1983, pp. 165-166; RIBERA BLANES, 2005, p. 900; SERRANO ALONSO, 1986, p. 468.

43 ASUA GONZÁLEZ, 2013, p. 1098; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2006, p. 152; CUENA CASAS, 2013, p. 10121; MARÍN VELARDE, 2011, p. 772.

44 CABEZUELO ARENAS, 2012, p.283; SOLÉ RESINA, 2011, p. 306.

45 A salvo, como tuvimos oportunidad de exponer, de aquellos territorios donde el régimen de separación de bienes tiene el carácter de legal o supletorio de primer grado, en cuyo caso la compensación juega un papel protector, a mi juicio, capaz de justificar la comunicación de patrimonios.

4. La doctrina del Tribunal Supremo: análisis de la STS de 14 de julio de 2011

Nuestro Tribunal Supremo pretende acabar con la incertidumbre suscitada en torno la configuración jurídica de la compensación del trabajo para la casa, y en su sentencia de 14 de julio de 2011 sienta la siguiente doctrina:

El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge⁴⁶.

De lo anterior cabe deducir que únicamente se requieren dos presupuestos para el nacimiento del derecho a la compensación: 1) haber pactado el régimen de separación de bienes, y 2) haber contribuido única y exclusivamente con el trabajo para la casa; es decir, poco más de lo que nos aportaba la letra del artículo 1438 que tantas dudas había generado, pero no sólo resuelve insuficientemente la cuestión, sino que, en mi opinión, hay algunas incorrecciones que deben cuanto menos ser mencionadas⁴⁷. Además, para terminar, el Tribunal Supremo excluye expresamente la necesidad de que un cónyuge se haya enriquecido a costa del trabajo doméstico de su consorte, esto es, en cierto modo, la tesis de la sobrecontribución, pues, en ella, el cónyuge causante del exceso genera a favor del otro un enriquecimiento a través del ahorro. A continuación, analizaré separadamente cada uno de los aspectos mencionados, sin olvidar también, el método de cálculo utilizado para la determinación del *quantum*.

a) La exigencia del pacto de separación de bienes

El primer requisito al que alude la doctrina sentada es la necesidad de haber pactado el régimen de separación de bienes. Como es sabido, el régimen de separación de bienes tiene, en el ámbito del Código Civil, carácter convencional y, salvo en determinados supuestos, requiere una declaración de voluntad de ambos cónyuges o futuros contrayentes para quedar sometidos al mismo (arts. 1315, 1325 y 1435.1 CC). Por tanto, la primera exigencia puede resultar tan innecesaria como obvia, y nada añade a lo que ya nos ofrecía la propia norma. Y digo obvia, porque, con independencia de que el artículo 1438 del Código Civil se ubique en sede de separación de bienes, atendiendo a la *ratio* de la norma,

⁴⁶ STS 14.07.2011 [RJ 2011/5122].

⁴⁷ No debemos olvidar que el derecho a obtener una compensación por el trabajo prestado en el hogar requerirá también su solicitud a instancia de parte, en conformidad con los principios procesales de justicia rogada y congruencia (arts. 216 y 218 LEC).

me parece innecesario e incluso inconveniente su aplicación fuera del mismo, ya que, la finalidad protectora que en principio persigue, carece de sentido en el marco de la sociedad de gananciales o del régimen de participación en las ganancias, donde el cónyuge que se dedicó al hogar obtendrá la debida compensación a través del resultado de las operaciones liquidatorias previstas para estos regímenes. En cambio, hay un matiz que es conveniente destacar, y es que, como dije arriba, existen determinados supuestos en que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no opera como requisito imprescindible para que el régimen de separación de bienes cobre su vigencia. Este régimen, entrará en funcionamiento cuando los cónyuges excluyan mediante sus capitulaciones matrimoniales la aplicación de la sociedad de gananciales sin indicar el régimen aplicable, y, además, cuando se disuelva una anterior sociedad de gananciales o régimen de participación en las ganancias (arts. 1435.2 y 1435.3 CC)⁴⁸. El primer supuesto es prácticamente de laboratorio, pues es difícil pensar en que los cónyuges excluyan la sociedad de gananciales sin indicar el régimen aplicable, máxime, siendo necesaria la intervención notarial (art. 1327 CC). El segundo supuesto no lo es tanto, y sin embargo, según la doctrina sentada, el Tribunal Supremo parece denegar el derecho a la compensación al cónyuge que trabajó para el hogar rigiéndose por la separación de bienes tras la disolución de otro régimen anterior.

Pese a la literalidad de la doctrina que comentamos, el derecho a la compensación debe extenderse a todos los supuestos en que rija la separación de bienes, debiendo entenderse lo anterior como un mero olvido o descuido del Tribunal, dado el carácter preeminentemente convencional del que dispone régimen de separación en nuestro ordenamiento jurídico. Mayores controversias traerá consigo el siguiente de los presupuestos, examinado seguidamente.

b) La dedicación exclusiva al hogar

El Tribunal Supremo entiende desde un primer momento que “el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera” (FD 3º). A mi juicio el Tribunal se aparta aquí de la literalidad del precepto de forma equivocada. El artículo 1438 no dice en ningún momento que este trabajo deba ser realizado en exclusiva por uno de los cónyuges, y, siguiendo el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, entiendo que el precepto resulta igualmente aplicable cuando el cónyuge dedicado al hogar, hubiera realizado simultáneamente otras actividades remuneradas fuera del mismo. Lo anterior puede trasladarse desde luego a la tesis de la sobrecontribución, pues,

⁴⁸ Nada se dice, sin embargo, de qué ocurre cuando se disuelve una separación de bienes anterior, lo que hubiera sido deseable, ya que en virtud del artículo 95 I del Código Civil puede entenderse disuelto, si bien dicha disolución no se acompaña de una previsión como la contenida en el artículo 1435.3.

el hecho de realizar varias actividades no impide que pueda producirse un exceso en la contribución a las cargas del matrimonio. Resulta, además, que este punto ha sido también contradicho por la jurisprudencia menor, sobre la base de que “el precepto examinado no exige, en modo alguno, que la realización de las tareas del hogar constituya el exclusivo trabajo que desarrolle el posible acreedor del derecho, por lo que tal actividad se ofrece... perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar” (SAP Madrid 25.02.2005 [JUR 2005/84650]); aspecto en el que se muestra coincidente la doctrina mayoritaria⁴⁹.

c) La irrelevancia del enriquecimiento generado a favor del consorte

En la sentencia que comentamos, una vez analizada la normativa catalana y valenciana respecto de la compensación que se prevé en sus respectivas legislaciones, donde, por el contrario, según pone de manifiesto el Tribunal, sí tiene relevancia el enriquecimiento patrimonial obtenido por el cónyuge que no se dedicó al hogar, o que lo hizo en una medida sustancialmente menor a su consorte (arts. 232-5 CCCat y 13.2 LREMV); el mismo llega al entendimiento de que, debido al silencio que a este respecto guarda el artículo 1438, y, especialmente, tras el fracaso parlamentario de la dicción del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, que hacía referencia expresa al enriquecimiento, deben excluirse criterios basados en él para determinar la existencia del derecho.

El alcance de esta exclusión resulta de gran trascendencia en cuanto bloquea cualquier expectativa respecto a la tesis de la sobrecontribución, y no sólo queda aquí, sino que la consecuencia lógica de esta restricción radicará en la dificultad de determinar la cuantía. Siguiendo la tesis de la sobrecontribución, la respuesta es clara, la cuantía no podrá exceder de aquella en la que el cónyuge que trabajó para la casa hubiera superado su debida contribución, pero, desechada esta posibilidad, debe de plantearse, no sólo la forma de cálculo de la compensación del trabajo para la casa, sino también, el valor que deba otorgársele a este último. La mayoría de la doctrina estima que lo adecuado es acudir a criterios de mercado para la valoración de tales menesteres, tomando como referencia el salario que habría de recibir un tercero por su realización⁵⁰. Sin embargo, si bien este criterio parece el más apropiado para valorar el trabajo doméstico a la hora de determinar la contribución a las cargas del matrimonio, no lo es tanto para el cálculo de la compensación, pues, en tal caso,

49 ARROYO AMAYUELAS, 2010, p. 1574; ASUA GONZÁLEZ, 2013, p. 1105; CABEZUELO ARENAS, 2012, p. 286; MARÍN VELARDE, 2011, p. 772; RIBERA BLANES, 2005, p. 900. En cambio, a favor de la exclusividad se muestran: REBOLLEDO VARELA, 1983, p. 441; SERRANO ALONSO, 1986, p. 467.

50 ALBALADEJO GARCÍA, 2007, p. 194; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2006, p. 152; MARÍN VELARDE, 2011, p. 771; SERRANO ALONSO, 1986, p. 469. En contra de esta posición: DELGADO ECHEVERRÍA, 1974, p. 364; RIBERA BLANES, 2004, p. 125.

estaríamos devolviendo a través de la compensación todo aquello en lo que se estuvo obligado a contribuir, y haciendo recaer, sobre el cónyuge que devenga deudor de la misma, todo el peso económico del matrimonio (SAP Córdoba 11.11.2002 [AC 2002/1767])⁵¹. Lo anterior carece por completo de sentido, más aún, cuando el propio Tribunal ha tratado de dejar claro, que el deber de contribución corresponde a ambos cónyuges y, en términos que recuerdan al antiguo artículo 1435 del Código Civil, que la separación de bienes no exime a ninguno de ellos de cumplir con dicho deber (FD 3º). Pese a todo, este es el criterio seguido por el juzgador de instancia, efectuando el cálculo de la cuantía a través de multiplicar 600 € que costaría contratar a un empleado del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado de nuevo por los años de duración de matrimonio (FD 1º); método expresamente admitido por el Tribunal Supremo como una de las opciones posibles, sin indicación de otras, resultando la exorbitada cantidad de 167.400 € (FD 6º).

5. Conclusiones

La compensación del trabajo doméstico constituye un elemento que no encuentra un encaje adecuado en la dinámica del régimen de separación de bienes, el cual, en mi opinión, debe garantizar la independencia patrimonial de los consortes. Aunque la finalidad legislativa es legítima, entiendo, que la protección que la compensación concede a la mujer casada en régimen de separación de bienes no debe suponer el quebranto de sus principios rectores, sino que, quizás, deba recibir un tratamiento independiente del régimen económico del matrimonio, cuya solución pueda venir dada por el uso meditado de un instituto que ya conocemos: la pensión compensatoria (art. 97 CC). Es cierto que el desequilibrio económico que pueda producirse en un régimen separatista, no es equiparable al desequilibrio que pueda derivarse de un matrimonio regido por un régimen comunitario o mixto; pero también lo es, el hecho de que el artículo 97 conceda al juez amplia libertad a la hora de determinar la pensión compensatoria, ofreciendo una lista *numerus apertus* de las circunstancias que puede considerar para tomar su decisión (art. 97.9 CC). No sólo el legislador ha previsto expresamente entre ellas la dedicación pasada a la familia, sino que, además, por su carácter abierto, puede valorar la liquidación del régimen económico del matrimonio y, en tal caso, dependiendo de cual se trate, modular su cuantía, lo cual ha sido previsto el legislador catalán (art. 233-15 a) CCCat). A ello puede oponerse el supuesto en que el régimen se extinga a causa de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, o aquel en que la autonomía de la voluntad de los mismos intervenga para modificar el régimen económico. En el primer caso, pienso que el legislador debió buscar la solución al problema mediante una reforma del sistema sucesorio, ya que, paradójicamente, la legítima del cónyuge viudo es común

51 CUENA CASAS, 2013, p. 10122; SERRANO ALONSO, 1986, p. 469.

a todos los matrimonios con independencia de cuál haya sido el régimen de bienes (arts. 834 y ss. CC). En cambio, de haberse extinguido la separación de bienes a causa de una modificación capitular, los cónyuges, advertidos por el notario o por su propia voluntad, serán capaces de llegar a una solución convencional; y en este punto es reseñable destacar su omisión en el Derecho catalán. Pero dada la mención expresa del artículo 1438 a la compensación del trabajo doméstico, entiendo que la solución más acertada es su configuración bajo la tesis de la sobrecontribución. Siguiendo la misma, lo cierto es que no existirá una compensación, como tal, sino un derecho de reintegro específico, para el caso de que uno de los cónyuges contribuya por encima de lo que le corresponde a través de su trabajo para la casa; en sintonía con los principios separatistas.

He destacado también el carácter convencional de nuestro sistema de separación, aspecto de fundamental importancia en lo que atañe a la compensación, que encuentra una mayor justificación en aquellos Derechos que hayan previsto este régimen con un alcance distinto a nuestro Código Civil. Es fundamental preservar la autonomía privada en el Derecho Civil, y entiendo, que si la voluntad de los cónyuges o de los futuros contrayentes es la de evitar la confusión y comunicación de patrimonios, así debe de ser. Comencé este trabajo diciendo que probablemente la separación de bienes sea el régimen que mejor se adapte a la realidad actual, cada vez más alejada de las concepciones sociales imperantes hasta 1981, y en la que es frecuente que ambos cónyuges compaginen el trabajo doméstico con el realizado fuera del hogar. A ello se unen las facilidades que dicho régimen concede para actuar en el tráfico jurídico, dada la libertad de gestión de los propios bienes (art. 1437 CC). Por ello, entiendo que, cuando los cónyuges o futuros contrayentes deciden regirse por él, se debe generalmente a que es el régimen que consideran más favorable a sus circunstancias, y si estas cambiaran en el futuro, nada les impide cambiar de régimen. Pero, desde luego, no creo que haya que imponerles una consecuencia probablemente indeseada al término del mismo. Es posible la protección, por supuesto, y también es necesaria, pero creo que estamos en el camino incorrecto.

La aplicación futura de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo puede llegar a constituir un elemento disuasorio en la elección del régimen económico. Según la misma, resultará que sólo habrá contribuido uno de los cónyuges, quien, inesperadamente, se verá gravemente endeudado al encontrarse obligado a pagar una suma exagerada, nada menos que el sueldo mensual de un empleado doméstico al que no tuvo previsto contratar. Muy probablemente, el cónyuge que devenga deudor no disponga de recursos suficientes para satisfacer la deuda, situación que puede agravarse progresivamente si decide solicitar un préstamo para la satisfacción del crédito, ya que nada se dice acerca de la posibilidad de aplazar o fraccionar el pago. El régimen de participación en las ganancias, no sólo prevé el primero de estos beneficios, sino que también concede al deudor la posibilidad de solicitar la dación en pago, lo que podría sacarle de un apuro (arts. 1431 y 1432 CC). Pero

hasta el momento la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y por tanto desconozco la eficacia que pudiera tener la invocación analógica de los citados preceptos. Desde luego, el Tribunal Supremo, lejos de buscar otro tipo de solución capaz de poner fin a nuestro desconcierto, ha ratificado en tres ocasiones la doctrina sentada en su sentencia de 14 de julio de 2011 (SSTS 31.01.2014 [RJ 2014/813], 26.03.2015 [RJ 2015/1170], 14.04.2015 [RJ 2015/1528]), y no existe, al menos de momento, ningún indicio de que la situación vaya a ser replanteada.

6. Referencias

- ALBALADEJO GARCÍA, M. **Curso de Derecho Civil**. 11. ed. Madrid: Edisofer, 2007. v. IV: Derecho de Familia.
- ARROYO AMAYUELAS, E. Comentarios a los artículos 1435 a 1444 del Código Civil. En: DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): **Comentarios al Código Civil**. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 1567-1581.
- ASUA GONZÁLEZ, C. I. La compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. En: CUENA CASAS, M.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A.; ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.): **Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa**. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 1097-1111.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. **Derecho de la persona**. Madrid: Montecorvo, 1976.
- _____. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005. En: **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil**, Madrid, núm. 70, pp. 139-153, enero-abril, 2006.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor. Sentencia de 14 de julio de 2011. **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil**, Madrid, núm. 89, pp. 271-290, mayo-agosto, 2012.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. **La condición social y jurídica de la mujer**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955.
- _____. **Derecho Civil español, común y foral**. 12. ed. Madrid: Reus, 1994. t. V: Derecho de Familia. v. 1: Relaciones conyugales.
- CUENA CASAS, M. Comentarios a los artículos 1435 a 1444 CC. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): **Comentarios al Código Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 10088-10164. t. VII.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: RAMS ALBESA, J. J. (Coord.): **Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia**. Madrid, Dykinson, 2009, pp. 117-272.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. **Ante la reforma del Derecho de Familia: conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978**. La Coruña: Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, 1978.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. **El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña**. Madrid: Tecnos, 1974.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. **Sistema de Derecho Civil**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. IV, t. 1: Derecho de familia.
- GALGANO, F. **Diritto civile e commerciale**. 4. ed. Padua: Cedam, 2004. v. IV.
- GARCÍA GOYENA, F. **Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español**. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852. t. I.
- GARRIDO CERDÁ, E. Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro. **Anales de la Academia Matritense del Notariado**, Madrid, t. 25, pp. 143-176, 1983.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Comentarios a los artículos 66 a 71 del Código Civil. En: **Comentarios a las reformas del Derecho de Familia**. Madrid: Tecnos, 1984. v. I.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. El Derecho de Familia y sus principales reformas tras la Constitución española de 1978. En: GARCÍA VILLALUENGA, L. (Coord.): **El Derecho y los servicios sociales**. Granada: Comares, 1997, pp. 43-73.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. La reforma del régimen económico del matrimonio. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 32, n. 2, pp. 343-369, abril-septiembre, 1979.
- _____. **Derecho de familia. El matrimonio y su economía**. Navarra: Aranzadi, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. **Principios de Derecho Civil**. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. v. VI: Derecho de familia.
- MARÍN VELARDE, A. El régimen de separación de bienes. En: LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.); MONJE BALMASEDA (Coord.): **Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia**. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 763-775. t. I: Parte sustantiva.
- MEDINA ALCOZ, M. Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del Derecho Civil común. En: ECHEVARRÍA DE RADA, T. (Dir.); MARTÍN BRICEÑO, M. R.; GUINEA FERNÁNDEZ, D. R. (Coords.): **Cuestiones actuales de Derecho de familia**. Madrid: La Ley, 2013, pp. 279-340.

- NASARRE AZNAR, S. La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. En: BARRADA ORELLANA, R.; GARRIDO MELERO, M.; NASARRE AZNAR, S. (Coords.): **El nuevo derecho de la persona y de la familia**. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 233-301.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M. **Breviario de Derecho germánico**. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. **Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia**. Madrid: Dykinson, 2001.
- RAMS ALBESA, J. J. La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales. En: RAMS ALBESA, J. J. (Coord.): **Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia**. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 27-121.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. **Separación de bienes en el matrimonio**. Madrid: Montecorvo, 1983.
- _____. Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña). En: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.): **Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias**. Pamplona: Aranzadi, 2008, pp. 735-755. t. I.
- RIBERA BLANES, B. **La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- _____. Del régimen de separación de bienes. En: RAMS ALBESA, J. J.; MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.): **El régimen económico del matrimonio**. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 815-923.
- ROCA TRÍAS, E. La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya. **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, v. 107, n. 3, pp. 651-676, 2008.
- SALVADOR CODERCH, P. Trabajar sin participar. **La Vanguardia**, 15 dic. 1992, p. 20.
- SERRANO ALONSO, E. El trabajo en el hogar como contribución a las cargas del matrimonio. En: **Liber Amicorum: Profesor Don Ignacio de la Concha**, Madrid: Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1986, pp. 463-470.
- SOLÉ RESINA, J. La compensación económica por razón de trabajo en el Libro Segundo del CCC: La «cuarta doméstica» o crédito de participación reducido. En: BARRADA ORELLANA, R.; GARRIDO MELERO, M.; NASARRE AZNAR, S. (Coords.): **El nuevo derecho de la persona y de la familia**. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 301-313.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. **Derecho de familia y de la persona**. Barcelona: Bosch, 2007. t. 5: Regímenes económicos matrimoniales.

EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

MARÍA CRISTINA ESCRIBANO GÁMIR

Profesora Titular de Derecho Mercantil. UCLM.

Resumen

El proceso de participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas, está resultando un proceso muy lento, salvo excepciones en el entorno europeo. Tanto es así, que, como es conocido, no ha dudado en calificarse de fracaso social. En España las mujeres apenas ocupan el 22% de los cuadros intermedios, el 11% en alta dirección y algo más del 10% de los puestos de los consejos de administración. En este estudio, se analizan las medidas de aceleración de este proceso que comprenden, tanto los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, como las medidas legales de imposición o de proposición de cuotas de participación existentes en nuestro Derecho y las que han ido apareciendo en Derecho comparado. Especial énfasis se otorga al estudio de la propuesta de Directiva COM (2012) 614 final, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, y al análisis de las necesarias medidas que debieran adoptarse en el derecho español para su eventual transposición.

Palabras clave

Igualdad de género; Consejo de Administración de Sociedades Mercantiles; Sistema de cuotas; Códigos de Buen Gobierno.

Abstract

The process of access of women to directive positions in private companies is being very slow, with few exceptions in Europe. Hence, as it is well known, it has been depicted as a social failure. Today in Spain women hardly account for 22% of medium executive posts and for 11% of the top executive posts, while only 10% of the seats in Corporate Directive Boards of the big companies are occupied by women. This essay deals with the

means and instruments that are being used to speed up this process, in which are included the Codes of Good Governance of companies listed on stock exchanges and legal measures, such as coactive or proposed gender quotas for female presence in Corporate Directive Boards, both in national and comparative Law. A special look is given to the proposal of Directive COM (2012) 614 final, on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, and the requirements that eventually should be needed to adapt the actual Spanish legislation to this proposal of Directive.

Key words

Gender equality; Corporate Directive Boards in largest listed companies; quota system; Codes of Good Governance.

1. Introducción

La participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas es, en general, un proceso que viene resultando lento, salvo excepciones en el entorno europeo. Tanto es así, que, como es conocido, no ha dudado, en calificarse de fracaso social. En España las mujeres apenas ocupan el 22% de los cuadros intermedios, el 11% de la alta dirección y algo más del 10% de los puestos en los Consejos de Administración¹. Por sectores el análisis es más elocuente, puesto que mientras en algunos el porcentaje se sitúa entre el 20 y el 22%, en otros, apenas el siete.

En nuestro país, ya en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas introdujo el debate público acerca de la necesidad de promover medidas para mejorar la presencia de mujeres en los órganos de dirección de las empresas, aunque no promovió cuotas ni umbrales mínimos. De este modo, otorgaba un amplio margen de maniobra a las empresas.

Sin embargo, resulta de interés el cambio de filosofía que se aprecia claramente en los redactores del texto. Sirvan las siguientes líneas del Código Conthe para introducir las páginas que siguen sobre esta materia:

Lograr una adecuada diversidad de género en los consejos de administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la responsabilidad social corporativa; es también un objetivo de eficiencia que

1 Fuente El País, Negocios, 12-5-2013, p. 3. Vid., asimismo, entre otros el informe *La mujer directiva en España. Women as leaders*, publicado por PwC (en adelante Informe PwC), 2013, p 14 y ss. Donde se subraya que tan sólo un 31% cuenta con alguna mujer en sus Consejos de Administración, a pesar de la Ley de Igualdad de 2007.

las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento del 51% de la población –las mujeres– no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país.

2. El Derecho de la Unión Europea: La propuesta de Directiva COM (2012) 614 final destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines

Estudiar el Derecho de la UE, en su magnífica amplitud, excede el ámbito de estas páginas. A pesar de ello, resulta evidente su necesaria inclusión, por lo que vamos a intentar referirnos a él deteniéndonos un poco más en la Propuesta de Directiva 2012 que, seguramente, alumbrará el compromiso de todos los Estados de la Unión en materia de la composición equilibrada de géneros en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles.

Durante varias décadas, los Estados miembros (en adelante, EEMM) y las instituciones de la UE han realizado intentos numerosos para promover la igualdad de género en los Consejos de Administración de las empresas. La UE ha dictado varias Directivas y Recomendaciones. Sin duda ha resultado esencial el que el Tribunal de Justicia de la Unión haya declarado el derecho a la igualdad como un principio fundamental del Derecho comunitario, sobre todo si el mismo se ha acompañado de la prohibición de discriminación, como ha venido estando en el ordenamiento de la UE².

El Tratado de Maastricht y el de Amsterdam avanzan en esta línea imparable, como es el caso del art. 12. Este último autoriza al Consejo a adoptar medidas contra la discriminación por sexo.

Ya en el cambio de siglo, la UE reiteró su apoyo para lograr una mayor participación de la mujer en puestos de responsabilidad en su Carta de la Mujer³.

El Parlamento de Europa ha pedido a empresas y EEMM que incrementen la inclusión de mujeres en los órganos de decisión, invitando, a su vez, a la Comisión a presentar

2 Como señala HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Pamplona, 2009, p. 108, el reconocimiento del principio de igualdad se produjo antes en la UE que el de la tutela de los derechos humanos. *La estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades*, publicada por la UE en el marco de su Agenda Social 2005-2010, así como el *Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres para el período 2006-2010*, dan cuenta del interés de las Instituciones europeas en la materia.

3 COM (2010) 78 final.

propuestas legislativas para lograr que en el 2015 las mujeres participaran en los Consejos en un 30%, y, en 2020, ascender en una cuota del 40%.

El 5 de marzo de 2012 la Comisión comunica que está trabajando con distintas opciones para romper “el techo de cristal” en favor de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas. Sin embargo, en octubre, Bruselas paraliza la imposición del 40% de mujeres en los Consejos. La razón fue una división interna en la Comisión.

El 14 de noviembre de 2012 la Comisión propone ya un objetivo del 40% de presencia de mujeres en los Consejos de Administración de las empresas cotizadas para puestos no ejecutivos.

La Propuesta en la que, seguidamente, nos detendremos se propone alcanzar el objetivo del 40% en 2020.⁴ Por su parte, las empresas públicas contarán con un plazo menor: hasta el 2018.

El objeto de la Propuesta de Directiva⁵ es aumentar substancialmente el número de mujeres en los Consejos de Administración de toda la UE. Establece un sistema de cuota, en cuya virtud la presencia de las mujeres se exige en un 40% entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas.

La **base jurídica** de la Propuesta es el art. 157, apartado 3, del TFUE. Contribuye al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En cuanto a esta última, la actuación de la UE se estima adecuada al fin, correcta en la valoración coste y beneficio y, finalmente, justificada.

En cuanto a la fuente formal, “se trata de una armonización mínima para fijar unos objetivos comunes, dejando a los EEMM la libertad suficiente para determinar cómo alcanzarlos mejor a nivel nacional”. De este modo, (considerando 38) “la Directiva no se excede de lo necesario (...)”.

Ya en cuanto al **régimen**, en el art. 1 de la Propuesta de Directiva se fija el sujeto destinatario de la acción: los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas en bolsa. Por lo que se refiere a la elección de la entidad, obsérvese que la norma habla de “empresa”, no de sociedades.

La Directiva se adapta así perfectamente a la estructura de los Consejos de Administración tanto de sistema dualista, monista como mixto. Y, en cuanto a los administradores, la definición abarca a todos los no ejecutivos; con la finalidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas.

4 El cálculo de empresas afectadas en la UE se estima en unas 5000

5 Las principales características de la Propuesta pueden verse, asimismo, en PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, *RDM*, nº 288, abril-junio 2013, p. 62-67.

Siendo cierto lo anterior, la tendencia a equilibrar los Consejos desde la responsabilidad no ejecutiva -aunque comprensiva- no deja de causar cierta extrañeza. Es cierto que la norma comunitaria es de mínimos⁶ y, por ello, los EEMM podrán ampliar la obligación a otros o a todos los diferentes tipos de consejeros⁷. Sin embargo, son los ejecutivos donde se encuentra el núcleo del poder y decisión y es quizá aquí donde hubiera sido significativa la representación paritaria⁸.

El sujeto destinatario de la obligación es la cotizada, por tratarse de empresas con gran importancia económica, visibilidad y eje de la normativa del Derecho Privado.

La cuota establecida es del 40% para el género menos representado o la cifra más próxima a este porcentaje, pero sin exceder del 49%.

En consonancia con lo señalado por el TJUE⁹, la Propuesta hace referencia a la necesidad de conciliar los dos conceptos de igualdad formal de trato y acción positiva dirigidos a lograr la igualdad de hecho; ambos reconocidos en la Carta, así como en el artículo 157 del TFUE y el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE¹⁰.

La Propuesta se fija también unos plazos adecuados (art,5): antes del 1 de enero del 2020 o, tratándose de empresas públicas, antes del 1 de enero del 2018.

6 Si bien en su Considerando 20 la Propuesta utiliza los términos “los objetivos cuantitativos establecidos en la presente Directiva **sólo deben aplicarse a los administradores no ejecutivos** con el fin de lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos (...) y la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de la empresa (...)”.

7 Vid. El artículo 7 de la Propuesta –*Requisitos mínimos*–, según el cual los EEMM “podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables que las establecidas por la presente Directiva para garantizar una representación más equilibrada (...) en lo que se refiere a las empresas constituidas en su territorio nacional, a condición de que no generen una discriminación injustificada ni supongan un perjuicio para el buen funcionamiento del mercado interior”.

8 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más” en [http:// jsanchezcalero.blogspot.com/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html](http://jsanchezcalero.blogspot.com/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html).

Para las clases de Consejeros puede verse ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 y 15)” en *RdS*, 2006-2, nº 27, p. 107 y 108

9 No podemos en estas páginas detenernos en la Jurisprudencia del TJUE, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, p.145-156. Debe advertirse, con la autora, que, no obstante, la línea jurisprudencial del mencionado Tribunal, se le ha criticado por cierta rigidez, toda vez que utiliza términos poco flexibles e, incluso, en algún caso –Kalanke–, sentó unos límites rigurosos de la acción positiva legítima.

10 Estos criterios son:

A) Las medidas deben referirse a un sector en el que las mujeres estén menos representadas.

B) Sólo puede darse prioridad a las candidatas femeninas que tengan la misma cualificación que los candidatos masculinos.

C) No deber darse prioridad automática o condicional a los candidatos que tengan la misma cualificación, sino que deben incluir una cláusula de salvaguardia que establezca la posibilidad de aplicar excepciones en casos justificados, teniendo en cuenta la situación individual, en particular, la situación personal de cada candidato.

Por lo que se refiere a las sanciones, el artículo 6 de la Propuesta no establece ninguna. Obliga, en cambio, a los EEMM a fijarlas. Éstas deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias y, entre ellas, podrán estipularse multas administrativas, así como la nulidad o anulabilidad, pronunciada por órgano judicial, del nombramiento o elección “irregular”. Para la transposición de la norma los Derechos nacionales tienen un plazo de dos años desde la adopción.

Por fin, el 14 de octubre de 2013, la Comisión de los Derechos de la Mujer y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, han votado por 40 votos a favor, 9 en contra y 2 abstenciones, el Proyecto.

3. El Derecho Español

3.1. Marco constitucional y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE) no sólo está recogido el principio general de la igualdad ante la ley, sino que contiene también una serie de motivos de prohibición de la discriminación que están cualificados por su motivación y entre los que aparece incluida la discriminación por razón del sexo¹¹.

