

Revista Internacional y Comparada de

RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

ÍNDICE

Artículos

- Antonio Ojeda Avilés**, *Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo*.....**1**
- Juan Raso-Delgue**, *Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador*.....**30**
- Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado**, *La responsabilidad civil de los profesionales: abogados, asesoría jurídica del sindicato y periodistas. Una tímida visión comparada*.....**46**
- Miguel Basterra Hernández**, *La distribución de la jornada de trabajo en España*.....**78**

Comentarios

- Nicole Maggi-Germain**, *El papel de la formación profesional continua en la Ley sobre la sécurisation de l'emploi de 14 de junio de 2013: la cuenta personal de formación*.....**104**
- Antonio Costa Reyes**, *Reforma de la negociación colectiva ¿Hacia dónde vamos?*.....**140**

Reseñas Bibliográficas

- Daniel J. García López**, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo, por María del Mar Ruiz Castillo y Juan Escribano Gutiérrez. Una reseña*.....**161**
- Maria Alejandra Chacon Ospina**, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa, por Juan Pablo Landa. Una reseña*.....**166**
- Alma Elena Rueda Rodríguez**, *La Revisión Salarial, por Adrián Todolí Signes. Una reseña*.....**170**
-

Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo

Antonio OJEDA AVILÉS*

RESUMEN: Este trabajo hace un análisis de la introducción del contrato de arrendamiento de servicios en la formulación del código civil como la estructura básica desde donde vendría a forjarse todo el edificio del contrato de trabajo, partiendo de la tesis según la cual el contrato de trabajo es una especie perteneciente al género del arrendamiento de servicios civilista y a este a su vez de la *locatio conductio* romana, realizando una breve síntesis histórica, para concluir que si bien el contrato de trabajo tiene una cierta vinculación con el Derecho Romano, este no tiene relación con el arrendamiento de servicios del Código Civil, ni tampoco con la *locatio conductio* del Derecho Romano.

Palabras clave: Contrato de trabajo, Código Civil, Derecho Romano, *locatio conductio operarum*.

SUMARIO: 1. La tesis oficial del contrato de trabajo como derivación del arrendamiento de servicios civilista y de la *locatio conductio* romana. 2. La impronta de la codificación. 3. La *locatio conductio operarum* en el Derecho Romano. 4. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

1. La tesis oficial del contrato de trabajo como derivación del arrendamiento de servicios civilista y de la *locatio conductio romana*

En la averiguación de las relaciones que pueda haber entre la *locatio conductio romana* y el actual contrato de trabajo seguiremos un método retroactivo que tiene un punto de partida y punto de llegada. El punto de partida se sitúa en el momento presente y en la afirmación canónica de que el contrato de trabajo conserva sólidos lazos con el arrendamiento de servicios del Código Civil, y éste a su vez con la *locatio conductio*. Para ello presentaré el cuadro actual de doctrinas judiciales y académicas, con sus matizaciones desde luego, pero bastante monolíticas en torno al principio aludido, y comenzaremos un *excursus* hacia atrás para desentrañar las intermediaciones doctrinales que nos llevan al contrato originario. A partir de ahí, comenzaremos una deconstrucción por la vía de analizar materiales tenidos por indubitados pero que no lo son tanto y de proponer alternativas con nuevos materiales, regresando paulatinamente al momento presente. Alcanzaremos así el punto de llegada, que consistirá en lo siguiente: el contrato de trabajo no tiene relación con el arrendamiento de servicios del Código Civil, ni éste tampoco con la *locatio conductio* del Derecho Romano. No obstante lo cual, la vinculación con el Derecho Romano existe, y atraviesa limpiamente la Historia, aunque de modo discreto.

Comencemos por mirar alrededor. Resulta difícil disentir de la opinión común de que el contrato de trabajo es uno de los tipos del género arrendamiento de servicios, cuando vemos que nada menos que el Código Civil lo acoge implícitamente al aludir, dentro del capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios, al “servicio de criados y trabajadores asalariados”, en una sección casi testimonial de cinco artículos (1583 a 1587) que diríamos queda comprimida entre la generosa regulación del arrendamiento de predios rústicos y urbanos y la abundante del arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado. Sus reglas quedan reducidas a la mínima expresión, a saber, la de que el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo; que el despido sin justa causa obliga a indemnizar con quince días de salario; la famosa indicación de que el amo será creído salvo prueba en contrario sobre la cuantía del salario pactado y de lo que se hubiere ya pagado; y que los trabajadores pierden las herramientas y edificios que ocuparan por razón de su cargo.

Tan breves son las prescripciones, que el Código se ve obligado a remitir a lo que determinen las leyes y reglamentos especiales. La expresión “trabajadores asalariados” se cita dos veces, aunque también se habla de

“amo y criado” y de “amos y sirvientes”, probablemente no como reflejo de los conceptos