En la STC 128/1987 de 16 de julio¹², ya se explica que la inclusión de esta discriminación en el art.14 CE obedece a la “voluntad de terminar con la histórica de situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” (FJ 5). En esta misma Sentencia se afirma ya la constitucionalidad de medidas correctoras que vengan a paliar tal situación de inferioridad-que incluso pueden venir exigidas desde nuestra definición constitucional como Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE)- y que conectan con el mandato contenido en el art.9.2 CE y dirigido a los poderes públicos para la promoción de condiciones que hagan que la igualdad sea real y efectiva¹³. Con más claridad y contundencia se expresará la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en cuyo F.J.2, se señala el contenido paritario que implica la prohibición de discriminación entre sexos. Éste exige, de una parte, el respeto de las posiciones paritarias, cuando ya existen, y, de otra, legitima la adopción de medidas amparadas en el art.9.2 CE

11 LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, pág. 24.

12 BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, p. 389, destaca la introducción en esta STC del criterio de igualdad sustancial frente a anteriores sentencias (STC 81/82) basadas en el concepto de igualdad formal

13 LOPEZ-GUERRA, L. *op. cit.*, p. 33, destaca la importancia de esta triple conexión entre los arts. 14.1 y 9.2 CE en la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa y acción positiva. En igual sentido, CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, abril-junio 1994, p. 281 y 282.

que conduzcan a dicha paridad real, hablando ya de un “derecho desigual igualatorio”. Por la claridad y contundencia de estas manifestaciones del TC merece la pena reproducirlas: “A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre varones y las mujeres también en la materia de empleo (...) Se justifican, así, constitucionalmente medidas a favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que estos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (FJ.2).

Hasta aquí, hay varios elementos destacables de esta jurisprudencia constitucional: De un lado, la recepción en el artículo 14 del rechazo a la histórica situación de inferioridad de la mujer, la llamada desde la Constitución a un trato paritario entre los sexos y la habilitación a los poderes públicos de medidas que reequilibren en beneficio de tal paridad situaciones reales de desigualdad. De otro, la exigencia de que para que estas medidas de reequilibrio sean constitucionalmente legítimas, deben basarse en una situación de inferioridad constatada por la realidad social y que dichas medidas tengan una adecuación de medios y resultados para el fin que persiguen.

Señalado lo anterior y ya en cuanto a la materia objeto de este estudio, la imposición de una cuota que garantice la presencia efectiva de la mujer en el seno de un colectivo o de una actividad ha sido también objeto de examen específico por el TC.

En la STC 12 /2008, de 29 de enero¹⁴, el Tribunal abordó el tema del establecimiento de una cuota mínima del cuarenta por ciento de presencia de cada uno de los sexos en las listas electorales de los partidos políticos y las agrupaciones de electores contenida en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, ‘para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.’¹⁵

14 Un comentario a esta sentencia en REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del TC español”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie XLIII, nº 129, septiembre-diciembre 2010, p. 1362-1367.

15 Adelantándose a argumentos favorables al sistema de cuotas electorales recogidas luego por el TC, TRUJILLO, M.A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 380-382 y BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *op. cit.*, p. 394-398. En contra de la introducción de cuotas en el sistema de representación política, ARANDA ÁLVAREZ, E. *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 19, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, en particular, p., 90 y 94.

Para el Tribunal, la respuesta a la legitimidad de dicha medida debía ser buscada “tanto en el análisis del mandato de sustantivización de la igualdad formal contenido en el art. 9.2 CE, como en la configuración constitucional de los partidos políticos” (FJ.4).

En relación al primer aspecto, recuerda la doctrina de la STC 216/1991, FJ. 5, en la que se manifiesta que la igualdad, como valor superior del ordenamiento constitucional contenida en el art.1.1 CE, se extiende más allá de la igualdad de carácter formal contenida en el art.14 que prohíbe la generación de desigualdades arbitrarias y comprende también la igualdad sustancial que se deriva del art.9.2 CE. Existe, de este modo, una complementariedad entre la proscripción de acciones discriminatorias y las acciones de favorecimiento de la igualdad material.

Esta perspectiva del art. 1.1 CE tiene relevancia, en cuanto que el TC la considera “un fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional” (FJ.4), lo que permite extender este enjuiciamiento de principio más allá del caso concreto de las listas electorales. En el mismo sentido extensivo del concepto de igualdad sustancial a todo el ámbito del ordenamiento constitucional más allá del ámbito electoral, el TC destaca que esta igualdad sustantiva, “no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía”. (FJ.4). Es decir, que **la igualdad sustancial es un predicamento referido al individuo**, en cuanto ciudadano, que habilita a ser aplicada en todo tipo de relación jurídica, económica o social contemplada en el seno de la Constitución.

En su aplicación al ámbito de los partidos políticos, el TC entiende que, derivado de su condición constitucional de instrumentos para la participación política (art.6 CE), es lícito desde una perspectiva constitucional que el legislador se sirva de ellos “para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida en el art.2 CE” (FJ.5). Porque, en definitiva, es constitucional la traslación paritaria de la composición de la sociedad en cuanto a sexos a la composición de la representación política, en la medida en que dicha paridad es el substrato necesario para una representación integradora que es “irrenunciable” con relación a una sociedad así compuesta.

También el tema de la cuota aparece estudiado en la STC 13/2009, de 19 de enero, con relación a la Ley del Parlamento Vasco 4/ 2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres¹⁶. El TC entiende que, en tanto que la propia Ley vasca prevé que tal participación parte de la premisa de que los hombres y mujeres que integren los mencionados órganos administrativos deben contar con la capacitación, competencia y preparación adecuada, tal medida es conforme-en aplicación de lo ya sentado en la STC 12/2008- con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenida en el art.9.2 CE (FFJJ. 3,4 y 5).

16 Destaca también los elementos novedosos de esta sentencia, con relación a la STC 12/2008, REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 1367-1369.

En segundo lugar, la Ley vasca establecía que las candidaturas deberán estar integradas por al menos un cincuenta por ciento de mujeres. Para el TC esta medida encuentra su justificación “en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación” (FJ.11).

La conclusión final de esta jurisprudencia no puede ser otra que la asunción por parte del TC, en primer lugar, de la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer como desarrollo de los artículos 1,1, 9.2 y 14 de la CE, que preconizan el principio de igualdad sustancial. En segundo lugar, el propio Tribunal ha entendido que, cuando estas medidas han asumido la forma de cuotas mínimas de participación-tanto referidas a ambos sexos, como sólo a la mujer-, a través de ellas se procedía a una corrección de una situación histórica de discriminación de la mujer. Finalmente, el TC, ha considerado que el ámbito de la representación política y de la Administración pública son escenarios en los que concurre válidamente la expresión de la igualdad sustancial predicada desde el art.9.2 CE. **No se ha pronunciado, sin embargo, sobre la constitucionalidad de la imposición de cuotas de participación en entidades que no persiguen un fin esencialmente público**, aunque cabe señalar que sí se ha predicado la igualdad sustancial como un elemento del Estado social y de Derecho, que, como tal, representa un fundamento axiológico para el conjunto del ordenamiento constitucional y que no sólo facilita la participación efectiva en los asuntos públicos, sino que es “un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ.4).

3.2. *Informes y Recomendaciones de Gobierno Corporativo*

La igualdad entre hombres y mujeres en la empresa, en general, y la participación de éstas en su órganos de dirección, en particular, constituye un objetivo típico de la responsabilidad social de las empresas y otro tanto puede afirmarse respecto del gobierno corporativo¹⁷. Habrá que esperar hasta el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas -el llamado Código Conthe-, de 19 de mayo de 2006, para hallar recomendaciones en materia de diversidad de género. No es posible hacer referencia en estas páginas a los Informes Olivencia y Aldama, que pasaron por alto la adecuada diversidad de género.

En el mencionado Código Conthe, sí hallamos un tratamiento sobre el necesario equilibrio de género en los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. Así en la Recomendación, nº 15, se dice:

¹⁷ En España, la Ley de Igualdad enmarcó en la RSC la igualdad de hombres y mujeres, ya que dicha Responsabilidad Social integra aspectos laborales, derechos humanos, acción social y, naturalmente, el Gobierno Corporativo y sus resultados: los informes para dar respuesta a la eficacia, transparencia, agilidad y responsabilidad del gobierno de las sociedades.

Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a) *Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;*
- b) *La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.*

En sus Principios Básicos, donde informa de las características del Código, se declara la *Voluntariedad, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”*. Nos encontramos en el ámbito de la autorregulación y del *softlaw*. Se trata, como es sabido,¹⁸ de reglas que intentan establecer estándares de actuación en ámbitos que, por su complicación de intereses, no aceptan bien una regulación estricta. De ahí, que suela recurrirse a esta vía de regulación.¹⁹

El Código finalmente recoge la ya mencionada recomendación sobre diversidad de género para *hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas*, invitando a las entidades con escasa presencia femenina en sus Consejos a *que realicen un esfuerzo deliberado para buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes*.

Sin embargo, los escasos resultados en materia de igualdad vienen reclamando normas imperativas que impulsen decididamente el proceso.

3.3. *La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75*

Como era de esperar, la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo de 2007, ha destinado el Título VII a la Responsabilidad social de las empresas y, en su seno, al impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Para nuestro ámbito, es el artículo 75 el que establece la norma que pretende el equilibrio:

18 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO, BALLESTER PASTOR, BAÑO LEÓN, EMBID IRUJO Y GOERLICH PESET (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008. p. 325.

19 Como recuerda HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, p. 216, la naturaleza del Código fue criticada por la doctrina. Se entendió que “el principio de “cumplir o explicar” de carácter anglosajón no es tan sencillo de traer a España, donde si una recomendación no es regla o Ley, no se cumple (...)”

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a media que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

El precepto es el resultado al que finalmente se llegó tras las críticas vertidas por determinadas instituciones y el mercado al Anteproyecto de la Ley. Brevemente, el proyectado artículo 70 establecía que las grandes sociedades procurarían incluir en sus Consejos de Administración un 10% anual de consejeras en un plazo de cuatro años, a medida que fueran venciendo los nombramientos designados antes de la entrada en vigor de la Ley.

El Consejo General del Poder Judicial consideró en su dictamen²⁰ -esencialmente- la importancia a la vez que la dificultad de hallar un equilibrio, pues la introducción de criterios de preferencia no pueden obviar los principios de los artículos 23 y 103.3 de la Constitución, lo que, sin embargo, tampoco puede significar la imposible introducción de fórmulas de promoción. Se trata de que lo previsto en el Anteproyecto no puede constituir un criterio único y determinante de la elección²¹.

El Consejo de Estado²² se inclinó por la mejor fórmula jurídica que representaban los Códigos de Buen Gobierno. La exigencia de cuotas prefijadas es incompatible -estimó- con los criterios de eficiencia, idoneidad, mérito y capacidad. En este sentido, no puede prevalecer el sexo sobre los mismos pues no sería aceptable sobre el interés general o el de competitividad de las empresas.

Sería, sin embargo, el Informe del Consejo Económico y Social el que ofrecería el criterio finalmente llevado a la Ley de Igualdad. Así, se suprimió el porcentaje mínimo y se aumentó el plazo de cumplimiento a ocho años.²³ Por fin, la Confederación española de Organizaciones Empresariales mostró su desacuerdo con la norma del art. 70 del Anteproyecto por la inseguridad jurídica de la técnica empleada, que estima contraria a toda medida legal al no tener en cuenta la especificidad de cada empresa, obligando a la introducción forzada de cuotas en función del sexo y prescindiendo del mérito, el talento y el

20 26 de abril de 2006.

21 En el mismo sentido el TJUE, en algunos casos como Kalanke y Marshall. Así, admite la promoción de la igualdad de la mujer y, con ello, el establecimiento de acciones positivas pero, en ningún caso, estima que quepan cuotas rígidas, de aplicación automática. Además, habrá de producirse una valoración objetiva de candidatos. Vid. HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, p. 241 y 242.

22 Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio.

23 Sobre este informe, puede verse HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, p. 244 y 245, y la bibliografía allí citada.

valor añadido del consejero. Además —se añade— con la regulación propuesta se vulneraría el principio de libertad de empresa.

Llegamos así a la norma del art. 75 de la Ley de Igualdad que, a pesar del camino recorrido, suscita importantes problemas de interpretación. Imprecisa en su contenido, con técnicas jurídicas complicadas y diversas, falta de rigor técnico, etc. son las críticas más importantes que han realizado los autores²⁴.

En primer lugar, la naturaleza del propio instrumento normativo. En efecto, se presenta como una Ley Orgánica y, sin embargo, sólo tres preceptos la poseen.²⁵ El art. 75 no está entre ellos. A nuestro entender, no es necesario para la eficacia de la norma que tenga carácter orgánico, con lo que no tiene sentido una vestidura de fuerza que ni siquiera es real.

Dejando a un lado lo anterior y, ya en aspectos mercantiles, la primera cuestión se presenta en cuanto al **ámbito de aplicación** de la norma. Según, el general de la Ley, se circunscribe a cualquier empresa que tenga domicilio o residencia en nuestro país o que actúe en nuestro territorio. Sin duda, el legislador ha sido tan bienintencionado como fantasioso. Por qué razón una empresa extranjera va a tener que dotar de equilibrio a su consejo de administración en materia de género para poder operar en España, desoyendo el cumplimiento de otros requisitos fundamentales económicos, jurídicos, fiscales, financieros e, incluso, propios del ámbito de la RSC. Más aún, con qué instrumentos pensaba lograrlo nuestro legislador de igualdad.

Tampoco resulta fácil de administrar el **ámbito subjetivo**; esto es, qué sociedades y qué órgano de administración vienen obligados. En cuanto a lo primero, la Ley, así como el art. 75 se refieren a “sociedades mercantiles”. En concreto, las “obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada”. Desde luego, los términos no resultan equivalentes, si bien, no comparto la crítica de algún autor que sanciona la falta de armonía como grave²⁶. Desde luego la discordancia no es justificable, salvo porque, torpemente, la Ley hable en general de “sociedades mercantiles” —incluso por simplificación— y en las normas circunscriba el concepto²⁷. El legislador, como se ha señalado, “sale del amplio campo de los operadores económicos delimitado por la noción de empresa” para circunscribir su ámbito subjetivo a las sociedades y, dentro de ellas, a las mercantiles. Derechamente,

24 Son muchas las opiniones que puede hallar el lector. Entre otras, relevantes, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, págs. 324 y 325; HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, p. 253 y ss.

25 Disposiciones adicionales, Primera, Segunda y Tercera.

26 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 327. Si bien, más adelante, rebaja la crítica inicial, hablando de “fórmula lingüística abreviada” y de “filtro de entrada”.

27 A este respecto, obsérvese, como ya se ha señalado, que la Propuesta de Directiva UE emplea el término “empresas”.

quedarían fuera las asociaciones, las sociedades civiles, las cooperativas, las fundaciones, sindicatos, patronales...²⁸

De este modo, y como dice el art.75, las sociedades destinatarias de la norma son aquéllas obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada; es decir, las mercantiles de capital²⁹. Con la circunscripción de la norma obligatoria a criterios contables³⁰, se están excluyendo del régimen a la mediana empresa; acorde con el criterio que ha imperado en toda Europa.

Conforme al Derecho español (art. 258 Ley de Sociedades de Capital –LSC), a sensu contrario, están obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada:

1. Las sociedades que, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de la circunstancias siguientes: a) que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de estas tres circunstancias.
2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades estarán obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnen dos de las circunstancias expresadas en el apartado anterior.

En el mismo ámbito subjetivo, la norma del art. 75 habla de **Consejos de Administración**. Qué debe entenderse con este término. Como sabemos el Consejo de Administración es una de las fórmulas establecidas por LSC para organizar la administración de la sociedad (arts. 136 y ss). La cuestión, es si la Ley de Igualdad se ha referido a aquéllos en sentido estricto o amplio, comprendiendo, en este caso, todos los sistemas de ordenar la administración de las sociedades en nuestro Derecho³¹.

28 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 326, entre otros.

29 SA, SRL, Comanditaria por acciones.

30 Téngase en cuenta la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 78/660/CEE, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad. Más tarde, el Reglamento (CE) 1606/2002, relativo a la aplicación de Normas Internacionales de Contabilidad.

31 No puede ser objeto de estas páginas un análisis profundo y más completo de las diversas situaciones que pueden producirse. En este caso, nos estamos refiriendo a la persona jurídica administradora. A nuestro ver, habría que procurar dar cumplimiento a la obligación del art. 75 de la Ley de Igualdad y, en este sentido, los requerimientos explicados a lo largo de estas páginas se habrán de referir a las personas físicas que los representan.

Para algunos, la interpretación extensiva resulta la correcta, toda vez el argumento teleológico; el lenguaje cotidiano, que alude al Consejo de Administración en sentido muy amplio, así como el económico que admitiría también esta metonimia organizativa³². Por fin, que se trata de la fórmula colegiada más frecuente entre las sociedades mercantiles a las que, precisamente, obliga la norma; es decir, las que han de presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada.

Tal vez la terminología del art. 75 pueda ayudar en la interpretación. Según éste, lo previsto ha de tenerse en cuenta para los nombramientos a medida que venza el mandato de los consejeros. Se confirma, de este modo, que la Ley contempla un sistema pluripersonal de administración y, además, de consejo, toda vez que utiliza el término “consejeros”, que no “administradores”. A nuestro modo de ver, esta interpretación estricta³³ parece la correcta a la vista de que la propia Ley de Igualdad, en otras normas, no ha dudado en utilizar la expresión “órganos de dirección” (arts. 30.2 y 50.4) para incluir en el mandato tanto a la estructura representativa (comisiones ejecutivas, órganos de control), como a la técnica (alta dirección, gerencia, consultoría...)³⁴

Otra cuestión surge en torno al tema: decidir si el art. 75 contempla la delegación de facultades. Se trataría de los supuestos de consejeros delegados como del nombramiento de una comisión ejecutiva. Desde luego, en ambos casos estamos en presencia de consejeros. Para el supuesto del consejero delegado –figura unipersonal- no es descabellado admitir que la “presencia equilibrada” pueda darse en el órgano de manera sucesiva; si bien parece que la Ley piensa en que el equilibrio se produzca simultáneamente para la mejor formación plural de la voluntad del órgano. En cuanto a la comisión, el caso es más sencillo. Parece plausible extrapolar a su seno la voluntad del legislador manifestada en el art. 75.³⁵ De ser cierto lo anterior, la norma del art. 75 afecta a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles señaladas, incluidos los supuestos de delegación de facultades. Se excluirían, por tanto, los nombramientos de la alta dirección.

Siguiendo en el análisis de la norma, el art. 75 -con falta de rigor técnico- se refiere al **contenido** de la conducta que exige a las sociedades afectadas. “Procurarán incluir” un

32 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 334. HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, p. 286 y ss, sobre el estado de la cuestión en la doctrina española.

33 En igual sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles.” p. 335.

34 A favor de la tesis amplia, que incluiría no sólo a los “consejeros”, HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, p. 287. En ningún caso, señala entraría en el supuesto de unipersonalidad, pues la Ley piensa en todo momento en un órgano pluripersonal, *op. cit.*, p. 291. De igual parecer, EMBID IRUJO, J.M., *op. loc. ult. cit.*

35 En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 337, que habla de “mini consejo”. También, HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, p. 295 y FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, en *La Ley*, nº 7224, 23 de julio de 2009, p. 2

número de mujeres que permita alcanzar una “presencia equilibrada”. A qué obliga la Ley y, en concreto, ante qué tipo de obligación nos hallamos. Concretamente, si se trata de una obligación de medios o es de resultado.

Comencemos por señalar que el verbo empleado “procurar” es, a todas luces, débilmente coactivo, sobre todo si, además, la sanción por “no procurar” no está prevista. Se comprende fácilmente que para un sector de los autores se trate de una simple recomendación, de acogida voluntaria en el marco del *softlaw*. De este modo, carece –se afirma– de vinculación jurídica³⁶.

No creemos, sin embargo, que sea rigurosamente así. Estamos ante una obligación de medios, cuya satisfacción se cifra en un comportamiento propio de la diligencia debida. Las sociedades deben realizar un determinado comportamiento: procurar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus Consejos de Administración. Así las cosas, aunque la Ley no haya impuesto una obligación de resultado –que sí ha regulado en las sociedades y organismos públicos–, no deja de imponer el cumplimiento exigible de una determinada obligación de hacer que, desde luego, es exigible. Abundando en lo anterior, la idea de la obligación se confirma en el nº 2 del art. 75 de la Ley “se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.³⁷

En qué ha de consistir la obligación de “procurar” no es fácil a priori de determinar. Téngase en cuenta que se trata de una sociedad mercantil que forma su voluntad a través de sus órganos con competencias para ello asignadas *ex lege*. En otros términos, ha de tenerse en cuenta que las sociedades no pueden prescindir de los procedimientos legalmente establecidos para designar a sus miembros. No es la sociedad, como persona jurídica, un “bloque monolítico que pueda definir su actuación en un procedimiento único y unitario”³⁸. Es precisa la existencia de la mayoría exigida por la Ley en la Junta General para que el nombramiento sea válido. O, en otro caso, el cumplimiento de lo previsto por el legislador para los otros dos sistemas de proceder en el nombramiento de administradores: la cooptación y la representación proporcional. A tal efecto, como con acierto se ha

36 Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en *MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 446.

37 De este parecer, PÉREZ TROYA, A., *op. cit.*, p. 54.

Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Consejo de Administración...”, p. 3, el legislador sí ha establecido una obligación de resultado, pero de “sentido diferente”: no incluir, sí procurar incluir. De esta forma, según el autor, la obligación se cumple cuando el órgano realiza todos los actos que estén a su alcance para obtener la paridad. Con ello, también, la obligación quedaría cumplida. Afirma, así mismo, esta naturaleza de la obligación HUERTA VIESCA, M.I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, p. 330

38 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 342.

señalado, resultaría oportuno que la norma de equilibrio en los Consejos y su promoción se trasladara a los reglamentos de funcionamiento tanto del Consejo como de la Junta, logrando, de este modo, un compromiso firme para lograr el objetivo de igualdad de género querido por la Ley y ya seleccionado por el Código Unificado.

Algún autor ha diferenciado tres situaciones posibles en torno al cumplimiento de la norma.³⁹ En primer lugar, que en el plazo legal, la sociedad logre el equilibrio de género en su Consejo de Administración. En segundo lugar, que la sociedad haya procurado, desarrollando una serie de actuaciones propias de la diligencia debida, pero que, sin embargo, pasado el plazo, su Consejo no tenga una presencia equilibrada de hombres y mujeres. En tercer lugar, que la sociedad no haya procurado dicho equilibrio.

En los dos primeros supuestos, la sociedad habrá dado cumplimiento a su obligación, tal y como está prevista en la Ley; a pesar de que, en el segundo, exista una ausencia de resultado. En el tercero, por el contrario, la sociedad ha incumplido su obligación –de medios- y, además, tampoco se ha cumplido con el resultado querido por el legislador.

La sociedad habrá de dar cuenta en su Memoria de las actuaciones que haya realizado, si fuera el caso, para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 75 Ley de Igualdad. Al respecto, el art. 200, 8ª de la LSC – contenido de la Memoria- señala que en ésta habrá de constar “la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de los consejeros” Como se recordará, el Código Unificado preveía ya el reflejo documental de las actuaciones de las sociedades en materia de diversidad de género en los Consejos de Administración. Por su parte, la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorro y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, establece en el Capítulo II –*Informe anual del gobierno corporativo de sociedades anónimas cotizadas, cajas de ahorro y otras entidades*–, art. 5, el contenido mínimo de dicho informe, y en su nº 3, f) dice “El informe anual de gobierno corporativo deberá incluir información relativa al número de consejeras que integran el consejo de administración y sus comisiones, así como el carácter de tales consejeras; todo ello con indicación de la evolución de esta composición en los últimos cuatro años.

Igualmente, se incluirá información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las

39 EMBID IRUJI, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 345 y 346.

medidas que, en su caso, hubiese convenido la comisión de nombramientos para que al proveerse nuevas vacantes:

- 1º Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras.
- 2º La compañía busque deliberadamente e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

Cuando a pesar de estas medidas que, en su caso, se hayan adoptado, sea escaso o nulo el número de consejeras, el consejo deberá explicar los motivos que lo justifiquen.”

Cuáles son las **consecuencias del incumplimiento** Con la mejor doctrina cabe afirmar que no es sencillo decidir el *quid iuris* de la conducta de una sociedad que no dé cumplimiento a la obligación fijada en la Ley⁴⁰. Sobre todo si tenemos en cuenta que la propia Ley de Igualdad no establece ninguna sanción⁴¹, remitiéndose, quizá, implícitamente al Derecho de Sociedades.

El reproche –podría pensarse– habría de ir dirigido a la sociedad (*rectius* sus órganos) como sujeto obligado por la norma. Sin embargo, no parece que fuera posible la impugnación de un acuerdo de la Junta General de no designación de la mujer como candidata. La norma del art. 75 no establece ninguna restricción a la libertad de voto, siendo libre su ejercicio. Distinto es que la candidata no designada pudiera impugnar por causa de nulidad radical el acuerdo, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Constitución y en el 75 de la Ley de Igualdad.⁴² Sin embargo, para algún autor, esta solución no es defendible salvo desde una lectura superficial de la Ley; debiendo “rechazarse de inmediato” pues la obligación del art. 75 es de medios “cuyo cumplimiento no se dirige, por tanto, a producir un resultado concreto, sino a exteriorizar una determinada diligencia en el “procurar” la presencia equilibrada de mujeres y hombres dentro del Consejo de Administración de la sociedad”⁴³.

40 EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 348 y ss.

41 Esta decisión no deja de estar exenta de lógica, pues las normas de la citada Ley se enmarcan dentro de la RSC que se muestran un grado de compromiso voluntario.

42 HUERTA VIESCA, M.I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, p. 340. Para quien, para que se desencadene la responsabilidad de la sociedad “no es necesario que concurra un elemento intencional o un ánimo discriminatorio en el nombramiento. Es suficiente la aptitud objetiva para victimizar al sujeto pasivo”, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional. Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración...”, p. 4, el respeto a la paridad de sexos “podría encontrar apoyo en la prevalencia de la discriminación positiva *ex* artículo 14 de la Constitución (...), frente a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española”.

43 Es el parecer de EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 351, para quien un acuerdo denegatorio del nombramiento de una mujer “no puede entenderse *per se* como contrario al art. 75 de la Ley de Igualdad, pues la consecución de la presencia equilibrada ha de apreciarse, en su caso, una vez transcurrido el plazo de ocho años establecido en dicha norma”

Si nos detenemos en la responsabilidad directa de la sociedad, hallamos un primer problema en la legitimación activa. Con razón, se duda de que la mujer no nombrada ostente la misma, seguramente por el carácter de la obligación prevista en el art. 75 de la Ley⁴⁴. En cuanto a los organismos públicos para la promoción de la igualdad, como la Comisión interministerial de igualdad entre hombres y mujeres o el Consejo de Participación de la mujer, no parece posible defender su legitimación si tenemos en cuenta su propio régimen, que le otorga competencias para la supervisión del cumplimiento del principio de igualdad de trato, realizando las consabidas actuaciones de seguimiento y coordinación de las actuaciones de la Administración General del Estado, el seguimiento del Plan Estratégico, la coordinación y supervisión del Informe periódico del Gobierno... etc., de acuerdo, así mismo, con la propia Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su art. 20 se ocupa de los organismos de fomento de la igualdad y sus funciones. A decir verdad, compartimos hoy el pensamiento de quienes consideran que “no parece posible contemplar una legitimación social para el ejercicio de acciones como sucede (...) de manera expresa en otras leyes, como la de Competencia Desleal y la General de Publicidad.

La responsabilidad de los administradores es la tercera posibilidad de la tríada. Sin embargo, como es sabido, los nombramientos de los consejeros no dependen de los miembros del Consejo, salvo en los casos de cooptación. A nuestro modo de ver, cabría exigir responsabilidad desde el incumplimiento de los deberes de fidelidad y diligencia inherentes al cargo (arts. 127bis y 127 LSC, respectivamente), si se hubiera cooptado sin respetar la paridad de sexos y, por tanto, el equilibrio en el Consejo. En estos supuestos, podría pensarse en el ejercicio tanto de la acción social (art. 238 LSC) como la individual de responsabilidad (art.241 LSC)⁴⁵. Sin embargo, es difícil que conforme a la normativa vigente la candidata no nombrada pudiera recurrir civilmente contra la sociedad, impugnar el acuerdo del consejo y, si fuera el caso, el de ratificación por parte de la Junta.

A la vista de lo anterior se postula por no pocos autores una solución no indemnizatoria. Así las cosas, y a la vista de la complejidad para decidir acerca de las consecuencias jurídicas del incumplimiento según la legislación vigente, parece que la sanción vendría del propio mercado y, si fuera, el caso, del reproche social gracias al reflejo documental y consiguiente publicidad que ha de tener las actuaciones de las sociedades. Si tenemos en cuenta el Derecho de la UE y los pasos decididos hacia el equilibrio dado por otros ordenamientos próximos al español, la futura trasposición de la aún hoy Propuesta de

44 Estamos de acuerdo con EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p.351.

45 Es la tesis de EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, p. 350 y HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en los nueva regulación...*, p. 337, entre otros.

Directiva COM(2012) 614 Final, debería introducir modificaciones de gran trascendencia en nuestra legislación.

3.4. *La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: algunas reflexiones*

Teniendo en cuenta lo expuesto en las páginas anteriores, es esperable que el legislador español decida “cumplir” las expectativas europeas, tanto por lo que se refiere al Derecho de la UE, como al resto de los ordenamientos.

Además, seguramente, la respuesta de la ciudadanía - cada vez más decidida en esta cuestión a favor de la igualdad de la mujer en todos los ámbitos y manifestada por las asociaciones y organismos que trabajan en ello- no consideramos que pueda ser no tenida en cuenta por los responsables públicos.

La cuota es una exigencia innegable por parte del Consejo y del Parlamento de la UE y España habrá decidir en qué medida está preparado su mercado interior para introducir ésta en la composición de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. La norma comunitaria compensa esta exigencia con un régimen bastante flexible que, seguramente, habrá de hallar acomodo en los ordenamientos nacionales. Así, como ya se ha dicho, sólo afecta a un número limitado de sociedades, aunque sean de gran importancia; a los consejeros independientes y las sanciones por incumplimiento se dejan a la decisión de los EEMM y sus respectivos Derechos de Sociedades. En todo caso, las previstas a modo indicativo son tan razonables como multas administrativas y la nulidad o anulabilidad judicial del acuerdo de nombramiento.

A nuestro ver, aunque España puede alinearse en las hoy todavía menos decididas *pro cuota* del Reino Unido y de Alemania, seguramente habrá de tener en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia y salir de la reserva del “cumplir o explicar”. Apostar, así, decididamente por establecer un régimen jurídico que impulse de modo eficaz la presencia de mujeres en los Consejos de Administración y, con ello, un equilibrio en la diversidad de género. En este sentido, a pesar de los informes negativos del Consejo de Estado y del Consejo del Poder Judicial en su momento, el establecimiento de la cuota no atenta contra el principio de libertad de empresa, como ha señalado el Tribunal Constitucional en materia de medidas de acción positiva, con los límites, claro ésta, también señalados por éste. Más aún cuando en los próximos años nuestro país contará con candidatas preparadas para asumir puestos de alta responsabilidad y competencia en la empresa.

No obstante, téngase en cuenta el texto del **Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas** de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo⁴⁶.

⁴⁶ Creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013.

En el apartado 4.3 relativo al Consejo de administración: composición, competencias y funcionamiento y, dentro de éste, el 4.3.3 se examina la “diversidad en la composición del Consejo de Administración”. Al respecto, la Comisión considera de importancia la diversidad en la composición del Consejo recomendando la introducción de una norma “programática” que reconozca la relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos”.⁴⁷

Para ello, señala la conveniencia de analizar la inclusión de recomendaciones más concretas en la reforma prevista del Código Unificado. Se propone así la inclusión de un nuevo artículo (529bis) en la LSC sobre el Reglamento del Consejo de Administración.

“Norma programática” y “recomendaciones”, son sin embargo las expresiones gramaticales que los expertos han utilizado en su trabajo. No deja de resultar muy significativa la cautela –cuando menos- con que se trata esta cuestión por el grupo de los mencionados expertos y como es entendida, posiblemente, por una buena parte de los mercantilistas de nuestro país.

4. Referencias

- ARANDA ÁLVAREZ, E. “Cuota de mujeres y régimen electoral”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 19, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, abril-junio 1994.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf (consultada por última vez el 13 de octubre de 2014).
- COMISION EUROPEA, Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas.” En Comunicación de la Comisión COM (2002) 347 Final, de 2 de julio de 2002.

⁴⁷ Vid., en particular, la p. 43 del documento.

- EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO, BALLESTER PASTOR, BAÑO LEÓN, EMBID IRUJO y GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 y 15)” *RdS*, 2006-2, nº 27.
- FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, *La Ley*, nº 7224, 23 de julio de 2009.
- HUERTA VIESCA, M^a I., *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- INFORME, “La mujer directiva en España. Women as leaders”, publicado por *PwC*, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000.
- PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, *RDM*, nº 288, abril-junio 2013, págs. 27-87
- REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del TC español”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie XLIII, nº 129, septiembre-diciembre 2010,
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más” en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html> (consultada por última vez el 13 de octubre de 2014).
- TORTOSA COSME. E., “Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa”, *Papeles de la Economía Española*, nº 108, 2006.
- TRUJILLO, M.A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000.

Grupo 4

**Direito Tributário, Direito Administrativo,
Direito Ambiental e Sustentabilidade**

***Derecho Tributario, Derecho Administrativo,
Derecho Ambiental y Sostenibilidad***

LIBERDADE, SOLIDARIEDADE E FAMÍLIA – ANÁLISE DA CAPACIDADE REAL DE EXERCÍCIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR FACE À NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA

Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestra em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba- UFPB; Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e membro fundador e primeira vice-presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional. Link para o currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do> E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; **Doutor em Ciências Jurídico-Civilísticas** pela Universidade de Coimbra; Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico; Tesoureiro da Associação Mundial de Direito Médico; Currículo: <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/andreper>; E-mail: andreper@fd.uc.pt

Resumo

O presente texto pretende abordar o seguinte problema: o livre exercício do planejamento familiar está realmente ao alcance de todos? A Constituição brasileira de 1988 garante a todos, em seu art. 226, o livre exercício do planejamento familiar. Do mesmo modo, a lei nº 9.263/96, garante inclusive que, caso necessário, pode-se usar métodos clínicos de concepção e contracepção. Todavia, para que essa liberdade formal seja realmente exercida, é preciso que as pessoas tenham também capacidades ou liberdades substantivas, de exercício. Pretendemos, com o presente artigo, relacionar o exercício do planejamento familiar com a perspectiva de desenvolvimento trazida por Amartya Sen, de modo que demonstraremos, ao final, que em um quadro de privação liberdades (renda e oportunidades sociais), o exercício do planejamento familiar, quando necessário recorrer aos caros tratamentos de reprodução humana assistida, restará frustrado, e a liberdade formal nada mais será que mera letra de lei, sem que se revista em liberdade material ou substantiva. Em situação de privação de renda, o exercício dessas capacidades fica condicionado aos direitos de solidariedade.

Palavras-chave

Planejamento familiar; Liberdade substantiva; Solidariedade.

Abstract

This text aims to address the following problem: the free exercise of family planning is really within everyone's reach? The Brazilian Constitution of 1988 ensures everyone in his art. 226, the free exercise of planned parenthood. Likewise, the law nº 9,263/96, ensures even, if necessary, you can use clinical methods of conception and contraception. However, for this formal freedom is actually exercised, it takes people to have abilities or substantive freedoms too, of course. We, with this article relate to the exercise of family planning with the development perspective brought by Amartya Sen, so that we will demonstrate, in the end, in a framework of freedom deprivation (income and social opportunities), the family planning, when necessary to resort to expensive treatments of assisted human reproduction, remains frustrated, and the formal freedom nothing will ever be that mere letter of the law, without material or substantive freedom. In a situation of deprivation of income, the exercise of these powers is conditioned to solidarity rights.

Key words

Family planning; Freedom; Solidarity.

1. Introdução

O ponto central na análise proposta é, considerando o conceito de família plural na perspectiva do direito civil-constitucional, verificar a real capacidade de exercício do planejamento familiar no Brasil, por todos aqueles que pretendem constituir família. Entendemos que todos têm direito e liberdade de constituir família do modo que melhor satisfaça as necessidades existenciais individuais. Ocorre que para que essa liberdade seja de fato vivenciada, é preciso que se detenha o conjunto capacitário composto pelas liberdades substantivas descritas no capítulo final do presente texto, notadamente as facilidades econômicas e as oportunidades sociais, materializadas em serviços de saúde e educação. O livre exercício do planejamento familiar pode ser, pois, analisado a partir do viés do desenvolvimento como liberdade, como liberdade substantiva ou real de constituir a família que se deseja ter.

Amartya Sen analisa o desenvolvimento como expansão das capacidades humanas, na leitura do autor, liberdades substantivas, cujo conceito será abordado no capítulo 03 do presente artigo. Entende que a medida do desenvolvimento é a liberdade real, não apenas formal, mas também de fato, de satisfação de necessidades individuais. Tais

necessidades orbitam em torno dos mais diversos fatos da vida: trabalho, estudo, saúde, lazer, constituição de família, entre outros. O que nos interessa neste trabalho é analisar o livre exercício da capacidade de constituição da entidade familiar na perspectiva do desenvolvimento. Acreditamos, e pretendemos provar ao final do artigo, que a capacidade de exercício do planejamento familiar está intimamente relacionada com o conceito de liberdades substantivas trazido por Sen em sua obra.

Com efeito, a constituição de núcleo familiar pode envolver muito mais do que apenas uma união de pessoas em um núcleo afetivo. Conforme detalharemos a seguir, as pessoas estão livres para escolher o modo de família que desejam constituir, desde que cumpram os requisitos de publicidade, estabilidade e afetividade. São livres também para planejar sua composição. O planejamento familiar não pode sofrer ingerência estatal, mas pode demandar de auxílio por parte do poder público, através do dever real de solidariedade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que ao planejar a família, a pessoa ou o casal em questão pode inserir na mesma um projeto de filiação. A filiação, não obstante a procriação não esteja mais entre os objetivos ou entre as funções da família, é um modo de composição de entidade familiar. Sabemos que, por diversos fatores, algumas pessoas ou casais não são capazes de desenvolver um projeto de filiação pelo modo natural. Para esses casos, a medicina já dispõe de métodos e técnicas de reprodução humana assistida (RHA), possibilitando a filiação artificial quando de outra forma ele não seja possível.

Todavia, o tratamento é demasiado caro. Na realidade da grande maioria das famílias brasileiras, nem todos os candidatos a pais ou mães dispõem de numerário suficiente. Tem-se liberdade formal, mas esta pode não se revestir da capacidade correspondente. Se houver privação de renda, será necessário um conjunto de benefícios estatais, com fulcro no princípio da solidariedade. Se estes também não existirem, a liberdade substantiva certamente não irá prevalecer diante da necessidade. O presente estudo se destina, pois, a analisar a capacidade real de exercício do planejamento familiar quando a filiação desejada só seria possível através da procriação medicamente assistida. Para desenvolver o artigo, utilizamos o método analítico e ampla pesquisa de campo e bibliográfica.

Estaria o exercício do planejamento familiar relacionado com a perspectiva do desenvolvimento? A plenitude de exercício dessa capacidade seria uma utopia? É o que pretendemos responder ao final do artigo.

2. Entidades Familiares na Constituição Federal de 1988

A instituição família vem passando por mudanças, tanto na sua função quanto na sua concepção. Paulo Lôbo (2011), ao falar sobre a repersonalização e a constitucionalização da família brasileira corrobora com esse posicionamento alegando que o conceito de

família passou por transformações quanto a função, natureza, composição e significado, mormente após o advento do Estado social. O modelo de família patriarcal, adotada pela sociedade brasileira desde os tempos do Brasil Colônia, entrou em crise, culminando sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988. Se antes era norteada pelo viés econômico e religioso, dentre outros, o paradigma atual sob o qual se ergue a matriz familiar é a afetividade.

2.1. *Família Plural – art. 226 da Constituição Federal*

Apesar de, lamentavelmente, o Código Civil brasileiro de 2002 não ser eficiente para recepcionar esse novo perfil da entidade familiar, baseada mais no afeto, no amor e na dignidade do que em convenções sociais, a CF/88, em seu art. 226, traz em seu *caput* o mandamento de proteção à família, como base da sociedade. A doutrina de direito civil constitucional entende que os tipos familiares contidos nos parágrafos do artigo supracitado constituem um rol meramente exemplificativo. “As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*” (Lobo, 2011, p.83).

Em virtude de uma análise sistemática das normas e princípios contidos na Constituição, sobretudo com fulcro na dignidade, art. 1º, e solidariedade, art. 3º, deve-se superar o *numerus clausus* das entidades familiares contidas no art. 226 e considerar o elenco exemplificativo, posto que traz os tipos mais comuns. Uma interpretação restritiva do art. 226 da CF/88, não mais se harmoniza com os princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares, sendo de todo incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dados do IBGE também tem revelado um novo perfil das entidades familiares, demonstrando que os laços de afeto têm superado os laços de sangue, como a família monoparental, famílias recompostas e família homoafetiva. Nesse contexto, a biotecnologia tem contribuído com a nova composição familiar. Técnicas de RHA tem possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Segundo Nogueira da Gama, “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]” (2003, p.640).

De fato, as técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Todavia, ao mesmo tempo, tem suscitado uma série de questionamentos que urgem por respostas no plano jurídico. A filiação artificial se revela uma realidade cada vez mais frequente e, carente ainda de base legal, há

uma série de conflitos éticos e jurídicos que restam ainda sem resposta. Do conjunto de conflitos existentes, o que pretendemos analisar com mais afinco é o papel da RHA na composição do núcleo familiar e a liberdade de uso por parte dos indivíduos em geral.

Interessante a análise que Baptista Villela (1980) traz, em seu texto sobre liberdade e família, da evolução desta até chegar ao panorama de liberdade proposto para a época. Em linhas gerais, parte da família tradicionalmente composta por pai, mãe e filhos, leia-se filhos “matrimoniais”, com base no casamento e nos vínculos formais, para o conceito de família atual, pautado na liberdade e na socioafetividade.

Parafraseando Amartya Sen, poderíamos falar na família como liberdade. A instituição do casamento ganha novos contornos, com vistas à liberdade e realização pessoal. O casamento, como instituição familiar, deve servir para a realização individual, e não o contrário. A partir do momento em que não se esteja na plenitude de realização no seio matrimonial, devem os cônjuges se verem livres para buscar cada um o caminho que mais o satisfaça enquanto pessoa.

Hodiernamente, a família não apresenta outra função que não a afetiva, de realização pessoal e existencial, espaço de consecução das dignidades humanas das pessoas. A liberdade se revela também na composição do núcleo familiar, de modo que é aberta a opção de ter filhos ou não e também os modos pelos quais se pretende tê-los, se através da filiação natural, artificial ou adotiva.

Papel fundamental teve a Constituição Federal de 1988. A Carta constitucional não fechou os olhos aos clamores sociais, reconheceu a evolução nos modos de composição do núcleo familiar a partir das novas, talvez antigas, mas agora reconhecidas, necessidades de realização individual. A partir de parâmetros pautados na liberdade e dignidade, o desenho familiar, nas palavras de Fachin, “não tem mais uma única configuração. A família se torna **plural**” (FACHIN, 2010, p. 339). (grifos nossos).

Paulo Lôbo (2008), ao falar sobre os princípios que regem o direito de família, dispõe, em linhas gerais, que esses princípios refletem a nova percepção da família, com fundamento no afeto e na realização pessoal. Com base no princípio da igualdade, não se fala mais em sujeição ou posições hierárquicas na família, a função econômica e procriativa cedeu lugar ao afeto e mesmo a filiação não tem mais como fundamento os laços de consanguinidade e sim os de afeição. Os princípios consubstanciados na CF/88, notadamente, mas não exclusivamente, nos arts 226 e 227 da Carta Magna, devem, pois servir de marco normativo na regência da moderna família brasileira.

Em linhas gerais, o conceito de família se desvincula daquela figura tradicional composta pelos pais e filhos biológicos e passa para formas mais amplas de aceitação, formas estas nas quais pode estar inserido um projeto artificial de filiação, pelos mais variados motivos, conforme analisaremos a seguir.

2.2. Planejamento Familiar e Reprodução Humana Assistida

Já destacamos aqui o conceito de família plural, consagrado no art. 226 da Constituição brasileira de 1988. Podemos concluir preliminarmente que não há fórmulas ou modelos pré-determinados de entidades familiares, mas as pessoas estão livres para escolher o modo de agrupamento familiar que melhor satisfaça as suas necessidades existenciais. Conforme extraímos do § 7º do artigo supracitado, a decisão ou o planejamento é de livre escolha do casal ou indivíduo, não podendo haver direcionamento do poder público, mas este tem o dever garantir a efetivação desse direito.

Segundo a Lei nº 9.263/96, que versa sobre o planejamento familiar:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

[...]

A depender da modo de convivência familiar desejado e das condições individuais das pessoas que compõe determinado núcleo, o planejamento familiar pode demandar o uso de técnicas de reprodução humana assistida.

Segundo Maluf, RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade” (2010, p. 153). Maria Helena Diniz, a seu turno, define reprodução humana assistida como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]” (2011, p. 610).

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como *ato médico*. Com efeito, nos termos da resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2013/2013 do mesmo órgão inova ao dispor, nos princípios gerais, que “1 As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas.

Importante levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Nesse aspecto, importante a reflexão que Nogueira da Gama faz a respeito, *in verbis*:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, **contornando o problema da esterilidade da pessoal ou do casal**. (2003, p. 634)

(grifos nossos)

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, seja esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer que sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em virtude de patologias; em virtude de tratamentos ou por razões sociais. Expliquemos.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do HIV. Sabe-se de um caso que o portador do vírus da AIDS, no caso, a mãe portadora, conseguiu gestar uma criança sem que houvesse contaminação. Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas dos mais diversos males passam também podem levar o indivíduo a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por esterectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Mas, para além dos males físicos, uma terceira causa destaque, as razões sociais. Com efeito, conforme será abordado com mais profundidade nos capítulos seguintes, a família moderna se apresenta com uma nova estrutura. A família monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais freqüente. Como toda família, pode surgir o desejo de procriar, o que não seria possível através da conjunção carnal, pelo menos não

pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário, pois, se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Notemos que, nesse terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de meios artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina não fechou os olhos para essa realidade.

Nesse sentido, a res. nº 2013/2013 já inicia afirmando que “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”. Não restringe, pois, a origem do problema, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica. Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescento que devem inclusive, ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiver condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente artigo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do novo código, o de 2002 – fazemos aqui o registro que ele foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a família homoafetiva. A resolução traz, explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos. Reconheceu e abordou de forma clara essas entidades familiares. Conforme a citação abaixo, fez o que o legislador brasileiro se esquivou de fazer.

II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 – Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 – É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

Como podemos ver, se no planejamento familiar da pessoa ou casal estiver inserido um projeto de filiação, se a filiação não puder por qualquer motivo, ser natural, a medicina oferece meios de procriação artificial. Apesar de não contarmos, no Brasil, com uma lei que trate especificamente da utilização de técnicas de RHA, a lei do planejamento familiar, a qual já nos referimos, garante expressamente o direito de assistência média à

concepção. Concluímos assim que todos temos liberdade de recorrer a intervenção médica para o exercício do planejamento familiar, liberdade perante a lei. Todavia, devemos questionar e essa garantia formal será convertida efetivamente em capacidade, ou seja, em liberdade material, substantiva, de exercício.

Sabemos que o tratamento é caro, medicamentos são caros, consultas, o preço médio por tentativa – ressalte-se que nem sempre a primeira tentativa é bem sucedida – pode chegar a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)¹. Os valores são claramente inacessíveis para a grande maioria da população brasileira.

Caso não disponha dos valores necessários, a Lei nº 9.263/96 diz claramente que o indivíduo pode recorrer ao SUS em busca de assistência à concepção. Todavia, essa liberdade formal nem sempre se revelará em capacidade para a totalidade das pessoas. Está longe de ser pacífico o entendimento de que esse tratamento deva ser financiado pela saúde pública. Em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde publicou a portaria nº 426/GM que estabeleceu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Porém, apenas quatro meses depois de sua publicação, essa portaria foi revogada sob justificativa de que deveria haver uma análise dos impactos financeiros e até hoje não foi implementada novamente. Há clínicas que realizam o tratamento total ou parcialmente gratuito, mas são claramente insuficientes e não alcançam toda extensão territorial do país.

Entendemos, assim, que nem sempre a liberdade formal de exercício do planejamento familiar vai se revestir em liberdade substantiva. Explicaremos melhor a seguir.

3. Liberdades Substantivas e Planejamento Familiar – Entre Realidade e Utopia

Entendemos que o exercício do planejamento familiar está intimamente relacionado com as capacidades individuais. As necessidades variam conforme o indivíduo. O conjunto capacitário, do mesmo modo, é composto e mensurado de acordo com as necessidades de cada um. O que vamos demonstrar aqui, é a relação que identificamos entre a capacidade de exercício do planejamento familiar e as liberdades substantivas propostas por Amartya Sen. Todavia, pretendemos provar também que, em situação de privação de renda, a liberdade não será mais que utopia.

3.1. Capacidades individuais e planejamento familiar

Na doutrina de Amartya Sen (2000), o desenvolvimento pode ser visto como “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Segundo aduz o autor, esse conceito

¹ Valores disponíveis em <http://www.ipgo.com.br/resumo-de-tratamentos-de-reproducao-assistida/>

entra em confronto como visões mais restritas do desenvolvimento, que o identificam, por exemplo, com o crescimento do produto interno bruto ou da renda “per capita” apenas. É certo que esses fatores são importantes para o país, mas isolados eles não bastam. Concordamos com Sen quando ele conceitua o desenvolvimento como processo mais amplo, um processo em que todos tenham direito a desfrutar a plenitude de suas capacidades.

A ideia defendida por Amartya Sen e por nós adotada é a de que o desenvolvimento, para que seja usufruído em sua plenitude, requer que se removam as, nas palavras do autor, “principais fontes de privação de liberdade” (2000, p. 18). São elas: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos” (2000, p. 18).

Primeiramente, cumpre-nos esclarecer a ideia de liberdade substantiva. A liberdade pode ser compreendida a partir de mais de uma faceta. Podemos ter a liberdade = possibilidade/possibilidade, autorização, que é a liberdade formal, perante a lei, no sentido de não ser proibido. Mas o simples fato de ser permitido não capacita necessariamente o indivíduo a realizar o ato. A capacidade de fazer – não no sentido de capacidade jurídica, mas de ter possibilidades substanciais – é a segunda face da liberdade, ou seja, a liberdade real, de fato, substantiva e substancial, sobre a qual nos referimos logo acima.

Conforme afirma Martha Nussbaum (2012), precisamos saber se as pessoas estão realmente satisfeitas com a situação em que vivem e em face das escolhas que têm sido livremente feitas. Segundo a autora, “as pessoas ajustam suas preferências ao que pensam que podem conseguir e também ao que sua sociedade diz ser uma meta adequada para alguém como elas”² (NUSSBAUM, 2012, p. 85). Pessoas menos favorecidas, que se encontram em situação de incapacidades, teriam “preferências adaptativas”, cujas escolhas são regidas pelas condições – injustas – em que vivem (NUSSBAUM, 2012, p. 85). Com efeito, preferências adaptativas não podem significar liberdade de escolha. Por tudo que temos dito, entendemos liberdade como o livre desenvolvimento dos modos de ser da pessoa. Salvo restrições legais em pro do bem comum, não deve sofrer qualquer direcionamento, sob pena de cerceamento de direitos.

Ao mesmo tempo, devemos concordar com Amartya Sen quando este identifica o desenvolvimento como expansão das liberdades, sendo esta, inclusive uma forma de avaliação daquele, visto que está visivelmente relacionado com o processo de expansão das liberdades. Dessa forma, o desenvolvimento não deve ser confundido com crescimento econômico, aumento da renda per capita ou incremento tecnológico. Mais do que isso, só é alcançado em sua plenitude quando as pessoas são livres para suprir suas necessidades.

2 Texto traduzido do espanhol: “Las personas ajustan sus preferencias a lo que piensan que pueden conseguir, y también a lo que la sociedad disse que es una meta adecuada para alguien como ellos”.

Dizemos liberdade no sentido de ter o poder de fazer segundo suas reais convicções, de empoderamento³.

Além disso, também concordamos com Sen quando ele afirma que as liberdades individuais se revelam também razão de eficácia do desenvolvimento, posto que, nas palavras do autor, “a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas” (2000, p. 18). É importante que percebamos que a liberdade é fim e meio para o desenvolvimento. O objetivo que se procura alcançar é que todos tenham livre acesso ao desenvolvimento, mas para que se possa chegar até ele a liberdade também é instrumental.

Assim, reconhecemos que existem também liberdades instrumentais que facilitam o processo de capacitação dos indivíduos. Conforme reza o autor em estudo, “as liberdades não são apenas os fins primordiais para o desenvolvimento, mas também os seus meios principais” (Sen, 2000, p. 25). As liberdades não são apenas fins, mas também meios para o desenvolvimento. Nessa perspectiva, Sen aponta cinco tipos distintos de liberdades-meio, são elas: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora. (2000, p. 25)

Liberdades políticas se revelam notoriamente na forma de liberdade de expressão e de eleições livres. Esse tipo de liberdade instrumental compreende, pois, a democracia em seu sentido mais amplo, abrangendo diálogo nas esferas políticas e participação no processo de escolha das lideranças e gestores. Facilidades econômicas são, de maneira geral, as oportunidades de participar no comércio e na produção. Dizem respeito às capacidades que os indivíduos dispõem para utilizar recursos econômicos para produção, consumo ou troca. Na perspectiva do desenvolvimento por nós adotada, na medida em que o processo de desenvolvimento de um país avança, com aumento de riqueza e renda, este deve refletir no crescimento das capacidades ou liberdades econômicas daqueles que nele habitam.

Oportunidades sociais se apresentam na forma de serviços disponibilizados à população pelo poder público, como educação, saúde, lazer, entre outros, como forma de possibilitar que todos vivam melhor. Garantias de transparência dizem respeito às necessidades de abertura que as pessoas podem esperar. Clareza, esclarecimento, informações acerca dos processos políticos e sociais. Por fim, segurança protetora, que nada mais é do que proteger as pessoas da miséria. Por melhor que funcione um sistema econômico, ou por mais rico que seja o Estado, alguns, ou muitos indivíduos podem estar sucumbindo à beira da miséria, necessitando de auxílios para prover o que há de mais básico para subsistência. A segurança protetora é justamente o sistema de proteção econômica àqueles que dela necessitam, materializando-se, principalmente, em serviços de previdência e assistência social, seguro desemprego, e outras tantas formas de suplementar a renda daqueles

3 Visto a partir da leitura de Amartya Sen sobre capacidades e *entitlements* (1982).

que não a obtém de modo suficiente através das facilidades econômicas, a segunda das liberdades instrumentais que falamos.

Concordamos com Amartya Sen quando ele declara que dos muitos modos de avaliar o desenvolvimento, o mais apropriado é o das liberdades substantivas ou capacidades de escolher a vida que se tem para valorizar (2000, p. 94). Do mesmo modo, assim como o autor, entendemos que pobreza deve ser vista como privação de capacidades (2000, p. 109). É certo que a pobreza pode estar, e quase sempre estará, ligada a privação de renda. Mas, ainda que o indivíduo disponha de facilidades econômicas e tenha renda, pode não conseguir desenvolver suas capacidades devido a outras carências e fatores pessoais. Desse modo, diante da privação de renda, é necessário que se utilize de outras liberdades substantivas, tais como previdência e oportunidades sociais, para realização de suas necessidades. Dentre essas necessidades, encontramos, conforme a escolha pessoal, a necessidade de constituir uma entidade familiar. Assim como o autor supracitado, utilizaremos histórias de personagens reais, porém com nomes fictícios, para ilustrar a teoria que pretendemos comprovar.

Como visto no capítulo anterior, o planejamento familiar é de livre exercício da pessoa ou casal. A filiação não é mais função da família, mas é um modo de constituí-la. Se aqueles que pretendem formar uma entidade familiar ou alterar a composição através de um projeto de paternidade-filiação não conseguirem, por quaisquer dos motivos citados acima, procriar de maneira natural, podem optar por métodos artificiais de filiação, por meio de técnicas de reprodução humana assistida. Por ei, todos tem livre acesso aos tratamentos de RHA e é livre o exercício do poder familiar. Mas a realidade, de fato, é que para que essa liberdade se transforme em capacidade é preciso que se tenha liberdades substantivas, notadamente as facilidades econômicas e sociais. Relataremos, a título de exemplificação, a história de duas famílias, a família de Antônio e Laura, e a família de Mauro e Júlia.⁴

Antônio e Laura são casados há quatro anos. Ambos trabalham e possuem, juntos, uma renda média mensal de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Como já possuem casa própria e não são de muito luxo, conseguem viver bem gastando apenas um terço do rendimento mensal, depositando o restante na poupança. Laura sofre de uma endometriose severa, doença que gera infertilidade feminina. Como desejavam ter filhos há bastante tempo, resolveram fazer o tratamento de RHA, sendo utilizada a técnica de fertilização *in vitro*. Laura e Antônio não tiveram dificuldades em realizar suas necessidades. Como dispõem de facilidade econômica, tinham recursos e renda suficiente para concretizar o projeto de filiação. Ao todo, com medicamentos, consultas e exames, dos quais a maioria tiveram que ser feitos em clínicas particulares e pagas por eles, pois não se aceitava

⁴ As histórias são reais, mas os nomes foram escolhidos aleatoriamente.

plano de saúde no local, além do congelamento de embriões, gastaram em torno de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

No caso de Mauro e Júlia, casados há mais de quatro anos, a situação é bem diferente. Júlia também tem dificuldades para engravidar, mas vive em uma realidade social e econômica diversa da de Laura. Júlia trabalha como auxiliar administrativa, recebendo um salário mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais); Mauro, por sua vez, percebe R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensais como professor de educação física em escolas da região e que moram. Não possuem casa própria e os custos mensais com alimentação, aluguel e outras necessidades consomem quase toda a renda do casal. Ambos também planejam ter filhos naturais, mas as limitações quanto a fertilidade de Júlia só lhe permitiriam o acesso à maternidade após um procedimento de RHA. Como não dispões de facilidade econômica, o exercício do planejamento familiar conforme as necessidades existenciais do casal só pode ser realizado por meio das oportunidades sociais, com o fornecimento de tratamento gratuito nas instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante da negativa do hospital público do município em que moram, no interior da Paraíba, foram à defensoria pública no intuito de obter o tratamento por decisão judicial. Ainda estão aguardando o resultado do processo.

Como se pode ver, o conjunto capacitário relativo ao planejamento familiar está ligado umbilicalmente a categorias de liberdades substantivas descritas anteriormente. Se as pessoas tiverem renda suficiente, no âmbito das facilidades econômicas, poderão exercer livremente o planejamento familiar e a liberdade formal será materializada em capacidade de exercício. Todavia, em um quadro de privação de renda, é necessário que o tratamento seja fornecido através de serviços públicos de saúde, oportunidades sociais, sob pena da liberdade de exercício ser frustrada pela privação de renda e não se revestir em capacidade substantiva.

3.2. Liberdade, planejamento familiar e desenvolvimento

Como vimos afirmando, concordamos com Amartya Sen quando ele identifica o desenvolvimento como ausência das principais fontes de privação de liberdade, dentre elas a privação de renda e carência de oportunidades sociais. Partindo desse pressuposto, podemos observar que, famílias que vivem às margens do desenvolvimento nem sempre terão liberdade de exercício do planejamento familiar.

No exercício do planejamento familiar, custos podem aparecer perante a família em formação. Além dos gastos convencionais com moradia, saúde e alimentação, o próprio projeto de filiação, como visto, por vezes, só é possível através de intervenções médicas, a procriação artificial. A legislação brasileira permite que as pessoas recorram a tratamento

de RHA quando necessário. Sobre isso também já falamos. Mas para isso é preciso o gozo das liberdades instrumentais ou liberdades-meio.

Devido aos altos custos, o tratamento só pode ser utilizado de as pessoas em questão tiverem renda suficiente (facilidades econômicas) ou, não dispondo de recursos suficientes, tratamento público gratuito disponibilizado pelo SUS (oportunidades sociais). As histórias de Júlia e Laura retratam bem os conceitos defendidos nesse artigo. Para que se possa constituir família por meio da filiação artificial, é preciso que se detenha renda ou que o sistema público de saúde disponibilize gratuitamente o tratamento. Em outras palavras, é preciso que se tenha facilidades econômicas ou, na falta destas, oportunidades sociais, que são liberdades instrumentais ao desenvolvimento.

Em um quadro de privação de liberdades, o indivíduo não desenvolverá plenamente as suas capacidades. Se os indivíduos não estiverem livres da miséria ou da carência de oportunidades sociais, certamente não terão condições de suprir de maneira satisfatória suas necessidades existenciais, nas quais incluímos a formação do núcleo familiar.

Desse modo, observamos que ainda que haja crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, a privação da liberdade de exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de RHA é indicativo de que não estamos diante de um quadro de desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen, isto é, entendido como ausência de fontes de privação de liberdade.

3.3. *Liberdade, solidariedade e utopia*

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual o cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades. (BONAVIDES, MIRANDA e AGRA, 2009, p. 7)

Dentre as potencialidades que podem ser desenvolvidas pelo cidadão, encontram-se, certamente, a de compor núcleo familiar conforme suas próprias convicções. Ocorre que, em ambiente de privação de renda, se não houver facilidades sociais, essa capacidade vai ser adaptada às reais condições de exercício, em detrimento da vontade real da pessoa. Nesse sentido, invocamos o pensamento de Nussbaum, quando ela diz que:

Para resolver este problema falta uma nova forma de pensar a cidadania, e uma nova análise da finalidade de cooperação social (já não baseada em benefício mútuo), bem como uma maior ênfase na assistência como bem social” (2012, p. 22) (tradução nossa).

Trata-se do princípio da solidariedade. Ao falar em solidariedade, entendemos esta, aqui, não apenas como virtude, mas como dever jurídico, cuja obrigatoriedade foi disposta no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988, quando reza, em seu artigo 3º que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inciso I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. Até então, a solidariedade era tratada como caridade, o que carecia de força juridicamente vinculante.

Voltando ao conceito de liberdade, dessa vez na lição de Bloch (2011, p. 278), temos que ser livre significa ausência de imposições externas e fazer o que quer, segundo sua própria vontade. Mais adiante, o autor alerta para a existência de “dependências invisíveis”, que impedem a pessoa de ser senhora absoluta de suas ações, de seu destino, finalizando por declarar que a liberdade de ação estava, para a maioria das pessoas, limitada pela dependência econômica (2011, p. 281). O pensamento de Bloch ratifica o que vimos defendendo no decorrer do texto: a privação de renda, mormente na ausência de facilidades sociais, está diretamente relacionada com a privação de liberdade, inclusive o livre exercício do poder familiar.

Recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Bloch, encontramos outro conceito por nós defendido para a efetivação da liberdade plena, a solidariedade, vista por ele sob o viés da fraternidade, definida como a “terceira cor” dos ideais da Revolução Francesa, a busca pelo bem comum, no sentido de chegar à igualdade real (2011, p. 299/300). Só assim atingiríamos a verdadeira liberdade, em uma sociedade livre, justa e solidária.

Todavia, Bloch (2011) afirma que a solidariedade como relação jurídica básica é função utópica do direito. Segundo o autor, as utopias sociais estão voltadas para a eliminação da necessidade, a eliminação da miséria, a busca pela felicidade (2011). Com efeito, o princípio da solidariedade é, para nós, fundamento para a realização de uma sociedade livre e justa, torna obrigatório para o Estado a realização de políticas públicas e a consequente disposição das facilidades sociais elencadas por Amartya Sen à população. Mas não podemos deixar de reconhecer que em países não desenvolvidos, onde falta recurso para o básico, o exercício da solidariedade com fins de prover todas as necessidades humanas ainda é utopia, algo para o futuro e com pouca probabilidade de vir a ser realidade.

Direitos de liberdades são postos para todos, considerados – formalmente – iguais em direitos. Ao declarar direitos, o legislador o faz para o homem abstrato. O alcance desses direitos pelo homem concreto, dadas algumas incapacidades, fica a depender da solidariedade, vista por nós ainda como utopia. Seguindo a lição de Bobbio, garantir o exercício da cidadania, *in casu*, consubstanciada nos direitos de liberdade, é uma luta diária, que muito mais que elencar e fundamentar direitos, demanda de efetivação. O maior desafio de nosso tempo é efetivar os direitos já postos ao homem abstrato, mas insuficientes para servir ao homem concreto. (BOBBIO, 1992)

Em uma pesquisa virtual, por meio de formulário a ser respondido pelos entrevistados no “Google Docs”, procuramos traçar o perfil dos usuários de tratamento de RHA. Chegamos então à conclusão de que aproximadamente 90% (noventa por cento) dos pacientes são casados ou vivem em união estável, sendo poucas as pessoas solteiras que se socorrem desse tipo de tratamento para constituir família. Outro dado importante é que mais de 70% (setenta por cento) dos pacientes que responderam ao formulário declararam ter curso superior completo, metade deles com pós-graduação, revelando que são pessoas esclarecidas e com vida financeira estável. Apesar da maioria dos pacientes e pessoas que nunca fizeram uso de RHA entrevistadas declararem que consideravam o acesso à procriação medicamente assistida como direito à saúde, o que se observa, na prática, é que a utilização desse tratamento apresenta caráter censitário.

4. Conclusões

Diante do exposto, podemos concluir que o efetivo exercício do planejamento familiar, notadamente diante da necessidade de utilização de meios artificiais de filiação, só se verifica em um cenário no qual estejam ausentes algumas das principais fontes de privação de liberdade: privação de renda e carência de serviços sociais, de modo que, no que se refere à liberdade de composição da família, temos que esta se aplica perfeitamente ao homem abstrato. Ao homem concreto em situação de privação de renda, na ausência de solidariedade, nunca se tornará realidade em sua plenitude.

Para que haja de fato o gozo do direito e liberdade de exercer o planejamento familiar do modo que melhor responde as necessidades pessoais e individuais, é preciso que estejam presentes as liberdades instrumentais previstas por Sen em sua obra, notadamente facilidades econômicas e oportunidades sociais. Na ausência destas, a liberdade formal prevista em lei dificilmente se materializará em capacidade, liberdade substantiva de suprir aquilo que se anseia alcançar.

Em um ambiente de privação de renda, o real exercício da liberdade fica condicionado à expressão da solidariedade, mormente em forma de políticas públicas e facilidades sociais. Na ausência destas, as pessoas terão que adaptar suas o exercício de suas vontades às suas reais capacidades, restando prejudicada a realização plena da liberdade de exercício do planejamento familiar.

5. Referências

- BLOCH, Ernest. Caps. 16-20. In:_____. **Derecho natural y dignidade humana. Trad. Felipe Gonzales Vicén.** Madrid: Dykinson, 2011. P. 213-360.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 17ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição no Direito Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro. In: Bastos, Eliane Ferreira (coord.). **Afeto e estudos familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FORMUÁRIO GOOGLE DOCS, **Pesquisa sobre reprodução humana assistida**. Disponível em: file:///C:/Users/Ana%20Paula/Downloads/Pesquisa%20sobre%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Hospitalar%20Assistida%20-%20Formul%C3%A1rios%20Google.pdf Acesso em 20/10/2014.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, P. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, C. A. (coord.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. Princípios do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**. nº 21 (março de 2008)
- _____. LÔBO, P. **Direito Civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010.
- NUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia**: consideraciones sobre la exclusión. Trad. Ramon Vilà Vernis; Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012.
- SEN, A. **O Desenvolvimento como Liberdade**. 3. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- _____. **Poverty and famines: na essayon entitlements and deprivation**. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

Grupo 5

Teoria, Filosofia e Historia do Direito

Teoría, Filosofía e Historia del Derecho

IUSMORALISMO Y IUSPOSITIVISMO ANTE LA LEY INJUSTA

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

VIRGINIA DE CARVALHO LEAL

Doctor en Derecho por la Universidad de León

Resumen

El iusmoralismo presupone alguna forma de objetivismo moral. Pero un iuspositivista también puede ser objetivista moral y entender que la afirmación de verdades morales objetivas no implica con necesidad la invalidez jurídica de las normas de derecho opuestas a la verdad moral objetiva. Se repasan combinaciones entre objetivismo moral, por un lado, y iuspositivismo y iusmoralismo, por otro.

Abstract

Iusmoralism anticipates some sort of moral objectivism. However, an iuspositive may also be moral objectivist and understands that the statement of objective moral facts does not necessarily imply the legal rejection of those law regulations opposed to the objective moral truth. Both combinations between moral objectivism and iuspositivism and iusmoralism, are discussed here.

1. Planteamiento de la cuestión

Si hay una cuestión que aparentemente separa de modo radical a iuspositivistas y iusmoralistas es la de la ley injusta. En dicha cuestión urge diferenciar dos aspectos o preguntas independientes: cómo calificar, en términos de validez jurídica, la ley injusta, y cómo debe obrar el jurista y en particular el juez, ante o con la ley injusta.

Antes de entrar en el tratamiento detallado del tema, permítanos una precisión. Asumamos como evidente que cualquier persona o grupo puede calificar en un momento dado una norma jurídica como justa o injusta. Mas también entendemos todos que hay una escala que va desde la norma cuya justicia nadie discutiría a aquella otra sobre cuya injusticia puede haber también gran acuerdo en un momento histórico determinado. Entre esos dos extremos de la escala, hay muchos grados intermedios y existen normas

de las que sin duda una gran parte de la sociedad afirmarían su indudable justicia y otra su indiscutible injusticia. Bástenos, a día de hoy, pensar en una norma legal que permita en aborto voluntario dentro de los tres meses iniciales del embarazo.

En pro de la claridad y para no enredarnos simultáneamente con demasiados temas, aquí vamos a suponer una norma (N) que reputarán como injusta la gran mayoría de las personas de bien. Pensemos en una que autorice a las fuerzas de seguridad del Estado para el internamiento sin juicio y en campos de concentración de los miembros de un determinado grupo étnico o nacional o de un cierto partido político o de una confesión religiosa en particular. Y, para que no tengamos que entremezclar también problemas intrasistemáticos o formales de validez, supongamos o bien que esa norma está en la cúspide formal de la jerarquía normativa del respectivo Estado, en la Constitución o equivalente, o que, siendo infraconstitucional, ha sido declarada válida por el órgano encargado del control de constitucionalidad, bien porque no ha visto antinomia con lo que la Constitución *dice*, bien porque se ha ponderado y ha salido que los principios que se ponen en el otro platillo de la balanza (seguridad ciudadana general, orden público, defensa del Estado...) pesan más que el derecho de los integrantes de tal grupo a no padecer dicho tratamiento. Si no nos apetece quedarnos en simples hipótesis teóricas, pensemos en la decisión del Tribunal Supremo de EEUU en el viejo caso *Korematsu vs. United States*, de 1944. Tal vez puede verse como un caso de ponderación.

Hechas tales precisiones, vamos al tema.

2. Objetivismo moral y teoría del Derecho

En el lenguaje habitual de la Teoría del Derecho, decir que una norma es válida es tanto como afirmar que es propiamente norma de Derecho, norma jurídica, y que lo es porque posee las propiedades o condiciones que, dentro del sistema jurídico de referencia, se exigen para que una norma sea Derecho y, por tanto, pertenezca al sistema jurídico de que se trate. No hace falta que aquí y ahora entremos en las complicaciones de la relación entre validez, vigencia y aplicabilidad de las normas en Derecho. Pensemos en una situación en la que N está formalmente vigente (no ha sido formalmente derogada, no ha caído en desuso y tampoco ha perdido su eficacia el sistema jurídico en que se inserta) y es aplicable, según sus términos, a los casos que se consideran.

Lo primero que llama la atención, pese a ser poco menos que indiscutible, es que un iuspositivista y un iusmoralista tanto pueden estar de acuerdo como discrepar sobre la justicia o injusticia de N, juzgando del asunto cada cual desde su sistema moral personal. Llamemos P al iuspositivista y M al iusmoralista. Las combinaciones posibles de coincidencia o discrepancia pueden retratarse así:

- (i) P y M están por completo de acuerdo en que N es plenamente justa.
- (ii) P y M están por completo de acuerdo en que N es plenamente injusta.
- (iii) P estima que N es justa y M estima que N es injusta. Hay, pues, desacuerdo.
- (iv) P estima que N es injusta y M estima que N es justa. Hay, pues, desacuerdo.

¿Es sorprendente lo anterior? En modo alguno, para nada. Sólo hay que acudir a los abundantes y variados testimonios de la Historia. Hay positivistas que apoyaron la justicia de leyes que a muchos nos parecerán absolutamente inicuas y hay positivistas que las combatieron por injustas, igual que hay iusmoralistas que aplaudieron su justicia y otros que contra ellas lucharon por ser injustas, porque así las consideraban.

Alguien puede pensar que si el iusmoralista es aquel que pone precisamente la justicia como supremo valor y salvaguardia del Derecho, garantía de que el sistema jurídico no se torne aberrante y descaradamente abusivo, es raro que un iusmoralista apoye la norma injusta. Pero, evidentemente, el iusmoralista no apoya la norma injusta, sino que apoya la norma que a él le parece justa. Cuando Tomás de Aquino respaldaba la justicia y necesidad de la esclavitud obraba, seguro, de buena fe y firmemente convencido de que sus conclusiones no eran inicuas ni equivocadas.

La gran mayoría de los iusmoralistas, si no todos, expresa o tácitamente se acoge al objetivismo moral. Esto es, piensan que existen y existen objetivamente las normas de la moral verdadera, que además pueden ser descubiertas por la razón de cada cual y con el adecuado método. Pero si asumimos el objetivismo moral, lo que tendremos que admitir es que a lo largo de la historia ha habido muchos iusmoralistas que objetivamente se equivocaron y tomaron por justo lo objetivamente injusto, como iuspositivistas que acertaron, de modo que sus personales juicios sobre lo justo e injusto coincidían con la verdad moral objetiva. Esto es, ni el proclamarse con convicción objetivista en ética y antipositivista en teoría jurídica es garantía ninguna de decencia o acierto moral del sujeto, ni el decirse no objetivista en ética y positivista en Derecho equivale a que no se pueda acertar con la decisión y la valoración personal más justa de acciones o normas. Más justa a juicio de la mayoría o a nuestro juicio ahora mismo. Si comparamos las opciones morales que a lo largo de su vida tomaron, en muy diversos temas, un positivista confeso como Kelsen y un antipositivista declarado como Karl Larenz, seguro que nos vamos a sentir casi todos los de bien más cercanos a Kelsen que al arribista Larenz.

Hablábamos del juicio de validez jurídica de normas como aquella del ejemplo y que llamamos N. Para el iuspositivismo, la validez de una norma de un sistema jurídico depende nada más que de las condiciones puestas por ese sistema jurídico, en las normas del mismo relativas a la creación, modificación y derogación de normas de ese sistema jurídico. Para el iusmoralismo, además de esas condiciones intrasistemáticas de validez, hay

una más, y capital: la norma (radicalmente) injusta no puede ser jurídica, carece de validez como Derecho y, por tanto, jurídicamente no obliga a sus destinatarios a cumplirla ni a los jueces a aplicarla.

Dejemos de lado aquí también el tema de si puede un sistema jurídico poner entre las condiciones *expresas* de validez de sus normas, por ejemplo en la Constitución, la de que sean justas. Este asunto es el que da pie, dentro del positivismo, a los debates entre los llamados positivismo excluyente y positivismo incluyente.

Aplicada la diferencia a nuestro ejemplo, podemos decir que para P, el iuspositivista, N será norma válida si cumple con los requisitos internos de su sistema jurídico (órgano y modo de creación, no antinomia con norma superior, etc.), y lo será aunque P piense que es injusta o aun cuando, adscribiéndose P al objetivismo moral, esté convencido de que N es demostrablemente y objetivamente injusta.

¿Y qué pasa con M, el iusmoralista? M dirá que si N es injusta, o muy injusta, N no es ni puede ser norma jurídica válida. Porque para el iusmoralismo la justicia (o la no injusticia fuerte) es condición adicional de validez de las normas jurídicas. Bien, pero ¿qué sucederá si M piensa, con pleno convencimiento, que N es una norma objetivamente justa? Entonces afirmará que se satisface también esa condición de validez y que, dado el cumplimiento igualmente de las otras, de las intrasistemáticas o formales, N es norma jurídica plenamente válida.

En resumen, que para P, dadas las condiciones intrasistemáticas, N será siempre jurídicamente válida, pero para M sólo lo será cuando piense que es justa (o no fuertemente injusta). Aquí se capta ya de sobra una circunstancia desconcertante: si los iusmoralistas por regla general son objetivistas morales, ¿cómo es posible que consideren N, que es aberrantemente injusta, como norma justa y, por tanto, válida? Por una sencilla razón: *la adscripción de un sujeto al objetivismo moral, como doctrina, en nada garantiza que se sujeto no pueda sostener juicios de justicia horripilantes*; o, en otros términos, que no pueda errar en sus juicios morales, por mucho que se pretendan muy objetivos.

Entre los positivistas son posibles y probables estos acuerdos: “bien, estamos de acuerdo en que esta norma jurídica es válida; ahora debatamos si nos parece justa o injusta y, si lo segundo, veamos qué hacemos”. Pero entre los iusmoralistas no caben así, ya que su acuerdo es sólo en la premisa abstracta: es inválida la norma injusta. Pero ante una norma en concreto, discrepan siempre, y mientras que el uno dice que es válida por justa y que hay, pues que cumplirla, ya que satisface la doble condición de validez jurídica y validez moral, el otro iusmoralista proclama que es injusta y por consiguiente ni es Derecho ni hay por qué acatarla. Todo iusmoralista pretende objetividad para ese tipo de juicios suyos, pero los iusmoralistas se encuentran en plena perplejidad y aporía cuando no se ponen de acuerdo sobre la justicia o injusticia de una norma o acción. Es evidente,

para ellos, que alguno de ellos se equivoca, pero ¿cuál? Si deciden votando y por mayoría, usan un procedimiento formal para ellos bien impropio y que parece más apto para los positivistas.

¿Cabe que alguien sea al mismo tiempo objetivista moral y iuspositivista? Cabe perfectamente. Llamemos S a tal sujeto. S, en cuanto objetivista, está convencido de que hay verdades morales objetivas y normas que las recogen, que son, pues, normas morales verdaderas o normas de la verdadera moral. S está, así, en las antípodas de cualquier forma de escepticismo o relativismo ético. Además, cree que esas normas de la moral objetivamente verdadera pueden ser conocidas mediante la razón humana, a base de buen método y esfuerzo honesto. *Mas ese objetivismo de S para nada le compromete a dar el paso de sostener que la norma jurídica contraria a dichas norma morales objetivamente verdaderas no es en verdad norma jurídica*, carece de validez y de obligatoriedad como Derecho. A S le basta perfectamente sostener que tales normas jurídicas son objetivamente injustas o inmorales, pero su objetivismo moral no le fuerza a aseverar que si son, así, contrarias a la moral verdadera, aquellas normas que pretenden ser de Derecho no son en verdad jurídicas.

S, entonces, será iuspositivista aun cuando en ética sea objetivista y cognitivista. ¿Por qué? Porque sin incoherencia ninguna mantiene que la norma N es a la vez jurídicamente válida y moralmente incorrecta, inmoral, injusta o muy injusta. Además, con tal postura en modo vincula su acción de obedecer o desobedecer N. Lo único por lo que queda condicionada es por esto: si opta por no cumplir N, no podrá decir que su conducta es jurídica; sino que tendrá que admitir la antijuridicidad de su acción, acción que será, además y para él, la moralmente debida. Ningún iuspositivista, ni éste ni ningún otro, está por tal doctrina comprometido a dar prioridad a la norma jurídica sobre su conciencia moral, en cuanto base y guía de su acción. Es más, la Historia más bien insinúa que, al menos en la época moderna, hay más desobedientes al Derecho entre los positivistas que entre los otros.

Ahora pensemos en el iusmoralista. Si lo que acabo de sostener (que es posible y no descabellado ser objetivista moral y iuspositivista) no es desacertado, se desprenden consecuencias interesantes. *El objetivismo moral no es por sí razón determinante para ser iusmoralista*. El objetivismo será, si acaso, una razón coadyuvante, no una razón determinante o suficiente. Entonces, el iusmoralista lo será por otras razones y su iusmoralismo deberá justificarse por otras razones. Son esas razones las que hemos de demandar al iusmoralista. En otras palabras, *la tesis de que la norma jurídica N es objetivamente injusta no le bastará al iusmoralista para justificar su afirmación de que N no es norma jurídicamente válida*.

De nuevo las combinaciones posibles. Sobre el papel, un sujeto S puede ser:

- (i) Objetivista y iusmoralista.
- (ii) Objetivista y iuspositivista.

- (iii) No objetivista y iuspositivista.
- (iv) No objetivista y iusmoralista.

Históricamente las combinaciones más frecuentes son la (i) y la (iii). La (iv) —no objetivismo y iusmoralismo— es la que encierra mayor complicación teórica. Sin embargo, también cabe. Sería el caso de quien sostenga que no es Derecho la ley injusta, pero para sustentar la justicia o injusticia de las normas formalmente jurídicas apele a una moral cuya objetividad es relativa a una determinada sociedad o a la moral subyacente a cada sistema jurídico. Podría ser este el caso de Dworkin. Pero, entonces, ese elemento de relatividad impide señalar la invalidez por injustas de las normas jurídicas que estén perfectamente en consonancia con la concreta moral subyacente al respectivo sistema jurídico. Por ejemplo, no sería inválida por injusta la norma que discrimine por razón de raza en un sistema de *apartheid* en el que el racismo de la ley se corresponda con el racismo de la moral social dominante en la población de ese Estado y que inspira y da sentido a su legislación. O sea, la moral social que da sentido y contenido a los principios subyacentes a ese sistema jurídico, una moral racista, haría que no pudieran tildarse de inválidas por injustas las normas jurídico-positivas que hacen ese sistema jurídico racista.

Pero situémonos en el caso más claro, el del objetivista moral pleno o clásico que es también iusmoralista. Llamémoslo nuevamente M. La pregunta decisiva es ésta: ¿qué razones tiene M para negar validez jurídica a la norma que, desde su objetivismo, tilda de objetivamente injusta?

Una primera razón puede ser de pragmática conveniencia. M puede mantener que, una vez conocida con objetividad la moral verdadera, los verdaderos contenidos objetivos de la justicia, será mucho mejor y más deseable una sociedad cuya organización, en lo que del Derecho depende, se corresponda con tal justicia; en suma, que una vez que conocemos cuáles son los contenidos justos del Derecho, esos son, obviamente los contenidos deseables del Derecho. Pero esa no parece una razón decisiva para negar validez al Derecho injusto. A M su objetivismo le da buenos motivos para dos cosas: a) para no acatar, él, la norma jurídica injusta, aun cuando sea válida; o, si M es juez, para negarse a aplicarla; b) para usar los medios de actividad política y social a su alcance para luchar en pro de la derogación o modificación de la norma jurídica injusta. Esas son valiosas razones para oponerse a tal norma, pero intelectualmente o “lógicamente” no fuerzan a negar validez jurídica a la norma. Además, dichas razones las puede compartir plenamente el iusmoralista con un iuspositivista que también crea en la injusticia de esa norma, ya sea un iuspositivista objetivista, ya sea un iuspositivista no objetivista. Pues, evidentemente, los no objetivistas también tienen sus convicciones personales sobre lo justo y lo injusto, aunque no den el paso de entender que sus convicciones sobre la justicia se correspondan con lo que la justicia objetivamente es.

3. Objetivismo moral, validez jurídica y democracia

Una segunda razón puede estar en que M, al negar validez a la norma injusta, quiera convencer a los ciudadanos y a los jueces para que no la cumplan y apliquen, haciéndoles ver que eso que cumplen y aplican en verdad no es Derecho. Así, lo que M en cierta forma pretende es ser “legislador negativo”. Pero en un Estado Democrático de Derecho ningún ciudadano está legitimado como “legislador negativo”.

Por muy convencido que M esté de la verdad objetiva de sus convicciones morales, ha de saber que su pretensión de ser “legislador negativo” es incompatible con la Constitución de un Estado democrático de Derecho y hasta con los valores morales subyacentes a esa Constitución. Primero, porque las propias constituciones especifican qué personas y órganos están legitimados para anular por inconstitucionales las leyes que se opongan a los preceptos, los principios o, incluso, los valores constitucionales esenciales. Segundo, porque M tiene que saber y sabe que, de hecho, convive con ciudadanos que creen en otros contenidos morales bien diferentes de los suyos; y que, además y sobre todo, allí donde las constituciones consagran como principio básico el del pluralismo, que es también pluralismo moral, y, correspondientemente, derechos como los de libertad de creencias, libertad ideológica, libertad religiosa y similares, ningún ciudadano puede arrogarse el derecho a, desde su personal moral, ser “legislador negativo”, pues lo será a costa y en contra de los ciudadanos con creencias morales diferentes, incluso de ciudadanos que son objetivistas morales pero que tienen por moral verdadera una diferente de esa de M.

Pues es un hecho incontestable no sólo el de la pluralidad de morales concurrentes, sino también este otro: que entre objetivistas morales, que creen que hay una sola moral objetivamente verdadera, hay discrepancias radicales acerca de cuáles son, en general o para casos concretos, los contenidos de la moral objetivamente verdadera. Para evitar el desorden social consiguiente y hasta la “guerra” entre objetivistas morales, es para lo que las constituciones de los Estados de Derecho instituyen la democracia, la legitimación democrática de las normas jurídicas. Cuando M pretende hacer de “legislador negativo” no sólo va contra la legitimación democrática de la norma jurídica, sino que trata también de anular a los otros objetivistas morales que no comparten sus mismas creencias en los contenidos de la moral objetivamente verdadera.

Se dirá que no es para tanto y que M lo único que intenta es que entre todos se hable y se decida si la norma es justa o injusta y si debe cumplirse y aplicarse o no. A lo cual podemos replicar dos cosas. Una, ¿acaso la democracia no consiste precisamente en ese diálogo y cuando M “invalida” la norma jurídica democráticamente legitimada no trata de anular los resultados de tal diálogo? Dos, si M, a falta de acuerdo sobre la justicia o no de la norma, sigue manteniendo, desde su objetivismo, que es inválida, ¿no está negando lo que afirmaba sobre el diálogo, su carácter dirimente?

4. Constructivismo ético

El objetivismo que hoy vemos entre los iusmoralistas es de dos tipos principales. Uno, el viejo modelo iusnaturalista. El otro, el que se corresponde con el llamado constructivismo ético. Refirámonos brevemente a éste.

El constructivismo viene a indicarnos que lo objetivamente justo para cada caso u ocasión no está predeterminado o preestablecido en ningún espacio ontológico u orden metafísico, sino que sería aquello que, en la situación de referencia, acordaría el auditorio universal, es decir, cualquier conjunto de seres humanos racionales, perfectamente informados y que argumentaran y decidieran con pleno respeto a las reglas de la argumentación racional. Por tanto, si M es constructivista, para establecer si la norma jurídica N es justa o injusta y si, en consecuencia, debe ser aplicada o inaplicada, no tendrá que guiarse por su personal convicción sobre lo justo, sino que habrá de imaginarse qué considerarían justo en ese caso aquellos sujetos ideales puestos en aquella ideal situación de diálogo perfecto.

El objetivismo de los constructivistas es *sui generis*, y bien diferente del de los iusnaturalistas, por ejemplo. El constructivista en realidad no puede decirnos qué considera objetivamente justo, sino que siempre habrá de empezar por respondernos así: espere a que en mi cabeza me represente qué consentirían como justo un grupo G de sujetos que argumentan y razonan bajo condiciones que aseguran perfectamente la racionalidad del proceso discursivo y la imparcialidad del acuerdo resultante.

Lo malo y triste está en dos datos. Primero, que siempre el constructivista llega a pensar que cualesquiera sujetos en condiciones argumentativas ideales acabarían concluyendo unánimemente que es justo lo que a él de mano le parecía justo. Segunda, que entre quienes aplican o pretenden estar aplicando tal método constructivista para llegar a la verdad moral o verdadera y objetiva justicia para cada caso, no suele haber acuerdo, sino desacuerdo. Más que nada, porque vaya usted a saber cómo puedo yo averiguar qué pensaría yo si en lugar de ser yo, con mis prejuicios y mi biografía y en mi particular tesitura, fuera yo un sujeto colocado en aquella situación ideal de diálogo y donde todos razonáramos de modo inmaculadamente imparcial.

Sea como sea, supongamos por un momento que con el método constructivista el sujeto M fuera capaz de hallar la solución justa y de saber con verdad si es conforme a la justicia objetiva la norma N o su aplicación a un determinado caso, el caso C. Podría decir M y podríamos decir nosotros que M conoce la solución justa sobre esa norma o tal caso de su aplicación. ¿Estamos racionalmente compelidos a aceptar que M tiene plena autoridad para negar la validez de M, en general o para ese caso C? Si así fuera, M podría afirmar que N no es norma jurídica o que no es conforme a Derecho aplicar N a C. En mi opinión, una cosa no se sigue de la otra.

De la verdad del enunciado “N es injusta” o del enunciado “N es injusta para C” no se desprende la verdad del enunciado “N no tiene validez jurídica” o del enunciado “Es

antijurídica la aplicación de N a C". Salvo, por supuesto, que asumamos la validez de una premisa adicional: la de que las normas jurídicas injustas no son jurídicas, no tienen validez como Derecho" o la de que la aplicación de una norma jurídica a un caso no es una solución jurídica, sino antijurídica, cuando es injusta la consecuencia jurídica de N para tal caso. Así pues, o caemos en un razonamiento perfectamente circular o que pide el principio, o lo que el iusmoralista M debe justificar es la verdad o corrección de esa premisa adicional, para lo cual no le valdrá simplemente afirmar, a modo de peculiar tautología, que lo que hace que no sea válida una norma injusta es que es injusta, o que lo que provoca que no sea conforme a Derecho la aplicación de una norma que provoque un resultado injusto es que el resultado es injusto.

Se podrá decir, frente a lo anterior, que en las mismas está el positivista, que tampoco puede justificar por qué es Derecho una norma *jurídica* o por qué es *jurídicamente* válida la aplicación de una norma a un caso. Pero en su descargo el positivista puede aducir que no es él quien aporta o se inventa la juridicidad de una norma o de una solución normativa de un caso, sino que él simplemente recoge y describe un hecho, un hecho social: que esa norma es, aquí y ahora y en este sistema social y jurídico-político, reconocida generalmente como jurídica, y por eso hablamos del problema moral que plantea tal norma *jurídica*; y que, por lo mismo, la sentencia que aplica tal norma jurídica es considerada sentencia, un tipo de acto jurídico, en lugar de un mandato o pretensión de otro tipo, y de ahí que para una sentencia cualquiera, una vez reconocida como tal, podamos preguntarnos si es justa o injusta, moral o inmoral. Subrayando, adicionalmente, que el reconocimiento de tales datos o hechos objetivos no es óbice, bien al contrario, para que cualquier norma o aplicación de ella puedan ser calificadas, desde el sistema de normas morales que se tome como referencia, como justas o injustas, o de económicamente convenientes o inconvenientes, si las "reglas" que consideramos son las de la Economía, o de virtuosas o pecaminosas, desde el punto de vista de los mandamientos o reglas de una determinada religión, etc.

5. Lo que implican y lo que no implican los desacuerdos morales

Un matiz más, para acabar. Algún iusmoralista puede afirmar esto: "X, que es un profesor iuspositivista y de orientación antiobjetivista, reconoció expresamente que está objetivamente mal asesinar niños". Quien así habla trae esa frase a colación como argumento a favor del objetivismo y del iusmoralismo. Pero no es así, por las razones que siguen.

Primera. Un antiobjetivista o un iuspositivista pueden ser incongruentes o hacer razonamientos inconsistentes. Pero eso es un indicio de la falta de coherencia teórica de tal persona, no del error de las doctrinas en cuestión. De igual manera, puede ser incongruente un objetivista o un iusmoralista, pero eso no nos autoriza a afirmar, sin más, que sean erróneos el objetivismo o el iusmoralismo.

Segunda. Aunque alguien, objetivista o no, exprese su convicción de que es injusto asesinar niños, esto no supone admitir que no sea jurídica la norma de un sistema jurídico que autorice el asesinato de tales o cuales niños. Hoy y aquí estaremos de acuerdo todos en que se trata de una norma inicua dentro de un sistema jurídico que también lo es.

Eso con independencia de cómo fundamente cada uno de nosotros tal convicción moral. Pero insistimos en que no se sigue de esa tesis moral, aun cuando sea objeto de acuerdo general entre nosotros, que no sea Derecho aquella norma que dentro de tal sistema era o es vista como jurídica.

El Derecho chino no hace tanto que permitía que se matara a las niñas al nacer y en ciertas culturas estaba permitido jurídicamente matar a los niños pelirrojos. O a los infieles, o a las adúlteras, o a los esclavos o a los de otras tribus o los extranjeros... Si la norma injusta o que hoy vemos así no es jurídica, disciplinas como el Derecho Romano o la Historia del Derecho deberían expurgar gran parte de sus contenidos, de las normas que explican como “Derecho” romano o como “Derecho” de antaño. Y cuando, ahora mismo, explicamos los sistemas jurídicos de la *sharía*, deberíamos hacer ver que, aunque como Derecho funcionen, en realidad no son Derecho, o que no son jurídicas muchas de las normas que como jurídicas valen y se aplican regularmente en tales sistemas. O, quedándonos más cerca, que no son parte del Derecho del respectivo Estado las normas que en algunos estados de EEUU prescriben para algunos delitos la pena de muerte. Etc., etc., etc.

¿Tanto problema hay en admitir que puede ser jurídica la norma injusta sin que por ello nadie esté *moralmente* obligado a cumplirla o aplicarla?

6. Conclusiones

(1) El objetivismo moral no fuerza racionalmente a asumir una teoría iusmoralista de la validez jurídica.

(2) Cabe ser congruentemente iuspositivista en teoría del Derecho y objetivista en teoría ética.

(3) Negar validez a la ley injusta democráticamente aprobada supone un cuestionamiento del pluralismo moral de la sociedad y del método democrático de legitimación de la ley, todo lo cual es difícilmente compatible con los contenidos constitucionales del actual Estado de Derecho.

(4) Aun con los acuerdos más básicos sobre la injusticia o inmoralidad de determinadas normas o sistemas jurídicos, negarles la condición de Derecho lleva a tener que entender que solamente es auténtico Derecho el que actualmente rige en determinados estados.

7. Referencias

R. Alexy, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

R. Dreier, *Derecho y justicia*, Bogotá, Temis, 1994.

R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

H. Kelsen, *Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982.

G. Radbruch, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971.

W.J. Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Grupo 6

**Direito Internacional e
Direito Comunitário Europeu**

***El Derecho Internacional y
Derecho Comunitario Europeo***

GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA, POLÍTICAS PÚBLICAS, POLÍTICA PÚBLICA¹

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Resumen

El artículo analiza el impacto que ha tenido la globalización sobre la capacidad de Gobierno en el ámbito nacional. Para ello, se estudia con detenimiento cómo las novedosas fórmulas organizativas han restado poder a los Gobiernos y, en segundo lugar, como las opciones políticas son menos debido a que el soberano supraestatal difuso las toma con carácter previo; lo que impide separarse de ellas. El examen muestra algunos de los riesgos que se plantean como consecuencia de un inadecuado uso de la técnica por parte de los organismos reguladores”

Palabras clave

Globalización; Gobierno; Democracia; Neoliberalismo.

Abstract

The article analyzes the impact that globalization has had on the ability of government at the national level . To do this, we study carefully how innovative organizational formulas have been subtracted to the governments and , second , the policy options are less due to the sovereign supranational diffuse the decision in advance ; which prevents them separated . The review shows some of the risks that arise as a result of improper use of the technique by regulators

Key words

Globalization; Government; Democracy; Neoliberalism.

1. Introducción

Si intentamos concentrar en una idea politológica el impacto que ha tenido la globalización en el funcionamiento de los Estados, sería fácil llegar a la aproximación de

1 Este artículo es una versión inicial del capítulo primero de la obra Globalización económica y Estado; HG EDITORES (2015) donde se incorpora todo su desarrollo

que su capacidad de intervención como soberano ha decrecido sustancialmente y en la actualidad ha de vivir en una situación de conflicto/competencia/interrelación con otros entes públicos y privados. Esta realidad, que en la práctica es bastante compleja, hace que nos debamos plantear quién es el que ha adquirido en la actualidad los poderes que antes tenía el Estado y, paralelamente, estudiemos algunas de las consecuencias que tiene el debilitamiento del poder público nacional.

Conviene, no obstante, precisar un dato: no nos encontramos sólo ante un problema de que existan más entes gestionando asuntos públicos. Esto sería una cuestión de distribución de competencias y, en consecuencia, no tendría mayor interés. El aspecto central que refleja lo indicado en el párrafo anterior es que el marco supraestatal ha ido ganando poderes cualitativos por mecanismos de cesiones directas o indirectas. Esto tiene un efecto inmediato sobre el componente democrático en el funcionamiento público. Tomando las palabras de CAPELLA, este es un periodo en el que “cuanto más se enfatizan retóricamente las bondades del sistema representativo más fuerza cobra el gobierno tecnocrático del mundo”. Esta idea de la supuesta ventaja tecnocrática tiene un sostén ideológico en las líneas de pensamiento que parten del fin de las ideologías² del que FUKUYAMA es su mayor representante en la actualidad aunque es una corriente de pensamiento con antecedentes importantes. Y con ello, cambia el modelo de legitimación, en la medida en que “busca legitimarse no tanto por la aquiescencia formal del demos cuanto por una eficacia cuyos parámetros autodefine y publicita él mismo”³.

No es sólo un problema derivado de lo ocurrido en medio de las turbulencias de la (interesada) crisis del euro de los años 2009 y siguientes en Grecia e Italia -con la designación de primeros ministros fuera de los procesos electorales- sino que tiene raíces más profundas que se encuentran en el modo de organizar la administración separando grandes sectores productivos de la influencia política. O dicho de otro modo, optando por el modelo jurídico-político actual. No se debe caer en la tentación de identificar “técnica” con un modelo de solución única, sobre todo cuando nos movemos en los campos de lo que serían las “ciencias sociales”. Por expresarlo claramente, soluciones de izquierda y de derecha requieren técnica para llevarlas a la práctica. Desde esta perspectiva, muchas de las soluciones que se están proporcionando tienen un barniz tecnocrático con el que aparecen ante la opinión pública pero que encubren una sustancia ideológica determinada. Más adelante ilustraré esta afirmación con datos derivados de un Informe interno del Fondo Monetario Internacional.

2 El texto de FUKUYAMA que ha tenido más eco en España es un breve artículo que condensa su posición FUKUYAMA, F. ¿El fin de la historia?, en *Temas clave*, nº1, pp. 85 y ss.

3 CAPELLA, J.R., *Entrada en la barbarie*, Ed. Trotta, Madrid (2007), p. 169.

La perspectiva tecnocrática que impregna la gestión pública es la que permite, asimismo, la presencia de grupos de interés vinculados a los sectores financieros en la gestión pública. En el mundo actual son cada vez más relevantes la actividad supuestamente formativa (de presentación de tendencias y perspectivas generales económicas) de las instituciones financieras o de clubs y asociaciones privadas, como las reuniones que anualmente se celebran en Davos o el club Bilderberg. Aunque hay antecedentes -sobre todo en los EE.UU.⁴- es un tiempo en el que se produce un intercambio incesante entre el sector privado a la gestión pública y viceversa. No podemos dejar de citar cómo Goldman Sachs es el punto de origen de Mario Draghi -y que estuvo detrás del maquillaje contable que permiti6 la entrada de Grecia en la moneda única europea- o Mario Monti -como Primer Ministro italiano, con el apoyo de todos los partidos-. El Primer Ministro interino de Grecia durante dos años, Lukas Papadimos, tenía como aval para su designación el haber sido Director del Banco Central de Grecia. Nos encontramos, por ello, con que la perspectiva tecnocrática supera los procesos electorales.

La presencia tecnocrática del pensamiento único no proviene únicamente de la actividad de estas entidades o, en general, de todos los lobbys, también con un papel creciente⁵, incluso a través de las donaciones a los partidos -que han vivido también una era desregulatoria⁶; aunque en algunos países pueda remitir para frenar la corrupción- sino que el propio funcionamiento en red, especialmente con el omnipresente papel de algunas instituciones como el Fondo Monetario Internacional dificultan el ejercicio de los poderes democráticos; pasando por encima del propio texto constitucional, muchas de cuyas previsiones quedan hoy con casi nulas posibilidades de llevarse a la práctica. Es lo que se ha denominado el largo Thermidor del constitucionalismo antidemocrático⁷.

4 Conviene recordar que es también extraordinariamente importante al otro lado del Atlántico, de tal manera que es conocido en los Estados Unidos como “Gobierno Sachs”. Por coger dos datos: el Secretario del Tesoro de Clinton, Robert Rubin, que llev6 a cabo la desregulación financiera, venía de Goldman Sachs. Así como el Secretario de Estado de Bush, Hank Paulson, que transfiri6 a los Estados lo que púdicamente se denominan activos t6xicos de los bancos durante la crisis financiera. El anterior Timothy Geithner, tiene el mismo origen. En la Comisión europea, han sido comisarios los siguientes miembros de Goldman Sachs: el irlandés Peter Sutherland como comisario de competencia; Karel van Miert Comisario también de competencia; Mario Monti Comisario del Mercado interior -por designación de Berlusconi-. Robert B. Zoellinek, Presidente del Banco Mundial, también procede de Goldman Sachs.

5 Recordemos que en la Unión Europea hay reconocidos unos 12000 lobbys. De ellos, según estimaciones, aproximadamente el 60% dependen directamente de empresas

6 Es relevante citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Citizens United v. Federal Election Commission* de 19 de junio de 2010 - 558 U.S. 08-205 (2010)- que flexibiliz6 los débiles controles que existían a las donaciones de las empresas a los partidos políticos.

7 PISARELLO, G.; *Un largo Thermidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*; Trotta, Madrid (2011).

2. La interdependencia como característica del funcionamiento de los entes públicos. Tipología de entes públicos y características generales de la Administración internacional de asuntos públicos

2.1. Tipología general

El funcionamiento de los entes públicos se basa en una idea de interrelación con otras entidades encargadas de la gestión de asuntos públicos, que pueden ser tanto públicas como privadas. Una interrelación que es cada vez más compleja por dos razones: por un lado, por el incremento de los poderes externos con los que hay que convivir, lo que dificulta la gestión de los asuntos públicos. Por la otra, porque la intensidad de las cesiones de soberanía se han traducido en una dificultad interna de desarrollo autónomo de los poderes públicos. La idea de la competencia entre Administraciones públicas completa el cuadro sintético de cómo se ha desarrollado el gobierno de lo público. Conviene dar un paso más partiendo de esta idea de interrelación.

La interrelación es la idea clave que rige el funcionamiento de lo público. Interrelación entre Estados, entre Estados y entidades territorialmente menores, entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre éstas. El resultado de todo ello que que el desenvolvimiento de los poderes públicos es la consecuencia de “redes de interconexión, producidas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales que son incapaces de determinar su propio destino”⁸. Todo lo cual se complica aún más con la participación de las entidades privadas que complementan el sistema en la medida en que el modelo de globalización que tenemos está hecho para favorecer la actividad de las corporaciones privadas transnacionales.

La diferente naturaleza y extensión de las entidades encargadas de la gestión de los asuntos públicos no actúan todas en un mismo plano. Sería imposible si se quiere dar una sensación de efectividad del sistema, tal y cómo está organizado. De hecho, en esta línea se ha afirmado que “las actividades económicas requieren que existan mecanismos de interrelación en los cinco niveles, aunque los tipos y medios de regulación sean diferentes en cada uno de ellos”⁹. Haciendo una descripción somera de los cinco niveles, se podrían concretar del siguiente modo:

- a) En el primer nivel se situarían los instrumentos de gobernanza de las grandes naciones desarrolladas, que suelen funcionar como redes. La crisis económica ha hecho que hayan ampliado su ámbito de actuación con la idea de aparentar

8 HELD, D., *Democracy, the nation-state and the global system*, en *Economy and society*, nº20-2 (1991), p. 148

9 Tomo esta clasificación de HIRST, P. y THOMPSON, G., *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance*, Cambridge, Polity Press, pp. 121 y 122.

apertura frente a lo exiguas que eran estas reuniones, pasando de tener un formato de G-8 (las naciones más desarrolladas) a G-20 (naciones más desarrolladas, naciones emergentes más Europa; acompañados de los representantes del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial) o, tomando ámbitos más concretos y aparentemente más técnicos, el Comité de Basilea para la regulación bancaria. De hecho han querido presentarse como sustitutos de otras organizaciones más amplias como la ONU. Teóricamente, sus funciones abarcan la estabilización de los tipos de cambio, la coordinación de la política fiscal y monetaria así como diversos aspectos de los mercados financieros.

- b) En el segundo nivel estarían las grandes agendas internacionales a las que se han atribuido dos tipos de funciones: por un lado, tenemos las instituciones de coordinación de carácter tradicional que contribuyen a la administración de los conocimientos técnicos y permiten la normalización entre los diversos sistemas. Ejemplos serían la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión Postal Internacional o la Organización Mundial de Meteorología. Suelen ser organizaciones con larga trayectoria y no resultan un factor determinante dentro de la globalización económica.

Sí tienen una fuerza importantísima las organizaciones internacionales que se han creado después de la segunda guerra mundial y que, en el contexto actual han servido para el diseño de la política económica global. Especialmente hay que destacar a tres: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. A ellas me referiré con detalle con posterioridad.

Conviene recordar dos datos complementarios. Por su modo de funcionar, son equivalentes a las entidades públicas nacionales, tanto por la estructuración de los procedimientos como por las vías de ejecución de sus actos, dirigidos en buena medida a los Estados. Por ello, bien podría decirse que han creado un “Derecho administrativo internacional”. El segundo elemento estaría compuesto porque algunas de estas entidades, como veremos con posterioridad, son de naturaleza eminentemente privada.

- c) El tercer escalón está constituido por los sistemas regionales de integración económica que, tomando a la Unión Europea como ejemplo, han surgido en diversas partes del mundo. Son instituciones de integración, lo que les hace disponer de unas competencias mucho más amplias que las anteriores, disponiendo de competencias casi generales como se puede ver en los artículos 3 y 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El diverso grado de integración es muy diferente entre ellos y puede ser una de las razones de su

distinta fuerza en esta globalización asimétrica, junto con el poder económico de los Estados participantes.

- d) En cuarto lugar se sitúa la Administración de los Estados nación, la cual tiene un complejo papel en el que recibe influencias de los tres niveles superiores y presiones del quinto nivel. Su papel central es de garantía jurídica de inversiones, lo que se manifiesta en disponer de una organización judicial independiente y eficaz y en el respeto al derecho de propiedad y la libertad de empresa. Es una función balsámica de protección de inversiones. Complementario a lo anterior se sitúa la función de transponer la normativa (en sentido amplio) que se aprueba en los niveles anteriores, lo que permite mantener parte de la formalidad del sistema constitucional nacional.

Tiene, asimismo, una función de resolución de los elementos estructurales de naturaleza social, aunque una parte de ellos serán proporcionados por la administración local y regional.

- e) El quinto eslabón lo ocupa la Administración local y regional. Cumple dos funciones importantes: por un lado, es una pieza clave para ofrecer ventajas competitivas de atracción de inversiones, manifestadas especialmente en suelo e infraestructuras para un mejor acceso a las instalaciones.

Pero al mismo tiempo, es el encargado de ejecutar las medidas de política social, mediante la provisión de servicios públicos tanto a la población (necesario para que ni haya problemas sociales, ni haya problemas sanitarios y la formación sea buena) como a los distritos comerciales.

Los cinco niveles territoriales que se han descrito tienen una función que cumplir dentro del modelo globalizador que se ha desarrollado. El papel es obviamente diferente, aunque sí se puede señalar que los instrumentos esenciales para la toma de decisión son los que se encuentran ubicados en los eslabones superiores del sistema. Un papel que garantiza uniformidad a los elementos estructurales y que, por otra parte, resulta “cómodo” para los Estados cuando se han de adoptar decisiones “difíciles” ya que la responsabilidad es externa a los gobernantes nacionales.

La responsabilidad, además, está difuminada en diversas organizaciones, con lo que la exigencia de responsabilidad por parte del ciudadano será complicada. Lo que ocurre con los recortes en el ámbito público, controlados por la Troika -Banco Central Europeo, Fondo Monetario Internacional y Comisión Europea- es un buen ejemplo de lo que está ocurriendo, ya que en el fondo los únicos que responden (los gobiernos nacionales) carecen de un grado suficiente de responsabilidad sobre el fondo de los asuntos ya que la mayor parte de las medidas económicas son impuestas desde fuera. No hay, por el contrario,

ningún lugar en el que se puedan exigir desde una perspectiva democrática ya que no existe la obligación de comparecencia ante los órganos de representación popular. Y, desde luego, sus políticas no pasan por las urnas.

Posiblemente el único punto en el que ha habido capacidad de movilización contra estos ámbitos de poder están algunas de las reuniones plenarias, como lo ocurrido con la cumbre de la OMC de Seattle (1999) o la del G-8 de Génova que tuvieron una gran contestación ciudadana.

2.2. *Características generales del sistema*

Antes de pasar a desarrollar algunas de las características de cada uno de los grupos conviene señalar tres aspectos de este desarrollo de la Administración global para los asuntos públicos.

Por un lado, conviene recalcar que, como se ha podido apreciar, no constituyen estructuras novedosas. Las más relevantes son consecuencia de los Acuerdos de Batton Woods por el que organizó el sistema económico posterior a la Segunda Guerra Mundial, especialmente en lo referente al sistema uniforme de cambio de divisas. Lo que la globalización ha provocado es la aceleración de su influencia y su capacidad de constituir una especie de gobierno informal mundial.

El segundo dato reseñable es que, siguiendo las características de la sociedad de final del siglo XX y comienzos del XXI, ha cambiado la rigidez de las organizaciones internacionales tradicionales por una flexibilidad que constituye una nota característica de la postmodernidad. Las reuniones del G-8 – o del modelo ampliado del G-20, por recoger la configuración que tras la crisis de 2008 últimamente más se utiliza – son posiblemente el caso paradigmático. Es difícil configurarla como una organización internacional y más se parece a una relación de hecho. Surgió como una reunión con el carácter de defensa del interés preventivo de los Estados y hoy se ha instaurado, por la fuerza de los hechos, una verdadera institución con un papel vertebrador de la globalización económica... y que padece muchos de sus déficits. No hay más que examinar la opacidad de sus reuniones, su composición –aunque se haya abierto a Estados emergentes... por invitación¹⁰.

Y la tercera característica es la presencia en el “soberano supraestatal difuso” de entidades privadas, carentes de legitimación democrática e irresponsables ante cualquier órgano de representación de la soberanía popular. Han ido asumiendo poco a poco un papel muy relevante, que se extiende en diversos ámbitos de la gestión de asuntos públicos. Citar a las agencias de rating es mencionar el caso más significativo precisamente porque

10 Es de especial interés CONTICELLI, M., *I vertici del G8. Governi e Amministrazione nell'ordine globale*, Giuffrè(2006).

sirve como termómetro para ponderar la “credibilidad económica del Estado” de acuerdo con las coordenadas económicas dominantes. Para ello, efectúa un análisis en el que pondera cuáles son las orientaciones de su política económica, de la evolución del gasto público, de la onerosidad del sistema de protección social, de la inflación, o, incluso, de la evolución reciente de las variables macroeconómicas. Aunque formalmente el juicio que emitan las agencias sea sobre la solvencia económica, en el fondo también es político, en la medida en que determina qué ha de hacer una determinada economía para paliar una mala calificación, lo que condiciona la normativa administrativa económico-social que vaya a aprobar, así como las orientaciones globales de política económica.

La participación de las entidades privadas no se manifiesta sólo en el hecho de que entidades de este carácter tengan un papel preponderante. Dentro de los cambios en el funcionamiento público, las entidades públicas actúan como correas de transmisión de entidades privadas en estas organizaciones supranacionales. La conclusión que se puede extraer “se pone de manifiesto no sólo un marco internacional de desenvolvimiento del comercio internacional, sino también los intereses internacionales inseparables de esa actividad “privada” que enfrentan a distintos grupos de estados”¹¹. Para entender esta nueva realidad ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado ESTEFANÍA, desde los años ochenta, la internacionalización de la economía se ha producido sobre la base de las grandes empresas multinacionales; elemento que ha de tener una traslación desde el punto de vista institucional ya sea de forma directa o indirecta. En este punto no es ocioso recordar las nuevas funciones que han adquirido los Estados de diplomacia comercial en nombre de las corporaciones originarias en cada territorio¹².

2.3. Soberano supraestatal difuso

Si analizamos todo el entramado organizativo de la Administración supranacional de carácter económico, tomamos conciencia de la coincidencia de objetivos de todos ellos, en la medida en que gestionan aspectos diferentes pero interrelacionados los unos con los otros, y añadimos la presencia fundamental -sin la cual la globalización no se entendería- de las compañías transnacionales¹³ entenderíamos la calificación que le ha proporcionado CAPELLA, que lo ha denominado soberano supraestatal difuso¹⁴, que está constituido por

11 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., El Derecho del comercio internacional, dentro de la obra colectiva cuyo editor es el propio FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Derecho del comercio internacional, EUROLEX, Madrid, 1996, p. 47.

12 ESTEFANÍA, J., La nueva economía. La globalización. Temas de Debate, Madrid (1996), p. 13.

13 Sobre la importancia de las compañías transnacionales en la globalización, tanto en la función de empuje como en la de principal beneficiario de sus réditos, véase BARRY JONES, R.J., Globalisation and interdependence in the in the international political economy. Rhetoric and reality. Pinter publishers, London & New York, (1995), en particular, pp. 165 y ss.

14 CAPELLA, J.R., Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Ed. Trotta. Madrid (1997), p. 260

el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros y que tiene su fuerza a través de la penetración en los agentes del poder que tienen acceso directo a las organizaciones antes mencionadas.

Es cierto que hace ya tiempo, en épocas anteriores al que el fenómeno global estuviera extendido, que se viene recalcando el papel que tienen las grandes compañías transnacionales¹⁵ como agentes políticos internacionales. Pero de nuevo, el cambio cualitativo ha sido extraordinariamente importante, en detrimento de los Estados, favorecido tanto por las privatizaciones de empresas públicas -que han dado lugar a grandes empresas privadas- como por las fusiones empresariales de los años noventa del siglo pasado que les han dado un peso desconocido en los últimos cincuenta años. Hoy, de hecho, se puede afirmar que las compañías transnacionales se han transformado en uno de los principales agentes de poder en las últimas décadas, ya sea utilizando al Estado, ya sea paralelamente a la labor de los poderes públicos y condicionando su actividad¹⁶.

Este soberano supraestatal difuso dispone de tres características que resultan de extraordinaria importancia a nuestros efectos: por un lado, su propio carácter difuso, en la medida en que no está concentrado en una única sede ni en unas únicas manos sino que una pluralidad de agentes ubicados en diversos lugares y de naturaleza también diferente contribuyen a su creación y a tomar decisiones¹⁷. Las condiciones del rescate financiero a Chipre de 2013 por parte de la Unión Europea y el espectáculo de ver como el Banco Central Europeo, el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Gobierno alemán se han ido acusando recíprocamente de sus condiciones (el corralito a los ahorros chipriotas) ejemplifica lo difícil que es la atribución de responsabilidad en el este contexto global.

15 Es ilustrativo el discurso del Presidente Salvador Allende en la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1972, cuando afirma que “estamos frente a un verdadero conflicto frontal sobre las grandes corporaciones transnacionales y los Estados. Estos aparecen interferidos en sus decisiones fundamentales, políticas, económicas y militares por organizaciones globales que no dependen de ningún Estado y que en la suma de sus actividades no responden ni están fiscalizadas por ningún Parlamento, por ninguna institución representativa del interés colectivo. En una palabra, es toda la estructura política del mundo la que está siendo socavada. Las grandes empresas transnacionales no solamente atentan contra los intereses genuinos de los países en desarrollo sino que su actuación avasalladora e incontrolada se da también en los países industrializados en los que se asienta”.

16 Sobre estas cuestiones, véase STRANGE, S., *The retreat of the state. The diffusion of power in the world economy*, Cambridge University Press, (1996), pp. 44 y ss.

17 De hecho, CASTELLS señala sobre este punto, que “el estado-nación cada vez está más sometido a la competencia más sutil y más preocupante de fuentes de poder que no están definidas y, a veces, son indefinibles. Son redes de capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos militares supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública. (...) Así que, aunque los estados-nación continúan existiendo, y seguirán haciéndolo en el futuro previsible, son, y cada vez lo serán más, nodos de una red de poder más amplia”. CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. 2. El poder de la identidad, Alianza Editorial, Madrid (1998), p. 334.

En esta línea, hay que señalar, como elemento que impulsa su operatividad, el dato de que forman redes para conformar políticas conjuntas que sirvan a los ámbitos materiales que tengan asignados. De hecho, puede que los instrumentos de colaboración no tengan siquiera funciones ejecutivas sino meramente de compartición de información y de colaboración; lo que permite proporcionar informaciones recíprocas y estadísticas (uno de los elementos centrales de la gobernanza actual), así como, en su caso, realizar recomendaciones a los miembros de la red y por ende a los Estados. Para ello, la organización no resulta especialmente onerosa, sólo una función de secretariado conjunto con algunas áreas de cooperación específica¹⁸. Ha sido el modelo, por ejemplo, del sistema nórdico, con independencia de que haya configurado en los últimos tiempos una estructura que refleja un grado superior de interrelación.

En segundo lugar, tiene capacidad suficiente para insertarse dentro del entramado organizativo nacional, condicionando su toma de decisiones en aras de materializar el pensamiento único económico dada su propia fortaleza. Hay ocasiones en donde, de hecho, la Administración nacional forma parte de la toma de decisiones del soberano supraestatal, aunque con una visibilidad limitada. Es lo que nos encontramos con la presencia de los Gobernadores de los Bancos Centrales europeos en el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo. Con ello dispone de capacidad para incidir en la toma de decisiones en los Estados nacionales; que se encuentran condicionados para dar cumplimiento a tales compromisos. En último extremo se verán compelidos por las sanciones que provendrán de alguno de los agentes de este soberano supraestatal¹⁹.

Pero, en tercer lugar, lo más relevante en cuanto al funcionamiento de las Administraciones públicas consiste en que tiene un carácter privado, en la medida en que vela por la satisfacción de los intereses de las corporaciones que actúan en la economía globalizada, algo por otra parte que se corresponde con el papel preponderante que han adoptado las grandes corporaciones transnacionales en el desarrollo de la mundialización económica. De hecho, como ha señalado CAPELLA, este dato se ha hecho realidad debido al traspaso de “de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada”²⁰ Y este último dato con independencia de que este Derecho (que en su mayor parte es Derecho administrativo) se

18 Sobre estos modelos desagregados de colaboración, puede verse el estudio de SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton University Press (2004).

19 De hecho, como han señalado HIRST y THOMPSON, “las formas emergentes de gobierno de los mercados internacionales y otros procesos económicos incluyen a los principales gobiernos nacionales, pero en un nuevo papel: los estados funcionan menos como entidades soberanas y más como componentes de un sistema de gobierno internacional. Las funciones centrales del estado-nación serán proporcionar legitimidad y asegurar la responsabilidad de los mecanismos de gobierno supranacionales y subnacionales”. HIRST, P. y THOMPSON, G., *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance*, Cambridge, Polity Press, p. 171.

20 CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida...* Op. cit. p. 260.

cree y se mantenga al servicio de los grandes agentes económicos (como se verá con posterioridad) se presente como beneficioso para la humanidad en su conjunto.

De hecho, esta administración del poder supraestatal difuso tiene, como ha señalado CAPELLA²¹, una legitimación diferente, con un discurso que, en absoluto, coincide con el que resulta para las Administraciones públicas del texto constitucional. En efecto, la legitimidad que se predica de estos entes públicos o privados que marcan las pautas del Derecho de la globalización se puede medir sólo en términos de eficacia o, más concretamente, de eficacia técnico-productiva. Y dentro de este tipo de legitimación, sólo se admite aquella política económica que permita el máximo grado de desarrollo de las grandes empresas multinacionales. Ahora bien, desde su óptica exclusivista no existe otro planteamiento, no hay, de hecho, otra política económica que esa, algo, por lo demás, consustancial en estos tiempos promoción del pensamiento único, en feliz expresión de RAMONET²², que considera cualquier desviación en su línea ideológica como irracional científicamente hablando.

Este tipo de legitimación de la administración de la globalización está impidiendo cualquier forma de planteamiento normativo que intente introducir otra clase de valores que pudiera perjudicar a estas corporaciones, como se puede apreciar de manera palmaria en materia de política energética, donde no se plantea siquiera la utilización generalizada de energías alternativas renovables y no contaminantes, ya que la única que resulta admisible es la efectuada por las grandes instalaciones centralizadas. No se trata más que de un ejemplo entre otros muchos que se podrían traer a colación.

3. Funcionamiento en Redes “Informales” de las Grandes Naciones Desarrolladas

El funcionamiento de la economía global ha dado lugar a la creación de entidades “informales” que sirven para la gestión de asuntos públicos. Redes informales que han surgido como un instrumento que ha permitido un impulso considerable a la gobernanza mundial. A los efectos explicativos, el número de miembros que lo compongan no es el dato más relevante sino el de la estructura que tienen y, sobre todo, las funciones que tiene atribuidas.

Por tomar los datos de una de las secciones que tiene en este momento el G20²³, el ámbito de lo que abordan está formado por materias tan relevantes como la discusión de

21 CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida...* Op. cit. p. 265 y ss.

22 RAMONET, I., *El pensamiento único, que está traducido al castellano en la revista Mientras tanto*, nº61 (1995), pp. 17 y ss.

23 El G20 se ha venido reuniendo con periodicidad semestral en 2008, 2009 y 2010 -los años aparentemente peores de la crisis económica actual- y anual desde entonces.

soluciones a los grandes problemas económicos actuales, estabilización económica y reformas estructurales, aumentar la coordinación internacional para la prevención de crisis, corrección de desequilibrios externos, fiscales y financieros, el proveer recursos para una mayor liquidez global y el fortalecimiento del sistema financiero internacional. Como se puede ver, tiene un marcado carácter económico y una incidencia muy pequeña en las cuestiones sociales y ambientales del mundo actual.

En principio, estos foros económicos internacionales surgen como instrumento de las grandes naciones desarrolladas para la gestión económica. De hecho, las primeras reuniones de las grandes naciones desarrolladas aparecen como instrumento de coordinación económica ante la crisis del petróleo de los años 70 del siglo pasado, en un momento en el que se empieza a percibir que el modelo de Bretton Woods ya daba síntomas de agotamiento. A partir de estas reuniones iniciales han alcanzado un papel preponderante en la gestión económica global, teniendo presente que se ha transformado en un instrumento eficaz de coordinación de políticas económicas. En el campo de la economía, ha dado paso asimismo a la realización de actividades de asistencia recíproca a actividades que venían realizando el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional.

Lo anterior es consecuencia de los modos de actuar que tienen estos funcionamientos en red. Porque son extremadamente flexibles en su modo de proceder, tanto en los procedimientos de actuación como en los modos de exteriorización de sus decisiones. El conjunto amplio de reuniones preparatorias realizadas por los “sherpas”, adaptables a las necesidades de su objeto, ha constituido dar un salto cualitativo en cuánto a la capacidad de adoptar decisiones. Entre los nuevos participantes no podemos dejar de mencionar a los representantes de las grandes organizaciones económicas internacionales y a los representantes de los bancos centrales, lo que es especialmente importante si tenemos en cuenta la autonomía de la que están dotados. De hecho, el aumento de los participantes acaecido durante los años de la crisis económica -pasando de ser G8 para pasar a ser G20, con invitados- se ha traducido en que las “declaraciones de los líderes del G20” resulten mucho más laxas y por ello menos operativas. Lo que no quita para que haya una relación bastante pormenorizada de las obligaciones que asume cada uno de los Estados para la mejora de su situación económica propia y por ende global. Examinando su contenido se podrá apreciar que no se apartan del *Consenso de Washington*.

No obstante, cuando ha resultado necesario, ha traspasado este papel y lo ha extendido a realizar actividades de carácter político. La crisis de Kosovo proporcionó al G8 un nuevo papel para la resolución del conflicto, que se materializó en la resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que incorporó la solución adoptada por el Comité de Ministros con cita expresa de la decisión adoptada.

4. Agencias Internacionales

4.1. Poder creciente

Cuando se examinan las grandes agencias internacionales económicas el primer dato que hay que destacar es que se trata de entidades que, pese a un origen anterior a la globalización, se han adaptado a las condiciones globales. En efecto, sus primeros pasos son consecuencia directa de los acuerdos adoptados por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial cuando en la Conferencia que se celebró en el complejo hotelero de Bretton Woods (EE.UU.) entre los días 1 y 22 de julio de 1944 determinaron algunas de las reglas básicas de sistema económico internacional de la postguerra.

Fue en el seno de dicha conferencia donde se establecieron reglas básicas de la economía internacional durante unos veinte años: las relaciones comerciales y financieras, y el sistema uniforme de control de cambio de divisas -que se mantuvo inalterado hasta los años 60 del siglo pasado cuando Canadá, Suiza, Alemania y Estados Unidos abandonaron los controles a la circulación de capital-. Pero además de esas reglas de funcionamiento fue ahí donde se tomó la decisión de creación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, cuya evolución de los últimos 25 años les ha transformado en instituciones clave en el desarrollo global.

De los elementos esenciales para el desarrollo global actual, el que se hizo esperar más fue la organización que ordenara el comercio internacional, y por ello, requiere una explicación un poco más detenida, ya que es indicativa de cómo ha evolucionado la economía internacional hasta llegar a la situación global actual. Primero bajo el auspicio directo de la Organización de las Naciones Unidas y luego con independencia de ella, ya desde 1947 comienzan a desarrollarse los instrumentos bilaterales y plurilaterales que tenían el objetivo de potenciar el comercio internacional y fomentar la integración económica, comenzando por el propio Acuerdo General de Aranceles y Comercio, más conocido por su acrónimo inglés, GATT, de 1947. En un momento aún más reciente, tiene lugar la gran eclosión cualitativa de estas organizaciones supranacionales, que les condujo a su papel actual de grandes actores de intervención en las Administraciones nacionales²⁴, teniendo en cuenta que marcan las pautas de la política económica de los Estados nacionales, ya sea por una conexión directa entre los organismos internacionales y los gobiernos, ya fuera como consecuencia de obligaciones que se imponen desde dichas entidades a los Estados si quieren participar de los beneficios del sistema. Conviene citar aquí, por ejemplo, el impacto que hubiera tenido la promulgación en el marco de la OMC del Acuerdo Multilateral de Inversiones, que fue definido por el entonces Secretario

²⁴ Sobre estas cuestiones debe consultarse HELD, D., *Democracy, the nation-state...* Op. cit., en particular, pp. 150 y ss.

General de la OMC, Renato Ruggero, como la “Constitución de una economía global única”. Como veremos con posterioridad, que no haya sido promulgado no significa que sus contenidos hayan desaparecido.

Estas agencias económicas internacionales han tenido una gran capacidad de desarrollo que les ha permitido incrementar su capacidad de actuar. En efecto, partiendo de las competencias cedidas originariamente por los Estados han ido incorporando poderes implícitos a los anteriores, que, en principio, eran necesarios para la ejecución de las competencias legítimamente atribuidas en el acto fundacional. Esto ha permitido una ampliación considerable de su poder, tanto a través de las entidades matriz como mediante la creación de otras complementarias.

El Banco Mundial, o para ser más exacto, el Grupo Banco Mundial, lo ejemplifica perfectamente. Un ejemplo ilustrará perfectamente lo que estoy señalando: en los años sesenta se produjo un movimiento con el fin de establecer una normativa de las inversiones en el extranjero que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, fijando la responsabilidad de la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Después de una serie de avatares esta misión es encomendada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el denominado Convenio de Washington que entró en vigor en 1966. Este convenio crea un organismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones²⁵, cuya misión es precisamente facilitar los medios de conciliación y arbitraje para resolver las discrepancias que existan con los Estados receptores de las inversiones, que cumple sus funciones con independencia de cuál sea la calidad de la jurisdicción encargada del control de la Administración pública.

Más aún, en el propio seno del Banco Mundial se creó, en 1985, un organismo específicamente encargado del control de las inversiones extranjeras, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, relacionado naturalmente con el CIADI y cumpliendo una función complementaria a la de éste. En el convenio de Seúl, por el que se crea, se le encomiendan funciones de arreglo de diferencias entre inversores y países receptores, de impulsión de los acuerdos con los países en vías de desarrollo, teniendo presente, de nuevo garantizar las inversiones extranjeras. Y, en la misma línea, ha sido dicho organismo el que ha aprobado un documento donde se fijan las “líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa”. Se trata, en consecuencia, de una especie de feudo, dentro del cual el soberano es el grupo Banco Mundial.

25 Sobre este organismo, su funcionamiento y las relaciones con los Estados, véase VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid (1998).

El ejemplo que se acaba de señalar ilustra también tanto la fortaleza de las grandes agencias internacionales como alertan sobre el escaso control político que tienen sus decisiones que ejercen. Controles de todo tipo, políticos y de actuación. Porque aunque se intente sostener que la actividad es meramente técnica, tiene un sesgo ideológico importante. No es un prejuicio, son las conclusiones que extrae el propio documento de control del Fondo Monetario Internacional sobre las actuaciones

No es sólo que se hayan reproducido internamente para ampliar ámbitos de poder de los que estaban originariamente cedidos por los Estados. Es que los Estados han incrementado de forma exponencial el número de Organizaciones Internacionales: De las 1422 que existían en 1960 se han pasado a 14271 en 1981 y a ¡64442! (sí, sin erratas, se han multiplicado por cuatro en 20 años) en el año 2011.

Pero ni la capacidad reproductiva de las agencias ni el aumento de las creadas por los Estados es el dato que resulta más relevante que explica su poder. En el momento de su creación adquieren carta de naturaleza y sus prácticas trascienden a las de los Estados: crean sus propias normas internas de procedimiento en desarrollo de los principios de los tratados de creación; crean órganos para la distribución de las competencias asignadas a los que proporcionan una estructura jerarquizada -con lo que se está ponderando la importancia de los poderes atribuidos-; dictan normas de hard y soft law para regular el ámbito de actividad que tienen encomendado; establecen mecanismos de garantías para los derechos afectados por las actuaciones de la agencia y crean mecanismos de ejecución de sus actos. Por todo lo anterior, se exige que tengan formas de ser responsables de su actuación, aspecto en el que dejan mucho que desear hasta ahora.

4.2. *Desempeño ideológico*

La crisis económica ha puesto sobre la mesa el modo de funcionar de estas agencias internacionales. STIGLITZ ya nos puso sobre aviso hace años que en muchos casos habían realizado análisis ideológicos de los problemas que les impedía tomar una decisión correcta sobre cuál era el problema y cuál era la realidad sobre el que habían de aplicar unas recetas económicas que en muchos casos han hecho que “el dolor padecido por los países en desarrollo en el proceso de desarrollo orientado por el FMI y las organizaciones económicas internacionales ha sido muy superior al necesario”²⁶.

La crisis originada en los EE.UU. y que está ocasionada por la desregulación de los mercados financieros cuestiona aún más el modelo de estas agencias, sobre todo si analizamos cuál ha sido su desempeño durante la crisis económica y qué es lo que lo ha ocasionado. Hemos de agradecer la sinceridad del Informe que, sobre dicha cuestión, realizóla

26 STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Taurus (2010).

Oficina de la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional: “la capacidad del FMI para identificar correctamente los crecientes riesgos se vio obstaculizada por un alto grado de pensamiento de grupo, captura intelectual, una tendencia general a pensar que era improbable una fuerte crisis financiera en las grandes economías avanzadas y enfoques analíticos inadecuados. Un débil régimen de gobierno interno, la falta de incentivos para integrar el trabajo de las distintas unidades y plantear opiniones disidentes, y un proceso de revisión que no lograba establecer todas las conclusiones necesarias o asegurar que se siguieran todos los pasos necesarios también fueron factores importantes, en tanto que las limitaciones políticas posiblemente también hayan influido en cierta medida”.

Particularmente, resulta llamativo el desarrollo que hace más adelante sobre las premisas metodológicas de trabajo que lleva a cabo el FMI que inhabilita sus conclusiones: Como señala más adelante el mismo informe, “*el pensamiento de grupo* se refiere a la tendencia entre grupos homogéneos y cohesivos a considerar los problemas solo dentro de un cierto paradigma y a no cuestionar sus premisas básicas (Janis, 1982). La opinión predominante entre el personal del FMI —un grupo cohesivo de macroeconomistas—era que la disciplina de mercado y la autorregulación serían suficientes para evitar problemas graves en las instituciones financieras. También creían que era improbable que se produjeran crisis en las economías avanzadas, donde los mercados financieros “sofisticados” podían prosperar de manera segura en un contexto en que una parte amplia y creciente del sistema financiero funcionaba con una mínima regulación”²⁷.

Por no hablar de los problemas de los miedos a mantener una postura discrepante: “varios altos funcionarios opinaron que el hecho de expresar fuertes puntos de vista en contra de la corriente podía “arruinarles la carrera”. Por lo tanto, las opiniones tendían “a gravitar hacia el centro”y “nuestro asesoramiento se convirtió en procíclico”. El personal técnico veía que las evaluaciones que se adaptaban a la opinión general no eran penalizadas, aun cuando resultaran erradas. Con frecuencia se destacó que la falta de rendición de cuentas era un serio obstáculo para establecer los incentivos correctos”²⁸

Expuesto en las palabras del resumen ejecutivo del informe: “el FMI necesita i) crear un entorno que aliente a actuar con franqueza y tenga en cuenta las opiniones en disidencia; ii) modificar los incentivos para “decirles la verdad a los poderosos”; iii) integrar mejor las cuestiones macroeconómicas con las relativas al sector financiero; iv) superar la

27 Los dos entrecorillados provienen del Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; Desempeño del FMI en el período previo a la crisis financiera y económica: La supervisión del FMI entre 2004-07, (2011). Está disponible en castellano en la web de la Oficina, <http://www.ieso-imf.org>

28 Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; Desempeño del FMI...*op. cit.*, p.27.

“mentalidad de silo” y la cultura aislacionista, y v) transmitir un mensaje claro y coherente sobre las perspectivas y riesgos mundiales”²⁹.

Las pocas páginas de dicho informe constituyen la mejor prueba de los problemas que está teniendo el entramado organizativo internacional que está rigiendo la economía mundial: unos planteamientos ideológicos que defienden la aplicación de los principios del consenso de Washington como única receta económica, a pesar de que algunos de dichos principios están entre las causas de la crisis y otros están ocasionando graves problemas sociales. Y ello sin la posibilidad siquiera de exigirles responsabilidades ya que quedan fuera del ámbito de actuación de los órganos de representación democrática.

4.3. *Asimetría de sus partícipes*

Las consideraciones anteriores nos ponen en el camino de que las consecuencias de la globalización económica para las Administraciones públicas no resultan equivalentes en todos los países. Es una realidad en la que pesan mucho los condicionantes económicos pero que sacan a relucir distintas formas de afrontar las consecuencias de la globalización. De hecho, nos vamos a encontrar con modelos diferentes en los campos de la economía, del derecho, los efectos de la territorialidad o incluso en los aspectos relativos a las cuestiones jurisdiccionales.

El primer factor de asimetría es, obviamente, el de naturaleza económica. Es una característica central de la globalización, como lo es de capitalismo en su conjunto. La desigualdad es una consecuencia del diferente peso relativo que tienen los Estados en el concierto internacional, que se ha de proyectar necesariamente a las consecuencias de la globalización para el funcionamiento interno. Es una asimetría que deriva de la fortaleza económica de los Estados y, al mismo tiempo, de la capacidad que tienen las empresas originarias en cada uno de ellos de actuar como sujetos del mercado global.

Es una situación de asimetría por poder económico, lo que permite que la configuración de las políticas en las organizaciones internacionales económicas no resulte equivalente; aunque pretendidamente se parta de la igualdad entre los Estados y las reglas sean formalmente equivalentes para todos ellos. El peso distinto que afecta a la capacidad de presionar en una determinada posición e incluso a la capacitación técnica en determinados sectores. Es algo que ocurre incluso en organizaciones internacionales que tienen una base cooperativa, como ocurre con la OMC. En las palabras de GONZÁLEZ MARTÍNEZ-TABLAS “son, en apariencia, los más democráticos de los utilizados en los organismos económicos internacionales, ya que el voto no se pondera por la importancia económica

²⁹ Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; Desempeño del FMI...*op. cit.*, p. vi.

de los países y hay una práctica establecida de consenso; sin embargo, la realidad es que la capacidad de participación de los países es muy desigual, los métodos de trabajo tienen escasa transparencia, los grupos de presión intervienen de forma efectiva, las agendas son sesgadas y las propuestas de resolución no recogen a menudo las posiciones discrepantes de países subdesarrollados”³⁰.

En principio, la constitución de sistemas regionales de integración económica, cumple la función de atemperar estas diferencias si se logra una política integradora, que a través de fondos de diversa denominación permitiera la convergencia de las economías integradas en la antigua CEE. Fue el modo de proceder de la Europa durante muchos años. La realidad actual, sin embargo, ha hecho desaparecer esa tendencia y ha abierto la puerta a nuevas modalidades de asimetría. Son las consecuencias de la ampliación masiva para ganar mercados y de la imposibilidad económica de mantener una política de cohesión teniendo en cuenta el amplio número de países y la diferencia económica.

Pero para resaltar el valor de la asimetría en el seno de los sistemas regionales me quiero fijar en el ejemplo que afecta a un país que no es de las últimas ampliaciones, sino que está en la CEE desde 1980: el debate sobre el rescate a Grecia hacía que “el destino de Grecia se decide en el Parlamento alemán”, debate que lo que estaba planteando es las cesiones de soberanía que tenía que hacer Grecia para recibir el segundo paquete de “ayudas”. Es una mera situación de poder fáctico dentro de Europa, que está además condicionado por actuaciones oscuras para que Grecia accediera al Euro. Pero desde el punto de vista de la soberanía el impacto es brutal, tanto de legitimidad, como incluso de operatividad democrática.

El problema es aún más grave si tenemos en cuenta que Europa ha hecho de la diferencia su esencia actual. Una separación que es tanto jurídica como práctica: “en el seno de la Unión Europea hay outsiders exteriores e interiores. Los outsiders exteriores son los que sólo pertenecen a la Unión Europea y no tienen el euro. Los outsiders interiores son los que si bien tienen el euro dependen de la ayuda económica de otros países. Los países deudores forman así lo que podríamos llamar una nueva <clase> baja de la Unión Europea. Tienen que aceptar recortes en su soberanía y vulneraciones de su dignidad. También el derecho a la autodeterminación de la democracia disminuye ante la alternativa: aprobación o salida”³¹

Pero es un factor de desigualdad económica entre Estados que convive con otros dos especialmente importantes: por un lado, la situación de desigualdad que tienen los países periféricos frente al empuje de las compañías transnacionales especialmente activas

30 GONZÁLEZ MARTÍNEZ-TABLAS, A. “Actividades económicas en el exterior y globalización” en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., Comercio exterior, Editorial Iustel (2009), pp. 33.

31 BECK, U. Una Europa alemana, Paidós ibérica (2012), p. 41 versión electrónica (capítulo II.3.)

en la explotación de los recursos naturales. La posición de preeminencia que han tomado gracias a la globalización estas compañías hace que se encuentren en disposición de modificar políticas, cambiar regulación que afecten tanto a derechos civiles, sociales como económicos.

De hecho, hay que recordar como factor importante de esta Y, en segundo lugar, la presión que realizan los grandes estados hacia los periféricos y ultraperiféricos en la determinación de sus políticas económicas a través de las condiciones económicas de acceso al crédito, lo que en ocasiones incluso sirve para sufragar los propios gastos que ha existido para amortización de algunos problemas económicos, como ocurre con la amortización de los préstamos concedidos por los Estados Unidos y Alemania a sus bancos para hacer frente a las obligaciones derivadas de la crisis financiera que estamos padeciendo desde 2008 y cómo esto está repercutiendo en el coste financiera de la deuda pública de países periféricos como Italia o España.

La diferente situación de poder entre los Estados se está manifestando, en una tercera variante de esa situación de dominio interestal. La aptitud de los estados para la transferencia de lo que se podría denominar como “tecnología institucional”, esto es, la imposición de sus valores y sus reglas e instrumentos jurídicos, está abriendo una brecha considerable entre aquellos que tienen capacidad de preservar sus reglas y los que tienen un mayor grado de permeabilidad. La permeabilidad jurídica está vinculada, asimismo, a la fortaleza económica, en la medida en que en los últimos años se ha podido apreciar como las ayudas económicas a los Estados venían como consecuencia de hacer cambios estructurales que incorporaran un determinado modelo jurídico y económico. Las instituciones financieras internacionales han actuado, de este modo, como propagadores de ese modelo jurídico de origen norteamericano.

Pero la asimetría, unido al déficit regulatorio sustantivo, está conduciendo a la situación de que el dumping social y ambiental está siendo utilizado como mecanismo para atraer inversiones. No hay más que leer periódicamente los problemas con determinadas marcas de “prestigio social” que tienen deslocalizadas sus actividades en países asiáticos o africanos. Hay, al mismo tiempo, Estados que han hecho de la carencia de requisitos ambientales casi una seña de identidad lo que se ha traducido en la aparición de situaciones como las de los pabellones de conveniencia en relación con la marina mercante; o en la propia configuración de los territorios off-shore que tanta importancia están teniendo en el comercio internacional.

Asimetría que puede ser entre países pero también entre territorios. Es un fenómeno conocido el de las exclusiones parciales en el territorio de los Estados del cumplimiento de los requisitos sociales ambientales o fiscales. Pueden ser sectores económicos los beneficiados (como ocurre con los casos de los centros de coordinación que permite

la legislación fiscal belga para las empresas de márketing, publicidad o asesoramiento legal)³² por razón del territorio, como ocurre con ciertos territorios británicos como las islas del Canal.

5. El Auge de los Sistemas Regionales de Integración Económica: El Caso más Intenso de la Unión Europea

Esta época global es también la época de los sistemas regionales de integración económica. Es cierto que su origen³³ no está vinculado a la globalización, pero no puede obviarse que no suponen sino una potenciación de los elementos de la globalización y, de hecho, el gran impulso lo han recibido en el momento en que se estaba asentando la globalización. Todo ello con el espejo de la Unión Europea, que ha actuado como catalizador del fenómeno, constituyendo un modelo para el resto de los sistemas, tanto por las ventajas económicas para los países como por haber servido como instrumento para el olvido de viejas rencillas entre Estados que condujeron a guerras.

La formulación actual de los sistemas regionales permiten por un lado un incremento de las libertades económicas que están en la esencia del Consenso de Washington. Todo el desarrollo y fortalecimiento de la Unión Europea se ha realizado a partir de la extensión de la libre circulación de personas y capitales (y últimamente servicios), especialmente partiendo de la interpretación que ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De hecho, la última gran directiva general sobre las libertades comunitarias, la Directiva de servicios, se ha considerado una Directiva recopilatoria de la jurisprudencia del TJUE.

Es cierto que, al igual que se acostumbra a decir que para moverse en un entorno global las empresas han de tener un tamaño grande, a través de los sistemas regionales se está proporcionando una respuesta similar ya que permite moverse mejor a los poderes públicos en un entorno global³⁴; aunque para ello los resortes institucionales han de estar

32 La relevancia del fenómeno es tal, que por ejemplo, la empresa alemana de producción de automóviles BMW centraliza un tercio de todos los beneficios del consorcio en Bélgica a pesar de que allí produce un solo vehículo.

33 Sin ánimo de ser exhaustivos, recordemos que el fenómeno de las organizaciones regionales internacionales se inicia en América a finales del siglo XIX con la Unión Panamericana y se desarrolla mediante sucesivas conferencias interamericanas en el periodo de la Sociedad de Naciones para consolidarse, por último, con la creación de la Organización de Estados Americanos en 1948. Mientras que en Europa, pese a los diversos proyectos favorables a una institucionalización regional en el periodo ginebrino, ésta solo se alcanza con la creación del Consejo de Europa en 1948. A la que siguen muchas otras instituciones europeas, entre ellas la O.C.D.E. y las Comunidades europeas, que surgen entre 1950 (C.E.C.A.) y 1958 (C.E.E. y C.E.E.A.). Nótese, en todo caso, que de los que fueron relevantes en su momento la única que permanece como gran sujeto para la integración regional y, de hecho, como se ve en el texto, se ha transformado en un modelo que está siendo imitado.

34 CASTELLS, M., *La era de la información...*, Op. cit. p. 296.

afinados, claro es, dado que el ejemplo de la moneda única europea puede ser indicativo de lo contrario. Pero a partir de la premisa del aumento de tamaño, los sistemas han configurado unas estructuras que quieren ser imagen del Estado: tienen una asamblea parlamentaria, un órgano ejecutivo de gobierno y un órgano de resolución de controversias.

Si nos preguntáramos por qué, desde un punto de vista jurídico, han alcanzado esta fortaleza la respuesta la podremos encontrar en el hecho de que las competencias que tienen asumidas son de naturaleza general. Y que las cláusulas de poderes implícitos han permitido completar los poderes que le atribuyeron inicialmente los Estados, con implicaciones muy grandes en el propio diseño constitucional. De hecho, podemos hablar de que ha habido mutaciones constitucionales “que dan un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada”³⁵, que, de este modo, van a tener una capacidad muy limitada de modificar este modelo regulador. De hecho, si tomamos el ejemplo de lo ocurrido con la Directiva de servicios y, en particular el contenido del artículo 16, “diverge del artículo 49 y de la interpretación que le ha sido atribuida por el TJCE con la finalidad de hacer avanzar los intereses de la Unión, en detrimento de los poderes de los Estados miembros”³⁶. Y, por ello, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 5, en la medida en que excede “de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

Entre las reglamentaciones utilizados para el refuerzo de los poderes europeos en detrimento del de los Estados ocupa un papel primordial el Derecho de la competencia, que aparece como cláusula transversal de regulación, tal como veremos con posterioridad. El ejemplo de la regulación de la energía (que no ha sido tradicionalmente una política comunitaria) y su conexión con el derecho de competencia y el mercado interior sirve como ejemplo de este aumento de competencias por la vía de los poderes implícitos.

La utilización de esta cláusula transversal plantea el problema de la reducción de los elementos sociales de la regulación, como ha mostrado la jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas sociales en la contratación pública, que han limitado sustancialmente el uso de los contratos como instrumento de política social. De hecho, en los sistemas regionales de integración económica, y muy especialmente en la Unión Europea, es donde más se percibe el hecho de que “ha crecido de forma desmesurada el Derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento”³⁷.

35 MUÑOZ MACHADO habla de “restricción que inevitablemente produce en la libertad de opción del legislador respecto a la ordenación de la economía”. MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones...”; *op. cit.*, p. 4

36 PEGLOW, K., “La libre prestación...”, *op. cit.*, p. 105.

37 SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)», en el diario *La Ley*, núm. 6715.

Si desde una perspectiva material, esta condicionada la capacidad de los estados, como fácilmente se puede apreciar si se analiza la actividad de las instituciones comunitarias con respecto a la administración nacional, que, en multitud de campos (política monetaria, pesca, agricultura, ganadería...) prácticamente ha perdido toda relevancia. Ello ha de complementarse con un aspecto especialmente relevante: disponen de mecanismos coercitivos a través de los órganos de resolución de controversias que garantizan la efectividad de las decisiones.

En el caso del Derecho europeo, existen mecanismos jurisdiccionales cuya finalidad es precisamente ésta, la del control por parte del Tribunal de Justicia del grado de cumplimiento del Derecho europeo: el recurso por incumplimiento sirve para el control de actos (leyes, decretos, decisiones administrativas, etc.) o de hechos (prácticas administrativas, etc.) y puede ser igualmente consecuencia de comportamientos positivos (acciones) o negativos (abstenciones u omisiones). Incluso, recientemente, el propio presupuesto de los Estados se puede condicionar -con multas coercitivas en paralelo- en los supuestos en los que nos encontremos ante supuestos de déficit excesivos, tal como lo recoge el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza suscrito para los países de la zona euro en marzo de 2012.

6. Entidades Privadas Encargadas de la Gestión de Asuntos Públicos

La globalización ha permitido el nacimiento/fortalecimiento de entidades privadas a las que se atribuye /asumen la gestión de asuntos públicos. Sería el caso del ICANN, la Agencia Mundial Antidopaje o el Consejo de Administración de Pesquerías o el Instituto de Standarización. A ellos se ha añadido todos los fenómenos de externalización de actividades en donde las Administraciones públicas han encomendado el diseño de sus políticas a terceros o a mecanismos mixtos de colaboración público privada.

7. El Debilitamiento del Estado: Constancias y Perspectivas

Los elementos analizados en los dos últimos epígrafes nos conducen a una conclusión clara: el debilitamiento de los Estados. Partiendo de la relatividad que tiene la expresión debilitamiento, el debate se puede situar en si lo que nos encontramos es ante una redefinición de los poderes estatales o ante otra circunstancia. Naciones Unidas en el año 2001, “la globalización no ha debilitado a los Estados, pero ha cambiado sus roles. Los Estados han dejado de ser los proveedores universales para convertirse en catalizadores, habilitadores, protectores, orientadores, negociadores, mediadores y constructores de consensos. La globalización está produciendo un nuevo orden de redes, asociaciones, partenariados entre los gobiernos, los ciudadanos y las empresas, fortaleciendo la influencia

del público en las instituciones y los gobiernos. (...) Para esto no sirven las viejas estructuras burocráticas decisionales jerárquicas. Las estructuras monocráticas compactas, piramidales, que constituyen el legado del racionalismo del siglo XVIII ya no representan la realidad de las administraciones públicas contemporáneas”.

Es cierto que la soberanía nunca ha tenido un carácter absoluto, ya que siempre ha habido factores externos que han reducido el ámbito de los poderes del Estado. Es algo que tiene numerosos contornos pero que resulta fácil de entender con la mera constatación de la desigualdad entre los Estados, que se ha manifestado en las debilidades de las relaciones de vecindad o en las propias condiciones de acceso al crédito, lo que constituye una constante a lo largo de la historia. Esta desigualdad es tan consustancial que incluso la Resolución de la ONU 2625 (XXV) respecto a la “igualdad soberana de los Estados”, estos “son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole”. No olvidemos que el Derecho Internacional es el principal elemento de reconocimiento jurídico de esta desigualdad entre los Estados: la composición del Consejo de Seguridad de la ONU es el prototipo de la desigualdad. El Derecho Internacional ha supuesto un elemento disuasorio en cuanto a la extensión de los poderes de los Estados, más allá de las debilidades que se pueda pensar de este sector del ordenamiento jurídico.

La situación actual ha cambiado. Desde luego, hay datos prácticos que nos permiten afirmar la debilidad actual del Estado en un contexto global: los problemas de seguridad frente al terrorismo internacional o el crimen organizado son la punta del iceberg de una realidad en la que el Estado ha de incrementar sus relaciones de cooperación con otros Estados. Las propias dificultades de negociación con las grandes corporaciones transnacionales, nos impulsa a pensar en las ventajas de las soluciones coordinadas. Y de hecho, se puede afirmar que ni siquiera un poder militar cualitativamente importante permite para la mayor parte de los Estados garantizar la seguridad interior. La permeabilidad que proporcionan las redes de comunicaciones es un agujero por el que se puede diluir la más férrea de las fronteras.

Pero cuando se examinan las causas del debilitamiento del Estado hay causas que no derivan sólo de la realidad cambiante y del impacto de las tecnologías de la información y la comunicación. Ni siquiera es que el marco de referencia esté establecido en sus principios básicos en el soberano supraestatal difuso. El marco económico de la globalización ha conducido a determinados cambios en la estructura y modos de funcionar el Estado que han coadyuvado a mermar su capacidad de intervención en la vida social y económica, cuestionando la percepción clásica de la Administración pública como el ente que “personifica el poder del Estado, es, por ello, una potentior persona, un personaje poderoso”.³⁸

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo I, Ed. Civitas, 8ª Ed., Madrid (1997), p. 43.

En el caso de las Administraciones Públicas, se ha producido una doble pérdida de poder. Así, a esta cesión de ámbitos de decisión a las entidades internacionales, formalizada jurídicamente, hay que añadir la cesión práctica de ámbitos de actuación que han venido desarrollando los entes públicos, en aplicación de los principios del denominado consenso de Washington, cuyo origen data de 1989³⁹ y el Informe de la Trilateral sobre la crisis de la democracia⁴⁰. Como es conocido, la idea central que se desprende de este informe es que la crisis de la democracia deriva de la sobreprotección de derechos y reclamaciones ciudadanos. Por ello, las recetas que se proponen son eliminar el peso de la política y sustituirlo por el de la técnica; la participación popular y sustituirla por la actividad de los expertos; la sustitución de lo público por lo privado; dejar de lado el papel del Estado e impulsar al mercado y eliminar el poder central de los Estados para sustituirlo por el de entidades locales y regionales, más pequeñas y manejables. A partir de estas premisas se produjo la reconstrucción teórica del Estado con arreglo a los principios neoliberales que, precisamente ha hecho bandera de dos grandes silencios, el relativo al Estado (que tiende a ser eliminado) y el de los excluidos sociales. Las negativas consecuencias de todo ello se pueden observar fácilmente.

Ahora bien, no es sólo que las Administraciones públicas cedan poderes en el contexto global para encomendarlos a entidades transnacionales. Es que, además, cuando el ejercicio de dichos poderes vuelve al interior del Estado, para cumplir con la obligación de transposición de disposiciones aprobadas en instancias superiores, nos encontramos con que los agentes económicos han encontrado una liberación de las posibilidades del Estado de ejercer el control político y jurídico, ya que la competencia reside en órganos superiores, caso de que dispongan de alguna forma de control, lo que no siempre ocurre. Nos encontramos, de este modo, ante la situación paradójica de que por un lado pierde capacidad de intervención como consecuencia de la dinámica globalizadora y, al mismo tiempo, sigue siendo un eje central en la medida en que la implementación de muchas de las medidas pasa precisamente por el Estado.

En este sentido conviene se puede afirmar, tomando las palabras de CASTELLS, que “el estado-nación cada vez está más sometido a la competencia más sutil y más preocupante de fuentes de poder que no están definidas y, a veces, son indefinibles. Son redes de

39 Concretamente, el consenso de Washington tiene su origen en el documento “What Washington Means by Policy Reform”, de John Williamson (accesible en <https://edisk.fandm.edu/min/IST-325-Ecuador/What-Washington-Means-by-Policy-Reform.pdf>) Con la expresión, originariamente se quiso hacer referencia a las medidas que las grandes organizaciones internacionales requerían para un desarrollo estable en América Latina. No obstante, con posterioridad pasó a ser la expresión con la que se determina el programa económico neoliberal.

40 Recordemos que el consenso de Washington tiene su origen en el informe realizado para la trilateral: CROZIER, M, HUNTINGTON, S.P. y WATANUKI, J. *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*; New York University Press (1975).

capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos militares supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública. (...) Asíque, aunque los estados-nación continúan existiendo, y seguirán haciéndolo en el futuro previsible, son, y cada vez lo serán más, nodos de una red de poder más amplia⁴¹. De las ideas que sintetizan el funcionamiento actual del Estado posiblemente esta de la competencia resulte la más importante.

7.1. Privatización: un concepto polisémico de debilitamiento público

El auge de la globalización ha sido el momento en el que más se ha desarrollado el fenómeno de la privatización, en sus diversas modalidades. La privatización ha alcanzado diversos ámbitos del funcionamiento administrativo, tanto en el plano organizativo –manifestado esencialmente con la enajenación de empresas públicas– como en el del Derecho aplicable al funcionamiento de los entes públicos, mediante la sustitución del Derecho administrativo por el Derecho privado. A estas vertientes de la privatización, que son las más analizadas, habría que añadir la otra vertiente de la privatización, la que no se exterioriza tanto: la de la socialización de costes y privatización de beneficios, que constituyen una constante desde los años setenta.

La **privatización de empresas públicas** es una de las reglas esenciales de las políticas que se han venido aplicando desde los años 90 del siglo pasado⁴² y que está incluida en el Consenso de Washington. La privatización no ha respondido a un único modelo ni a una única periodicidad. Así, se puede encontrar privatización mediante la enajenación de empresas públicas con mantenimiento de la titularidad de la actividad (que sería la versión más suave) y, en su vertiente más radical (y por ello deseada desde estos ámbitos propensos a la ampliación de los ámbitos de actividad económica para los particulares, con paralela desaparición de las empresas públicas), de despublicatio de la actividad, que también se encomienda a los agentes económicos. Se trata de un proceso que, de una u otra forma ha alcanzado a todos los países⁴³ y que, en los planteamientos de los promotores del Estado mínimo debería conducir a que sólo las corporaciones económicas fueran las productoras de bienes y servicios, que se podrían obtener libremente en el marco de la economía globalizada.

41 CASTELLS, M., La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 2. El poder de la identidad, Alianza Editorial, Madrid (1998), p. 334.

42 Entre nosotros, por todos, véase ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Marcial Pons, Madrid (1993).

43 Sobre la evolución de este proceso de privatizaciones, por todos véase ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado... op. cit., pp. 215 y ss. En todo caso, sobre la privatización en el marco de la Unión Europea, se puede consultar MARTIN, S. y PARKER, D., The impact of privatisation. Ownership and corporate performance in the UK. Industrial Economics Strategies For Europe, London (1997); GERONIMO CARDIA, C., Profili giuridici della privatizzazione, Torino (1994).

En efecto, desde los planteamientos económicos neoliberales que se han venido aplicando, resulta incompatible con el Estado neutral que se está creando la pervivencia de grupos industriales públicos, en la medida en que resulta contrario a los principios de partida: la presencia de la empresa pública supone la socialización de los beneficios e impide, paralelamente, la creación de nuevos espacios económicos o mercados para la actividad económica privada. A ello se añade el dato dialéctico de la supuesta ineficacia de las empresas públicas por comparación a la que tienen las empresas privadas. Hoy analizando las causas de la crisis económica, que ha sido esencialmente una crisis de empresas privadas -construcción, seguros y sobre todo servicios financieros- que ha tenido que socializarse no parece que deba insistirse demasiado en que es una mera falacia ideológicamente interesada.

Como también es una afirmación interesada el decir que la privatización de las empresas públicas iba a permitir la creación de un “capitalismo popular” tal como lo decía Margaret Thatcher. El acceso a la propiedad de mucha gente -modo preferente de realizar estas privatizaciones, a través de ofertas públicas de ventas de acciones- no se traduce en un control por parte de ellos de la empresa. Antes al contrario, ha permitido que un porcentaje reducido de acciones, inferior al 1% se puede disponer del control societario. Esto supone dejar el control de empresas estratégicas para la defensa de intereses privados, que en ocasiones, como ha sido el caso español, han sido nominados desde las instituciones públicas privatizadoras. Los instrumentos que pretendió mantener el Estado, articulados sobre las distintas modalidades de la acción oro fueron anulados por el Tribunal de Justicia Europeo en aras de mantener el derecho de la competencia. Sólo en algunos casos queda el reducto del servicio universal, aunque desde luego no es comparable a la situación anterior.

Tampoco resulta adecuado el argumento de razones de carácter presupuestario que permitirán eliminar los continuos déficits de muchas de las empresas en pérdidas (si se pueden vender, claro es). La privatización de los años 90 fue de las empresas rentables que permitieron una entrada considerable de dinero en los erarios públicos que se destinó esencialmente a la reducción del déficit y la deuda. Los beneficios a corto plazo se agotaron, derivado de la no entrada de beneficios anuales de las empresas, sólo sustituidos muy escasamente por los impuestos de sociedades -que es uno con mayor desproporción entre tipos legales y tipos reales que pagan las empresas-. En esta línea, se puede comprobar cómo esta privatización se ha acompañado de una reducción de impuestos que afecta cualitativamente a las rentas más altas y a las no derivadas del trabajo.

La segunda modalidad de privatización es consustancial a los países de la Europa continental que han vivido bajo un régimen de Derecho administrativo, frente al régimen anglosajón en donde hay una equivalencia superior con el Derecho privado. Desde mediados de la década de los ochenta, se ha producido un proceso de **privatización del Derecho aplicable a la Administración**, de “huida del Derecho administrativo”, para ubicarse por razones de flexibilidad en el campo del Derecho privado, de muy diversas

formas: uso de personas instrumentales, recurso a contratos atípicos, fomento del arbitraje y otros medios extraprocerales de resolución de conflictos. Incluso en el campo del Derecho administrativo la privatización ha llevado a la admisión de las formas transaccionales de terminación del procedimiento. Todo lo cual entronca en la visión del dentro de una dinámica general de entender el Derecho administrativo como un Derecho contra la administración, no de la gestión pública, para lo cual el recurso a estas fórmulas privadas, sin las presunciones de legalidad y legitimidad de los actos administrativos y sin el régimen procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa, se favorece bastante. Es una constante de los últimos años aunque se ha acrecentado en los últimos tiempos⁴⁴

Desde el primer punto de vista, ello supone asignar a la sociedad costes de producción de las empresas, dándoles el carácter de costes ajenos, sufragados por la sociedad en su conjunto a través de los impuestos (así, los costes medioambientales que son limitadísimo pagados por las empresas contaminantes, o, por tomar un ejemplo concreto, el coste de las centrales nucleares que estamos abonando a través del recibo de la electricidad). Desde el segundo punto de vista, se atribuyen beneficios a empresas que no han arriesgado capital ni han participado en su generación como son los continuos convenios que se realizan con empresas hospitalarias o los educativos⁴⁵. Las modalidades de colaboración público privada estarían en esta línea⁴⁶.

7.2. *Agencias administrativas independientes*

En Europa continental el cambio más importante que ha habido en la estructura administrativa ha sido el de la introducción de las agencias administrativas independientes. Pese a su origen estadounidense⁴⁷, es un modelo que ha alcanzado su solidez a través de

44 Como señalara Nieto hace algunos años, y es una tendencia que se manifiesta cada vez más, “el Derecho Administrativo se escapa de la mano de los administradores para caer en las de los abogados y de arte de administrar pasa a ser el de limitar a la Administración. Lo contencioso adquiere cada día mayor importancia y hasta se substantiza en una determinada bibliografía. Pero lo realmente importante es que todas y cada una de las instituciones empiezan a verse con esta óptica forense. Y, como consecuencia de ello, los principios motores de la interpretación y del progreso del Derecho Administrativo van a colocarse en los Tribunales y no en la práctica administrativa. En una palabra, el Derecho Administrativo no es el Derecho de la Administración, sino contra la Administración”. NIETO GARCÍA, A.; “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo” en la *Revista de Administración Pública* nº76 (enero-abril 1975), página 20

45 Sobre esta cuestión, véase CAPELLA, J.R., *Los ciudadanos siervos*, Ed. Trotta, Madrid (1993), en particular, pp. 99 y ss.

46 Una perspectiva crítica se puede ver en el primer capítulo de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Colaboración público privada e infraestructuras de transportes*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid(2010).

47 Recordemos que el primer caso de agencia administrativa independiente fue la Interstate Commerce Commission, creada en 1887. Sobre este modelo estadounidense de las agencias, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *El alcance del control judicial de las Administraciones públicas en los EE.UU. de América*. McGraw-Hill (1996), pp. 9 y ss.

la integración del Derecho comunitario europeo, ya que las Directivas hacen referencia continua a la existencia de estos organismos reguladores independientes. En nuestro país, después de una primera recepción, ha adquirido carta de naturaleza a través de la Ley 2/2011, de 4 de abril, de Economía Sostenible, que ha articulado incluso unas reglas generales para los organismos reguladores

La articulación de una serie de reglas sobre el nombramiento y destitución de los miembros de los órganos directivos, así como la separación funcional de la cadena jerárquica son las reglas básicas que permitirán disponer de esta autonomía. Cuestión distinta es que en la práctica puedan existir comunicaciones entre los órganos políticos y estas agencias. Tal como aparecen recogidos en las normas son los únicos soberanos en sus ámbitos materiales, ya sea desde el punto de vista organizativo, normativo, presupuestario. Esto es, se crea una especie de “feudo” en materia de competencia en el que las agencias reguladoras son las soberanas.

Es un modelo de administración que persigue que la actividad administrativa sobre la economía se realice bajo un paradigma que “neutralizando su función, el sector sobre el que se proyecta no se ve contaminado políticamente, o sea, se neutralice políticamente un sector de la actividad social”⁴⁸. Se trataría de decisiones basadas esencialmente en principios de derecho de la competencia en donde, aparentemente con una considerable reducción de la carga discrecional, lo que permite que los operadores económicos tengan un marco estable de regulación. El ámbito de sus funciones se limitarían, recogiendo lo dispuesto en el artículo 1 del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en defensa de los consumidores y usuarios”. Téngase en cuenta, además, que disponen incluso de resolución de los conflictos que puedan surgir; quedando a salvo, en su caso, el posterior control por parte de los Tribunales contencioso-administrativos.

Es un modelo que choca con la configuración constitucional de la Administración pública. Recordemos lo que dispone el artículo 97 de la Constitución: “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. Tres quiebras se encuentran: no dirige toda la Administración, ya que aspectos relevantes de la administración económica quedan fuera de su ámbito de actuación. No dirige toda la política interior, y estas agencias hacen política ¿qué otra cosa puede ser la opción entre diversas políticas monetarias? y tres, las agencias ejercitan de forma autónoma la potestad reglamentaria. Si tenemos en cuenta las reflexiones que hizo MUÑOZ

48 BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid (1994) p. 27.

MACHADO, sobre las consecuencias que tenía el modelo de las agencias sobre el régimen de distribución de competencias, ha tenido un efecto de recentralización de poderes en el Estado⁴⁹. Sólo entendiendo que ha habido una masiva mutación constitucional en el Derecho público económico por influjo de la incorporación del Derecho comunitario europeo podríamos salvar algunas de los problemas que se acaban de plantear.

El modelo de las agencias administrativas como entidades autónomas de la dirección política del Gobierno plantea problemas. Usualmente, suelen tener una percepción limitada de los intereses generales, debido a que tienen focalizada su actuación en el campo de la competencia. Esto hace que sus análisis suelen resultar reduccionistas, especialmente a la hora de analizar la introducción de criterios de naturaleza social o ambiental, que se suele contemplar desde la perspectiva de la distorsión que provoca en la competencia. Así, se puede recordar el contenido de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la instalación de sus infraestructuras y la valoración; resoluciones en las cuales no se ponderaban adecuadamente todas las implicaciones urbanísticas y medioambientales. O incluso el poco campo que dejó para que los propios municipios prestaran servicios por vía inalámbrica en zonas públicas constituiría otro ejemplo de esta “visión reducida” de la percepción de los intereses generales.

En segundo lugar, la experiencia de los EE.UU. muestra también hay una excesiva vinculación entre el personal de las agencias y los regulados. En los años 60 y 70 se constató que la independencia para cumplimiento de funciones técnicas había conducido al sometimiento de los reguladores al dictado de los agentes económicos que tenían que estar regulados como consecuencia de la relación tan estrecha que tenían gobernado y gobernante⁵⁰. Y sin necesidad de entrar en las delicadas cuestiones que plantea el secuestro, hay dos problemas que no se pueden obviar: por un lado, que las agencias suelen tener un tamaño demasiado limitado para evitar que se produzca la empatía entre regulador y regulado. Por otra parte, no podemos olvidar que la capacidad de influencia de los grandes operadores económicos son muy superiores al de las propias agencias, debido esencialmente al asesoramiento técnico y a los instrumentos de divulgación y promoción que tienen; muy superiores del que pueden disponer las propias agencias. Recordar aquí la participación de los miembros de las agencias en algunas de las actividades que desarrollan éstas y el efecto lobby que le acompaña no es gratuito.

49 Sobre esta cuestión, véase MUÑOZ MACHADO, S. “Las modulaciones de competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías”, en la *Revista de Administración Pública*, nº153 (2000), pp. 195 y siguientes.

50 De hecho, existe toda una “teoría del secuestro” de las agencias independientes por parte de las empresas, que se exterioriza en el dicho de que estas deben “care and feedind of regulator”(cuidar y echar de comer a los miembros de las comisiones), tarea que realizan con esmero. Sobre esta cuestión, por todos, véase FREEDMAN, P.; *Crisis and legitimacy. The administrative process and American Government*, (1982).

7.3. *Una perspectiva económica particular: los problemas de la contención del déficit pública*

De todas las peculiaridades que está presentando el debilitamiento de las Administraciones públicas, la que está resultando más relevante es la de la reducción de la capacidad económica de los Estados. En este punto, hay dos aspectos que confluyen y que se van a explicar someramente: por un lado, la aplicación de uno de los principios esenciales de política económica incluidos dentro del denominado consenso de Washington, la contención del déficit público está limitando la capacidad de aplicar políticas de signo inversor, dejando en consecuencia ámbitos más amplios a la actividad de los operadores privados. Y, en segundo lugar, las políticas de reducción de la presión fiscal están condicionando las políticas públicas que se pueden aplicar.

Uno de los principios económicos actuales es la reducción del déficit público, articulado sobre la denominada estabilidad presupuestaria que está contemplado en el artículo 135 de la Constitución⁵¹. Es una idea generalizada -salvo para los EE.UU.- que ha tenido su juridificación europea en el principio de estabilidad presupuestaria. Dicha previsión está incorporada en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵², que dispone sucintamente que “los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos”. La existencia de un déficit excesivo deriva, como es conocido, de la concurrencia de dos elementos vinculados al Producto Interior Bruto, de acuerdo con lo señalado en el Protocolo número 20 del Tratado, relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estados se concretan del siguiente modo: el déficit público no supere un valor del 3% del PIB y, adicionalmente, que la proporción entre deuda pública y producto interior bruto no rebase el valor del 60%. Más allá de las consideraciones anteriores, hay tres aspectos que son destacables en el marco de la globalización.

Por un lado, el uso de la ingeniería jurídica-financiera como instrumento para eludir los niveles de déficit, en una actitud que, en el ámbito europeo, ha sido fomentada por la Oficina estadística de la Comisión europea, Eurostat, y que equipara el comportamiento

51 Sobre la vinculación entre la estabilidad y la globalización, es ilustrativo lo que dispone la exposición de motivos de la Reforma de la Constitución, aprobada el 27 de septiembre de 2011: “Más de treinta años después de la entrada en vigor de la Constitución, formando parte España de la Unión Económica y Monetaria Europea, que consolida y proyecta sus competencias en el marco de una creciente gobernanza común, y siendo cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera, la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos.

52 Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea.

público al privado. A ello se añade las dificultades en cuanto a un comportamiento transparente por parte de los entes públicos, fruto de la dificultad de comprobar el efecto directo que tiene una decisión sobre el déficit público y cómo se pondera en relación con los restantes intereses públicos en presencia. Sobre ello volveré en el epígrafe siguiente.

En segundo lugar, el condicionamiento de los resultados de la acción pública de órganos investidos por decisiones poco transparentes realizadas por órganos que no disponen del mismo grado de legitimidad democrática que los gobiernos estatales. Medidas que pueden condicionar el desarrollo de las políticas públicas ir fuera del ámbito temporal de un período electoral y, por tanto, sin tomar en consideración la voluntad exhibida por la ciudadanía en las urnas.

No podemos olvidar que al amparo del principio de estabilidad presupuestaria el artículo 5 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria permite que “la Unión Europea establecerá un programa de colaboración presupuestaria y económica en el que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar y aplicar a fin de garantizar una corrección efectiva y duradera de su déficit excesivo”. Nótese que asumiendo como principio de funcionamiento el de estabilidad -cuya virtualidad podría ser discutida en estos tiempos de crisis-, lo que es muy censurable es la asunción comunitaria de las vías que han de cumplir los Estados para los requisitos.

Las políticas económicas que se están imponiendo desde la “Europa alemana” responden a una óptica admisible desde el debate político pero que desde luego dista mucho de ser la única vía para resolver los problemas. De hecho, como se está imponiendo de relieve día a día, las consecuencias sociales de una política económica basada sólo en la austeridad causan un daño social no asumible sin que las ventajas en el corto y el medio plazo se puedan ni siquiera vislumbrar. Suponen un reparto desigual de las consecuencias de la crisis económica que favorece especialmente a las instituciones financieras (muy especialmente a las alemanas) para solucionar su mala práctica anterior a la crisis y que por ello debiera poder ser objeto de debate político.

Todo lo anterior nos lleva al gran problema que aparece como consecuencia de la aplicación de las políticas actuales: una peor calidad democrática, que se manifiesta muy especialmente en el condicionamiento de la política económica de aquellas fuerzas políticas que lleven un programa económico que provenga de bases diferentes. El debate planteado en el seno de la Unión Europea sobre los modos de salir de la crisis y, en particular, la discusión entre las políticas de estímulo -propias de modelos keynesianos, que permiten la creación de déficit para estimular el consumo- o la reducción del déficit vía reducción de las prestaciones sociales -propia de modelos neoliberales- es la prueba palmaria de cómo un principio condiciona la acción política de los gobiernos.

La política fiscal suele entrar dentro de las competencias de los Estados. No obstante, el debate que está planteado sobre su reducción -obviamente, eliminando los tipos más elevados en rentas de personales, con lo que el punto de proporcionalidad se alcanza muy pronto; limitando la tributación de capital y la del patrimonio y extendiendo la tributación indirecta- plantea dos tipos de problemas: por un lado, cómo se acometen los gastos de política social, lo que está contribuyendo a la aparición de formas de copago por parte de los usuarios de servicios. Y, en segundo lugar, cómo queda la política redistributiva de la riqueza, clave en un Estado social y que es uno de los objetivos constitucionales de la política fiscal en nuestra Constitución tal y como lo dispone el artículo 31 de la Constitución: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad”. Y aquíno podemos olvidar que la redistribución no sólo se produce a través de la política de gasto sino también a través de cómo se configuran los ingresos públicos.

En todo caso, este debate sobre la reducción de la fiscalidad nos muestra la limitación del poder del Estado. De entrada, es uno de los factores que más se suelen indicar en la competitividad de los Estados, como instrumento para atraer inversiones. Este dato ya de hecho contribuye a rebajar la capacidad de desarrollo de sus políticas por parte de los Estados. Pero, además, siempre tienen la espada de Damocles de los mecanismos para eludir la presión fiscal: no se habla sólo de los mecanismos defraudatorios en el interior del Estado sino sobre todo del peso que toman los territorios off shore, algunos de los cuales se encuentran en el interior de la Unión, como lo muestran los centros de coordinación belgas o la situación de los puertos irlandeses o, más directamente, Estados como Luxemburgo o Chipre. Un debate que en las cumbres internacionales ha estado siempre latente pero que no se han dado los pasos necesarios para su eliminación. No podemos olvidar aquí tampoco la responsabilidad de los Estados originarios de los capitales, en la medida en que el control efectivo de entidades bancarias -con los oportunos levantamientos de velos de personalidades interpuestas- y de particulares no es todo lo intenso que debería ser. No podemos olvidar que es una manifestación de la limitación del Estado.

7.4. Importación patológica de malas prácticas privadas: ingeniería jurídico financiera y contabilidad de diseño

La configuración del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito europeo, a que se ha hecho referencia más arriba, ha permitido exteriorizar la aparición de un fenómeno patológico de algunas empresas privadas: el uso de la contabilidad de diseño, que tanto daño ha hecho en el sector privado, desde el caso Emron al cómputo de los créditos dudosos en las instituciones financieras. Pues esta realidad ha llegado al ámbito público. En la Unión Europea ha sido un elemento clave por cuanto se ha vinculado al

cumplimiento de requisitos cuantificables económicamente tanto la entrada en el euro con la aplicación de los procedimientos de déficit excesivo (que por cierto, no se aplicaron cuando Alemania o Francia estaban en situación claramente negativa en esta materia).

Aquél problema es especialmente grave en la medida en que incluso desde la Oficina Estadística Europea, Eurostat, se han dado las pautas de cómo ha de actuarse en ese punto⁵³. Más aún, ciertos comportamientos que, hasta ahora se creían sintomáticos de entidades privadas, se han producido en el campo de la gestión pública, como lo prueba la manipulación de las cuentas públicas en Grecia con la finalidad de poder acceder a la Unión Económica y Monetaria y, en consecuencia, a la moneda común. Si el fenómeno griego es, aparentemente, patológico puntual, el uso de la contabilidad ha alcanzado una naturaleza estructural en toda Europa occidental. Es el uso excesivo de los instrumentos estadísticos a que haré referencia con posterioridad, que tiene una notable importancia en materia de contabilidad pública por el efecto que ha podido tener sobre la calificación de las agencias de calificación.

Todo ello, claro está, se puede efectuar en la medida en que las reglas del SEC 95 –la norma contable europea– tienen un halo suficiente de indeterminación para que resulte factible. No sólo eso sino que, además, Eurostat en la interpretación de las reglas a efectos del déficit público ha fomentado el uso de la ingeniería jurídica para alterar los efectos sobre el déficit público, como prueba bien a las claras la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra. Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC 95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, que permite mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos. Lo cual no deja de resultar paradójico ya que con ello se abre la puerta a la duda sobre la realidad contable de los entes públicos europeos. Y no estamos hablando sólo del caso griego –en donde hubo una manipulación consciente de la contabilidad pública, incitada por personas que supuestamente después vendrán a solucionar los problemas estructurales griegos– sino de la totalidad del sistema europeo, ya que estas reglas son comunes y se aplican en todos los países que están vinculados a él por estar en la moneda única.

El problema no es sólo de naturaleza económica, sino también política y afecta a la calidad de la democracia actual. En efecto, con las consideraciones anteriores, parece

53 El documento fundamental publicado por EUROSTAT está constituido por el “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado “Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners”(2004).

legítimo plantearse hasta dónde resulta posible un control, político y jurídico, de la actuación de las Administraciones públicas. Podríamos recordar aquí el debate sobre la magnitud del déficit público español de 2012 según se incluya o no el rescate solicitado para reflotar entidades de crédito (lo que parece lógico teniendo en cuenta que el crédito lo solicitó el Gobierno, con independencia del uso que se le dé). El uso político del mismo hace ver cómo se puede jugar con algo contante en el debate político, dificultando el análisis por la ciudadanía. Por no hacer referencia a otro caso que ya se ha mencionado en este estudio, el de la construcción de infraestructuras.

El ejemplo de la construcción de infraestructuras es indicativo de cómo funcionan las cosas desde la perspectiva del control político: se trataría de analizar operaciones complejas, en donde las prestaciones de cada una de las partes están diseminadas en diversos elementos cruzados entre ellos y en muchos casos dependientes de terceros absolutamente imprevisible, esto es, sin un nivel suficiente de concreción. El uso de las entidades instrumentales pone, además, un segundo nivel de dificultad para el control jurídico-político de la actuación de estas fórmulas de colaboración y en donde los efectos sobre la contabilidad y el déficit público han de ser controlados con mucho cuidado para no caer en problemas como los que tuvo la Comunidad de Madrid y el MetroSur. Nótese, por ejemplo, que el aporte de capital a una sociedad mercantil pública no computa a efectos del SEC... Imaginemos el control que se puede hacer en un pleno municipal -por meros problemas de procedimiento- o incluso en relación cuando el contrato lo ha otorgado el Estado y ni siquiera ha de pasar por otro instrumento de control que el que, en su caso, haga el Tribunal de Cuentas. Podemos estar hablando de una decisión estratégica, que condicione la política de los próximos años, como ha ocurrido con la reciente decisión sobre el modo de prestación de los servicios sanitarios, que ha tomado la Comunidad de Madrid.

7.5. Competencia entre entidades públicas

Pasar de una situación de poder con tendencia a ser omnímodo -aunque siempre haya habido restricciones- a poder dependiente de otros entes públicos, supranacionales -y también infraestatales, como veremos más adelante- obliga a cambiar el modo de proceder de las autoridades estatales. El proceso de integración creciente de las economías mundiales por la globalización hace que, partiendo de unos principios comunes, cada uno de los entes públicos haya de configurar un derecho que resulte atractivo a los ojos de los inversores, tanto desde el punto de vista de los contenidos como de los procedimientos de concreción de las soluciones. Casi nada está ganado de antemano en un entorno en el que la deslocalización de las empresas resulta extremadamente sencillo.

El caso que mejor ilustra esta competencia es el procedimiento para la designación de la ciudad sede de los Juegos Olímpicos. Una designación compleja, con beneficios a

corto y largo plazo para la ciudad, en la que una asociación privada, el Comité Internacional Olímpico, acaba suscribiendo un contrato privado con un Ayuntamiento que ha sido elegido en virtud de criterios que tienen que ver con los méritos de las ciudades aunque no sólo ya que la decisión es individual de los miembros del CIO sin necesidad de motivación. Sin duda, se puede afirmar que es el contrato de más relevancia que suscriba nunca la ciudad candidata –con el refrendo del Estado- con una asociación privada –el Comité Internacional Olímpico-, ya que va a tener el efecto de comprometer al Estado es capaz de cambiar la legislación nacional o a suspender parcialmente –por razón del atleta participante en la olimpiada- la aplicación de la normativa sobre seguridad y policía. Y una parte del procedimiento de selección, lo que actúa en el momento de realizar el informe de las ciudades candidatas -que no es determinante de la decisión-, no es sino una competencia brutal entre las ciudades candidatas, en el que participan incluso los propios Jefes de Estado⁵⁴. Este ejemplo de una actividad querida por la mayoría de la población se traspasa a procesos públicos pero sobre actividades controvertidas -el ejemplo reciente de la negociación para la instalación, afortunadamente frustrada, del complejo de casinos *Eurovegas* en la Comunidad de Madrid a través de la configuración de los denominados Centros Integrados de Desarrollo, regulados en la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas-. Su gestión, la tramitación parlamentaria de la norma en paralelo al conocimiento por parte de la opinión pública de las negociaciones con el consorcio que lo quiere implantar ese centro de juego para terminar de definir el régimen de esta actividad en dicha norma, hace que el componente negocial de la ley no se diferencie demasiado de la gestión de los Juegos Olímpicos. Ni uno ni otro resultan novedosos sino que constituyen un modo más de gestionar los intereses generales en tiempos globales. Para ello, se utilizan con profusión ventajas fiscales, otorgamiento de subvenciones, derogaciones especiales de normas y establecimiento de medidas complementarias beneficiosas en los campos de urbanismo y la ordenación del territorio.

Ahora bien, no se trata de la cuestión de atracción de una actividad relevante como pueda ser la celebración de unos Juegos Olímpicos, sino que afecta a la propia configuración de la política económica, una función típica del Estado que en este momento tiene limitaciones sustanciales. Aunque la cita sea un poco larga, merece la pena recordar cómo Rojo, ex-Gobernador del Banco de España, expone esta problemática: “el aumento de la competencia ha alcanzado a las políticas económicas de los gobiernos. En un primer sentido, porque los mercados financieros, globalizados y potentes, provistos de excelente información y con técnicas de análisis, someten las distintas economías a un examen

54 El interesantísimo proceso de elección de unos Juegos Olímpicos, las cesiones que han de realizar los Estados y la complejidad de los elementos objetivos y subjetivos de la decisión están analizado en el excelente libro de CHINCHILLA MARÍN, C.; *Los Juegos Olímpicos: la elección de la sede y otras cuestiones jurídicas*. Editorial Civitas, Madrid (2010).

continuo, dispuestos a abandonar posiciones en activos de todo país cuya evolución y cuyas previsiones no les satisfagan. Los gobiernos han de competir, por tanto, en estabilidad si quieren evitar el castigo de los mercados; las autoridades se ven así sometidas a una presión persistente para que desarrollen políticas monetarias y fiscales disciplinadas. En un segundo sentido, los Gobiernos han de competir en cuanto a sus regulaciones y a sus normas fiscales en un mundo donde la producción y las inversiones se caracterizan por una notable movilidad internacional. Atraer y retener actividades productivas e inversiones exige de los Gobiernos atención a sus políticas de competencia, de estándares, de normas reguladoras de mercados y de impuestos en relación con las aplicadas en otros países”⁵⁵. Nótese, en la línea de lo se acaba de transcribir, dos elementos importantes que reflejan cómo se ha reducido el papel del Estado: por un lado, un elemento central de la política económica -la política monetaria- se ha transferido en el caso europeo a una entidad supranacional, como es el Banco Central Europeo. Más allá de este dato, la exigencia europea -hoy constitucionalizada en el artículo 135- de que no haya déficits excesivos supone una restricción importante al modo en que se estructura la política económica de los Estados, especialmente cómo se pueden articular las políticas en tiempos de crisis económica como la actual. La asimetría que veremos con posterioridad determinará en qué lugar de la balanza se ubica cada Administración pública.

El cambio trasciende lo que es una mera política de atracción de inversiones y se transforma en un elemento estructural del modo de configurar y ejecutar las políticas por parte de las Administraciones Públicas. Posiblemente se podría caracterizar como un acercamiento a los comportamientos de las empresas, tanto en aspectos que pueden reportar beneficios como en otros que resultan más controvertidos. En efecto, como ha señalado en los EE.UU. AMAN, “los Estados han adoptado no sólo la retórica dominante del sector privado sino también cada vez más a menudo las estructuras del sector privado, sus objetivos y sus modos de funcionamiento. Cada vez más, los gobiernos en todos los niveles juegan como si fueran corporaciones transnacionales”⁵⁶. Desde los medios que se utilizan hasta las técnicas que se emplean, se ha producido un cambio cuyas primeras consecuencias no han hecho sino vislumbrarse como la punta de un iceberg.

Aquí son muchos los ejemplos que se podrían traer a colación; algunos de los cuales aparecerán en las páginas venideras de este estudio. Pero, por tomar dos de ellas, en esta reproducción de comportamientos de entidades privadas se ha imitado tanto aspectos que entrarían dentro de gestión pública legal (y discutible políticamente como son las políticas económicas que se están aplicando) como otras que entran dentro de lo que

55 ROJO, L.A., “La economía mundial en el fin de siglo”, en *Claves de la Razón Práctica*, nº65 (1996), p. 5

56 AMAN, A.C., “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy”, en el *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol 31-3 (1998), p.797.

serían zonas dudosas, como podría ser el uso de la contabilidad de diseño y de la ingeniería jurídico financiera por parte de los entes públicos para eludir los niveles de déficit público, utilizando los trucos contables que la propia Oficina Estadística de la Comisión Europea a puesto a disposición de los Estados para la partida más relevante de los gastos de inversión, la construcción de infraestructuras públicas⁵⁷. El caso de la manipulación de las cuentas de Grecia para entrar en el euro puede ser muy ilustrativo, igual que la aplicación de las reglas que ha impulsado Eurostat para la construcción de infraestructuras, que han aplicado todos los estados europeos⁵⁸.

Esta perspectiva competitiva en el funcionamiento administrativo tiene una serie de consecuencias que saltan automáticamente a la luz. Probablemente lo más relevante de todo sea la reducción de la generalidad de las normas y el progreso a lo que se podría definir como *neofeudalización* del ordenamiento. Es una característica sistémica del ordenamiento que es Tomando las palabras de FARÍA, “las instituciones jurídicas forjadas por el fenómeno de la globalización aparentan seguir la línea de un retorno al derecho personal anterior al derecho territorial consolidado con la Revolución francesa. Sólo que es un derecho personal basado no en el nacimiento, en la etnia, en la nobleza, en la religión o en ocupación de sus sujetos, sino en los intereses y, sobre todo, en la voluntad de los actores políticos y económicos con mayor poder de articulación, movilización, confrontación, veto, negociación, decisión con respecto a inversiones y capacidad de generación tanto de empleo como de ingresos”⁵⁹. Se trata, por lo demás de una realidad muy potenciada por el fenómeno desregulador, que afecta a todos sus ámbitos, aunque con particular empeño al ordenamiento administrativo.

La consecuencia directa de lo que se acaba de indicar introduce a las Administraciones públicas en la senda del conflicto o de la competencia. El Estado se ha desprovisto de su aura de poder público y ha de entrar en una especie de *diálogo* con los agentes económicos sobre la concreción del régimen jurídico de las actividades e incluso sobre el foro en el que se van a discutir las posibles discrepancias jurídicas, que no va a ser necesariamente judicial sino que se extienden los mecanismos alternativos de resolución de controversias

La evolución del ordenamiento jurídico ha ido en la línea de impulsar su flexibilidad, tanto que permitan la “definición contractual de lo público”⁶⁰, a través de diversas

57 El documento fundamental publicado por Eurostat sobre la interpretación de los criterios contables del SEC 95 está constituido por el “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado “Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners”(2004).

58 Sobre el uso de la contabilidad creativa en la construcción de infraestructuras puede verse mi estudio Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

59 Así, en este sentido, FARÍA, J.E., El derecho en la economía globalizada, Ed. Trotta, Madrid, pp. 264 y ss.

60 GALGANO, F.; Le fonti del diritto...”; op. Cit., p. 21

fórmulas ya sea mediante leyes negociadas ya sea mediante acuerdos de caballeros con la participación estatal, ya sea haciendo públicos los acuerdos privados⁶¹, esto es, un acuerdo entre los operadores económicos afectados por una regulación, supuestamente limitativa de su actividad, y los entes públicos encargados de dictarla para la fijación de los requisitos que van a resultar exigibles en un determinado territorio, de tal manera que una elevación de los mismos por parte de las entidades públicas se traduciría en un incumplimiento generalizado. Lo que puede conllevar incluso mecanismos de determinación del foro. Esto es lo que gráficamente ha ocurrido en el campo del Derecho medioambiental con los acuerdos entre grupos de empresarios de determinados sectores y la propia Administración comunitaria, como bien contó en su momento PLAZA MARTÍN⁶². Es ciertamente una situación novedosa sobre el modo tradicional de funcionamiento público y en el que los avances técnicos y la capacidad de deslocalizar inversiones juegan en contra de los Estados y los derechos sociales, dado que no se progresa en la línea de crear un mínimo común denominador de régimen jurídico sobre determinadas actividades económicas. Las posibilidades de un dumping regulatorio constituyen por ello un riesgo real.

La interrelación con otras entidades públicas tiene una segunda vertiente que es el de la recepción de problemas originados fuera del territorio gestionado por el Estado. El caso de la contaminación puede resultar el más usual, aunque no es el único campo en el que se mueve esta problemática. La política migratoria es el ejemplo paradigmático de cómo los Estados tienen que hacer frente a problemas de naturaleza social ocasionados fuera de su área de influencia y como eso repercute en una relación dialéctica sobre los derechos que deben tener estos emigrantes en función del origen que tengan y el modo de acceder al territorio estatal. Problemática cuyos contornos son complejos y sobre la cual se ha vertido bastante demagogia, en particular para la restricción de derechos de los migrantes, en ámbitos que afectan incluso a la salud.

Las aparentes ventajas de esta competencia entre Administraciones públicas no sólo son actuales sino también futuras, en la medida en que la competencia interordinamental se reproduce constantemente en función de los criterios a la baja que ha comenzado a aplicar un determinado Estado; conduciendo a una modificación constante del derecho para atraer las ventajas. En este sentido hay que recordar que, como ha señalado GUZMÁN, en un segundo momento “el mercado se armoniza, pues el modelo triunfante en cualquier actividad económica de prestación de bienes o servicios será tendencialmente imitado por

61 Sobre estas cuestiones, véase MORAND, C.-A.; “La contractualisation du Droit dans l’État providence”, dentro de la obra colectiva dirigida por CHAZEL, F. y COMMAILLE, J. Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Paris (1991), en particular 141 a 149.

62 PLAZA MARTÍN, C., “Los Acuerdos sobre medio ambiente entre las Administraciones públicas y la industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad”, en la Revista Española de Derecho Europeo, nº2 (abril-junio 2002), pp. 291 y ss.

los demás sistemas nacionales”⁶³. No obstante, esta uniformidad en segundo momento será siempre momentánea, en la medida en que en el instante en que ella se logre, o se vea que se puede lograr, los legisladores de nuevo la abrirán redefiniendo las exigencias o proporcionando un marco jurídico diferente en el empeño de lograr una nueva ventaja temporal de la lucha de ordenamientos.

Aunque, como acabamos de ver el resultado de la reformulación de los requisitos de la regulación suele consistir en una rebaja de los mismos por parte de la Administración pública responsable. No obstante, tampoco se puede olvidar que hay casos en los que la redefinición ha ido al alza como consecuencia de las consecuencias negativas que estaba teniendo la anterior regulación en su territorio. El ejemplo de la regulación sobre contaminación de vehículos a motor en California, con mayores requisitos medioambientales, frente a la federal de EE.UU. en la época de Bush, es una buena muestra

7.6. Los derechos humanos y la injerencia legítima en la actividad de los poderes públicos: luces y sombras

Lo que sí resulta necesario recalcar es la relevancia que para el Derecho está teniendo la globalización no sólo se circunscribe a lo que más exactamente es transferencia de bienes, capitales y servicios sino afecta de una forma dramática que las consecuencias colaterales del proceso de globalización, básicamente el aumento de las desigualdades entre el norte y el sur, con los movimientos migratorios a que han dado lugar, han hecho aparecer nuevos problemas y respuestas jurídicas en ámbitos como el derecho de familia o la protección de y frente a ciertos comportamientos determinados por creencias religiosas que resultaban inusuales con anterioridad: la globalización ha transferido comportamientos deleznable –pero arraigados en diversas comunidades– como las ablaciones; ha exigido respuesta a los matrimonios polígámicos, o a los derechos de maternidad en esos matrimonios mixtos, los derivados de la adopción internacional tan extendida o, por último, exige una solución a los problemas del velo en las aulas o los burkas en las calles. Son sólo ejemplos entre otros muchos de los efectos de la globalización, mediante la creación de una sociedad multicultural. Incluso, los movimientos migratorios utilizando ya sea los mecanismos legales, ya sean los ilegales, están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de frontera, interior, que está limitando la aplicación de los derechos fundamentales y las libertades públicas generalmente reconocidas en los textos constitucionales: el problema de las sociedades multiétnicas con misma nacionalidad es su prueba mayor.

63 GUZMÁN ZAPATER, M., El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la comisión: libre prestación de servicios e interés general en la Segunda directiva bancaria), en la Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº3 (enero-junio 1998), p. 142.

Dando un pequeño salto en el discurso, hay que recordar el impacto que ha tenido en el Derecho penal⁶⁴ la globalización. Los efectos han sido de diverso tipo: por un lado, la facilidad para las comunicaciones ha dado lugar a la aparición de nuevos fenómenos delictivos o, para ser más exacto, a su crecimiento cualitativo y a ciertos cambios en el modo de proceder. Es todo lo que ocurre con ciertas modalidades de terrorismo, la emigración ilegal, con los delitos informáticos o con algunas modalidades de delitos fiscales, aspecto en el que los Estados no dejan de tener responsabilidad ya que han creado espacios no sujetos a normativa tributaria, como ocurre con los paraísos fiscales.

Al mismo tiempo, ha aumentado la relevancia cualitativa de ciertos crímenes que tradicionalmente han quedado impunes por producirse en el interior del Estado. Es lo que acontece, con los denominados delitos contra la humanidad que han dado lugar a la creación de tribunales penales internacionales para la persecución de los delincuentes, tal como ocurrió con los crímenes de la antigua Yugoslavia (Resolución 827 (1993), con los de Rwanda (Resolución 955 (1994))⁶⁵ y, de forma estable, mediante la creación del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto fue adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002 aunque su formulación no sea perfecta⁶⁶. En este sentido, algunos jueces –parece obligado citar aquí a Baltasar Garzón– y Tribunales españoles han adoptado un papel activo en este punto, apoyándose en los tratados internacionales y en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como prueban los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 en relación con la competencia para conocer de determinados delitos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena. Así como la Sentencia T.S. (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2003, que

64 Sobre el impacto en el Derecho penal de la globalización, véase TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en la obra colectiva dirigida por CAPELLA, J.R., Transformaciones del derecho en la mundialización, Estudios de derecho judicial, Madrid (1999), pp. 219 y ss.

65 Además, la Resolución 1315 (2000) pidió al Secretario General de la ONU que negociara un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona con el fin de crear un Tribunal especial independiente para juzgar las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en ese país; en cumplimiento de esa decisión, el 16 de enero de 2002 se firmó un acuerdo entre la ONU y el gobierno de ese Estado para el establecimiento de ese Tribunal. Una solución similar pretende juzgar los problemas habidos en Camboya: el 13 de mayo de 2003, la A.G., por Res. 57/228 B, aprobó un proyecto de acuerdo entre N.U. y Camboya para regular la cooperación para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea democrática. El Tribunal se creó en 2006 y está desarrollando su actividad con gran dificultad por los problemas que está teniendo. Una nota sobre la actividad de este Tribunal se puede ver en Oliva, D.J.; “El Tribunal de Camboya inicia nuevo juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el Caso número 002/19-09-2007/ECCC_TC”; en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXIII (2) (2011), páginas 302 y siguientes.

66 Sobre el Derecho internacional en el contexto de globalización, véase RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.; “El nuevo Derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia”, en la obra colectiva dirigida por CAPELLA, J.R., Transformaciones del derecho en la mundialización, Estudios de derecho judicial, Madrid (1999), pp. 159 y ss.

aunque de forma más restrictiva que las decisiones anteriores, ha admitido la competencia de los tribunales españoles si existe un punto de conexión con un interés nacional español, especialmente la nacionalidad de la víctima del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁷. Ello además con la nota especial de que a estos crímenes se aplica la nota de la imprescriptibilidad, con la finalidad de que pueda materializarse el castigo a los culpables.

Es una idea que se extiende en los supuestos de Derecho internacional humanitario, en el que cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios Tribunales; lo que resulta especialmente importante en los supuestos de conflictos armados. El caso del periodista José Couso Permy⁶⁸, fallecido el 8 de abril de 2003 en Bagdad como consecuencia de los disparos de un carro de combate estadounidense contra el Hotel Palestina y la actividad de los órganos jurisdiccionales españoles –en especial la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2010, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva- en aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la prueba mayor de lo que se está señalando

A su lado, vinculado al nuevo papel que está jugando el Derecho internacional⁶⁹, se ha impulsado la aplicación de una regla que está recogida en el artículo 10 de la Constitución y que es de gran importancia: la utilización de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetro de interpretación de los derechos recogidos en la Constitución. Es el supuesto más antiguo de utilización de derecho supranacional, ya que su origen lejano está en el final de la segunda guerra mundial, aunque ha sido ahora cuando más impacto están teniendo. Haciendo un rápido repaso a la jurisprudencia constitucional española en esta materia se puede apreciar dos elementos dignos de mención:

Por un lado, un dato que puede parecer anecdótico, pero que sin embargo no lo es tanto: De los tratados internacionales, el más citado a los fines del artículo 10.2 CE es

67 Precepto que dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

68 Una perspectiva jurídica del caso Couso se puede ver en Fernández Liesa, C.R. “El asunto Couso en los Tribunales nacionales y en las relaciones internacionales”; en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXII-2 (2011), páginas 145 y siguientes

69 Sobre Derecho internacional y globalización, reivindicando el papel de los Estados, véase Carrillo Salcedo, J.A., *Globalización y orden internacional*; Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, (2004)

sin duda el Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Y también al que más tempranamente se hace referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ya se cita en la STC 5/1981, de 13 de febrero, y en la STC 12/1981, de 10 de abril, en relación con los artículos 9 y 6.1 del Convenio de Roma.

En esta línea, conviene recordar que la STC 292/2000, de 30 de noviembre, de la que fue ponente el magistrado González Campos, destaca por recurrir ampliamente al art. 10.2 CE con el fin de tomar el Derecho comunitario como criterio hermenéutico en relación con los derechos y libertades fundamentales, aprovechando la vía abierta por la STC 64/1991. Esta decisión constituye el primer caso en que un Tribunal constitucional de un Estado miembro cita la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con la singularidad de que lo hace antes de su proclamación solemne en Niza el 7 de diciembre de 2000. En el momento en que el Tribunal Constitucional la invoca, la Carta constituye meramente *soft law*, derecho dúctil, de forma que esta decisión se une a otras anteriores en las que el Tribunal también ha manejado otros textos de este rango.

Ahora bien, si el dato que acabo de indicar es relevante, lo es más el que, en relación con el Convenio de Roma de 1950, el Tribunal Constitucional español ha extendido las referencias a sus preceptos para comprender asimismo *la jurisprudencia del TEDH* que los ha interpretado; al haber estimado el Tribunal, como se expresa en la STC 36/1984, de 14 de marzo, en relación con los criterios para determinar si ha existido o no una dilación indebida en el proceso, que el art. 10.2 CE “autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el TEDH”.

8. Modalidades del Conflicto

Como ha quedado señalado en las páginas precedentes, las Administraciones públicas viven en una situación de conflicto con otras entidades, fruto de la situación de pérdida de la situación de pérdida de su poder fáctico. No es una situación que per se resulte negativa, ya que en ocasiones puede servir para coordinar políticas a través del consenso. Es lo que gráficamente ocurre en el sistema norteamericano entre los Estados y la Federación. Los problemas surgen cuando esa situación parte de una asimetría que conduce a la constatación de la debilidad del Estado. Piénsese que en la actualidad algunas de las corporaciones económicas transnacionales pueden tener un peso económico superior al de muchos Estados soberanos y con mayor capacidad y habilidades de negociación.

El conflicto, entendido en el sentido de necesidad de negociación para definir el ámbito de lo público, tiene diversas vertientes que afectan a sus relaciones con entidades privadas, tanto encargadas de la gestión de asuntos públicos como de naturaleza netamente privada, en segundo lugar a los conflictos con entidades públicas de ámbito

inferior al estado y en tercer lugar con entidades internacionales. Veamos cuáles son las peculiaridades de cada una de ellas.

8.1. La Administración y los sujetos privados (I): las corporaciones transnacionales

El mayor impacto que está teniendo la globalización en las relaciones de las Administraciones públicas con terceros afecta precisamente a su relación con sociedades mercantiles de naturaleza privada que son los principales beneficiarios del sistema global. Beneficio que, a la par, coloca a los entes públicos en una situación que realmente es muy novedosa: la voluntad de los terceros nunca está conseguida y por ello se fomenta una “determinación contractual” de lo público, con independencia de cuál sea el mecanismo de exteriorización ulterior de dicho acuerdo.

La necesaria relación con las corporaciones transnacionales puede conducir a una situación de debilidad administrativa por tres tipos de razones: a) en primer lugar, derivada del hecho de la capacidad que tienen las compañías transnacionales de deslocalizar actividades económicas en un periodo de tiempo realmente breve. b) En el campo de los mercados financieros nos encontramos, además, con que los efectos de las decisiones tomadas en las entidades matrices -que ante la mayor parte de los Estados caen fuera de su ámbito de actividad- se proyectan sobre el territorio estatal, como nos han enseñado la crisis financiera. c) por razón de los conocimientos técnicos, sobre todo en el marco de las negociaciones con los proveedores de servicios que han alcanzado por la fuerza de su penetración en el mercado el carácter de standard.

Estas modalidades de la relación con las compañías transnacionales ha hecho que los contratos que se suscriban con ellos se realicen de forma diferente. De hecho, se puede hablar de la influencia que han tenido en la estructuración de una forma muy poco transparente como es la del denominado diálogo competitivo que sirve, incluso para “definir” la necesidad pública que motiva el contrato.

A lo anterior, ha de resaltarse el dato de que cuando se suscriben contratos con estas corporaciones transnacionales, nos encontramos ante verdaderos contratos de adhesión, en los que el “adherido” es el poder público. Contratos que pueden tener una doble característica: los acuerdos sobre el derecho aplicable al contrato y sobre el foro que conocerá de las discrepancias que puedan surgir, lo que en ocasiones conduce al arbitraje.

Estas relaciones en las que las Administraciones Públicas se quitan su vestimenta de poder público entronca perfectamente en las características de este mundo globalizado. Como señaló hace algunos años PEDRIERI, son tiempos marcados por la ósmosis entre Estado y mercado, “el aparato estatal se ha cambiado: las instituciones para el mercado se estructuran en una recíproca integración con el mercado y con el mercado

de las regulaciones del mercado, que se difunden en todo el aparato estatal, no sólo en la tradicional relación con el parlamento y con el gobierno, sino también con la administración estatal, regional, local, fragmentada en subsistemas de organización, con los entes independientes, instituidos como nódulos reguladores de los subsistemas y de los centros dotados de poderes autoritarios, pero también centros de negociación: la banca central, institución predominante de los Estados y de los mercados de nuestros tiempos es el ejemplo conspicuo. El Estado, instalado sobre un sistema electoral representativo articulado en partidos, se ha modificado hacia un Estado que conoce otro círculo representativo, sin elecciones, articulado sobre grupos de interés⁷⁰.

Ahora bien, el problema que se acaba de describir no es sólo para el Estado que en situación de debilidad ha de desarrollar una negociación desigual con estas corporaciones. Es una situación de desamparo para el ciudadano, ya que a “la internacionalización de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le ha correspondido una globalización de los derechos para la gran mayoría de la humanidad, del mismo modo que la mundialización de la lógica económica del beneficio privado no ha venido acompañada por la internacionalización de la lógica política de la satisfacción de necesidades básicas y la extensión de garantías de libertad e igualdad”⁷¹. Sobre ello volveré con posterioridad.

8.2. *La Administración y los sujetos privados (III): gabinetes jurídicos transnacionales*

Siquisiera concretar un poco más el papel tan relevante que están jugando las grandes corporaciones jurídicas mundiales. Su función es tan esencial que, tal como se ha destacado con evidente acierto por CAPELLA, “estos gabinetes transnacionales son los auténticos creadores intelectuales de las normas de la *lex mercatoria*, en realidad son sus aparatos institucional-burocrático más importantes. Entre ellos negocian el contenido normativo de los acuerdos del soberano difuso y aspectos importantes de los acuerdos mismos. Asesoran a grandes empresas transnacionales y están a cargo de cualquier operación financiera de envergadura, supervisada por ellos desde todos los puntos de vista posibles, jurídicos o no”⁷². Su función es tan relevante que en nuestro ordenamiento han sido ellas las que han realizado la importación de figuras jurídicas que han sido consideradas

70 PEDRIERI, A., Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº17 (enero-abril 1994), p. 43.

71 PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos”, en la obra colectiva CARBONELL, M. (Editor) Teoría del neoconstitucionalismo. *Ensayos escogidos*, Coedición de la Editorial Trotta y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid (2007), p. 164.

72 CAPELLA, J.R., Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado. Ed. Trotta. Madrid (1997), p. 288.

durante mucho tiempo como atípicas, que tienen un cierto aire novedoso, como pueden ser el *leasing*, *joint venture*, *factoring*... Han sido ellas las que las han impulsado, partiendo del impulso que les ha proporcionado las propias centrales de estos gabinetes jurídicos los que distribuyen entre sus filiales los modelos contractuales tipo a partir de los cuales se firman los contratos particulares por parte de los operadores económicos⁷³. La uniformidad de las prácticas contractuales en la mayor parte del mundo es, en definitiva, una importante razón para el propio éxito de estas corporaciones jurídicas, dado que permite a los operadores tener una visión más próxima de las consecuencias jurídicas de sus actos, con independencia del lugar donde vayan a desplegarse los efectos.

Si el conocimiento que tienen de estas figuras y el impulso que tienen en su ejecución en todo el mundo son factores ya por sí relevantes, su función se realza con un dato suplementario: la posibilidad que tiene de desarrollar su influencia al mismo tiempo y con un coste reducido en diversas partes del mundo, lo cual repercute el beneficio de estas corporaciones. Y, aunque podría quitársele importancia, el liderazgo del inglés como idioma de negociación y redacción de los contratos ha permitido proporcionarle una fuerza suplementaria a estas corporaciones, todas ellas de origen anglosajón⁷⁴. Posiblemente el ejemplo más característico del impulso que tienen estos gabinetes está constituido por el *Public Private Partnership* impulsados desde el Reino Unido en un contexto totalmente desregulador, y que hoy desarrollado en todo el ámbito global, con arreglo a principios aparentemente novedosos (podríamos recordar también que tiene elementos de Derecho premoderno), en principio no regulados, ya que es lo que proporciona un mayor marco para la flexibilidad de estas figuras. Es una vertiente que complementa el impacto creciente que está teniendo el Derecho estadounidense en estos tiempos a lo largo del mundo.

La participación de estas entidades es bien conocida desde hace años, tanto por su labor jurídica como por las actividades de consultoría y auditoría que también venían desempeñando. No obstante, hasta hace algunos años el papel que estaban ejerciendo afectaba más a las corporaciones transnacionales que a los entes públicos. No obstante, en los últimos años han ampliado el ámbito de su actuación de tal manera que están desempeñando un papel relevante en el desarrollo de la actividad de los poderes públicos, lo que tiene importantes consecuencias, debido a que les está permitiendo extender su influencia a la propia configuración de la política que van a aplicar los entes públicos ya que estas entidades juegan con el prestigio —pese a lo ocurrido en los últimos tiempos— que les proporciona sus conocimientos técnicos.

73 GALGANO, F.; “Le istituzione della società postindustriale”, dentro de la obra colectiva que realizó con CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T.; *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna (Italia) 1993, p.24.

74 Sobre estas cuestiones, puede verse FERRARESE, M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna (2002), en particular pp. 135 y ss.

El problema más grave que se está planteando en la actualidad es que han desplegado su influencia en todos los ámbitos de lo público. No sólo participan en la formulación de las políticas públicas, sino en los modos de gestión del personal de los entes públicos, en la propia regulación de las actividades económicas –con el indudable riesgo que ello supone teniendo en cuenta los otros asesoramientos que realizan- y, en ocasiones en la propia aplicación de los conocimientos, sustituyendo a los cuerpos administrativos. Todo lo anterior, que podría ser concretado mucho más, plantea la cuestión, en mi opinión de extrema gravedad, de que las entidades públicas están desarrollando su actividad a través de modos de comportamiento típicamente privados, como veremos inmediatamente con el problema de la competitividad entre ordenamientos jurídicos. A la larga, todo esto está llevando a una búsqueda incesante de mecanismos que permitan huir del Derecho público, tanto en las normas de contratación, como en las de contabilidad. No es sino otra forma de privatización de la actividad pública.

8.3. La Administración y las entidades territorialmente menores

La globalización económica, la relativización de tiempo y espacio en las relaciones sociales y económicas ha supuesto, paralelamente, un aumento de la tensión interna dentro de los Estados. Tensión que está derivando por un lado en competencia regulatoria y, en otros supuestos, en tensión identitaria/independentista, tensión que puede servir tanto para separarse del Estado de origen como para servir de supuesta garantía ante los excesos de la globalización. No podemos olvidar que en Europa ha sido el momento de mayo eclosión nacionalista, vinculada esencialmente a la desaparición de la Unión Soviética, la desmembración de Yugoslavia o del éxito de movimientos locales como los que separaron pacíficamente Checoslovaquia o los habidos en Rumania que dio lugar a la separación de Moldova. Movimientos similares ha habido en Africa e incluso en América se ha planteado con nulo éxito la independencia de algún Estado de la Unión. Por tanto, son dos las vertientes del problema, aunque la que más específicamente ha de analizarse ahora es la primera.

La competencia entre Administraciones públicas se manifiesta también en el interior del Estado en un doble sentido. Por un lado, entre entidades menores territorialmente hablando y que están dotadas del mismo grado de autonomía, al igual que lo que ocurre en las relaciones internacionales y, por consiguiente, no plantea ningún elemento reseñable que lo diferencie a lo que hemos visto en el epígrafe anterior.

Sí conviene reseñar que para este tipo de Administraciones públicas disponen de dos instrumentos especialmente importantes para el desarrollo de una política competitiva, como son el urbanismo –a través tanto de las cesiones de suelo como de las modificaciones de legislación y de planeamiento urbanístico para atender las peticiones de los posibles

inversores- y la calidad de los servicios públicos locales, que tienen una incidencia directa en el establecimiento de nueva actividad económica, tanto para el traslado de bienes y servicios y las comunicaciones -en sentido amplio- como la calidad de vida de gestores foráneos o la formación de los trabajadores de la empresa. Desde este punto de vista, los movimientos poblacionales y las demandas de equiparación de servicios entre territorios son la muestra de un fenómeno que es conocido desde hace años.

La vertiente anterior nos muestra sin embargo sólo una parte de la realidad, ya que conviene también contemplar las relaciones entre estas Administraciones y la Administración estatal. Desde otro punto de vista, podemos observar la presión de las autoridades locales y regionales sobre el Estado para modificar la normativa del Estado. En situaciones de debilidad, el camino conduce a la reducción de requisitos, con el objetivo de atraer inversiones calificables como “basura” desde una perspectiva social y ambiental. Es lo que está ocurriendo con la instalación de Eurovegas en la Comunidad de Madrid y las peticiones de modificar la legislación de salud, contra el tabaco o de protección de los trabajadores, que complementan las que, ejerciendo su propia competencia ha ejercido la Comunidad de Madrid.

Pero en situaciones de fortaleza, el camino puede ser exactamente el contrario. El caso de la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense sobre la legislación californiana de emisiones⁷⁵ muestra que la presión de un Estado puede obligar a la Federación a modificar la legislación para poder acceder a un determinado mercado. En este supuesto, tal como recordaba Ballbé ponderando la importancia de dicha resolución, son los productores los que “tienen que decidir si fabrican su producto con arreglo a los más laxos estándares permitidos en los 49 Estados restantes o, de lo contrario, para acceder al mercado de California, fabrican un producto con los estándares más estrictos de calidad y seguridad. Ello responde al modelo norteamericano dual”⁷⁶. La aceptación del estándar de California y Massachusetts por parte de los productores, condujo, al mismo tiempo, a una elevación de los requisitos federales, en aplicación de las reglas de internacionales sobre el cambio climático.

8.4. *La competencia máxima entre Administraciones públicas: los paraísos fiscales*

Posiblemente el punto más importante de competencia entre Administraciones Públicas es la existencia de paraísos fiscales y centros financieros off shore. Ambos tienen un

75 *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007).

76 BALLBÉ, M. “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la globalización”, en *Revista de Administración Pública* núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 259.

punto en común: la tributación anormalmente baja de las actividades financieras. Es la fórmula que tiene para atraer altas sumas de dinero, cuyo origen no siempre está claro⁷⁷. Por ello también suelen tener una segunda característica que consiste en la opacidad frente a las investigaciones procedentes de terceros países, lo que dificulta toda acción internacional no sólo contra la defraudación tributaria sino también en la lucha contra el terrorismo internacional y la acción de los grupos de delincuencia organizada. Paradójicamente, las recomendaciones en este punto son bastante claras⁷⁸.

Están extendidos urbi et orbe, y posiblemente lo que resulte más llamativo es el alto número que se mantiene en el territorio de la Unión Europea, incluso dentro de la zona euro: City londinense, Luxemburgo, Chipre, los Centros de Coordinación belgas o los muelles de Dublín, en Irlanda, territorios de Austria, Dinamarca, Malta, Eslovaquia y los Países Bajos. Difícilmente se pueden progresar en mecanismos equitativos cuando las reglas son diferentes dentro del propio sistema regional de integración económica. Y menos aún cuando se percibe que de los no integrados en la Unión Europea, los hay o bien dependientes de países miembros, como el Reino Unido o bien de otras potencias económicas, como los EE.UU. (que también tiene uno en su territorio continental, el Estado de Delaware).

Los paraísos fiscales es un ejemplo típico de cómo está funcionando la globalización. Por un lado, los paraísos fiscales y, en general todas las medidas de atracción de capitales, de servicios financieros, están en la esencia de la globalización capitalista que persigue un enriquecimiento en poco tiempo. Por un lado, porque estamos en un momento de triunfo de la economía financiera frente a la economía productiva y los paraísos fiscales responden a esta lógica. En los paraísos fiscales no hay actividad económica real sino pura especulación. En segundo lugar, porque los paraísos fiscales son la consecuencia de una de las libertades económicas tan defendidas en la actualidad: la libre circulación de capitales.

Asimismo, ha habido la exteriorización de una aparente voluntad por parte de las grandes países desarrollados de terminar con este tipo de situaciones. Las conclusiones de la Cumbre del G20 de Londres iban precisamente en esta dirección. En la Cumbre del G20 de Toronto, el problema había desaparecido. Sólo quedan a fecha de hoy (primavera de 2013) dos países que puedan tener esa catalogación: Nauru y Niué. Sin embargo, todos tenemos la conciencia de que existen más lugares en el mundo en donde existe ese tratamiento tributario privilegiado a las inversiones financieras.

77 De acuerdo con el Informe FATF-GAFI las amenazas más graves que hay en este momento para la economía mundial podrían provenir de la financiación del terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva que se podrían financiar con el dinero ubicado en los paraísos fiscales y en aquellos otros Estados en los que no se proporcionan medidas suficientes de lucha contra el blanqueo de capitales

78 Puede verse el documento metodológico que tiene aprobado el FATF-GAFI <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/methodologie.pdf>

La mala prensa que tienen, el que fuera un objetivo declarado de los movimientos antiglobalización, conllevó un cambio que ha permitido que desaparezcan de los listados oficiales: concretamente se incentivó la suscripción de acuerdos de intercambio de información, que proliferaron entre 2009⁷⁹ y 2011, tanto que en las Conclusiones de la Cumbre del G20, celebrada en Toronto, se indicó que se habían suscrito más de 500 convenios de intercambios de información. ¿Podemos decir que con ese impulso a la transparencia han desaparecido los paraísos fiscales? No. De entrada, porque los acuerdos suscritos -12 era el mínimo exigible por la OCDE- se ha realizado entre Estados que tenían la consideración de paraísos fiscales. De nuevo, la forma vale más que el fondo.

79 Este fue el aspecto que más se incidió en la cumbre cuyas conclusiones proclamaron pomposamente que “tomaremos medidas contra las jurisdicciones que no colaboren (...) La era del secreto bancario ha desaparecido”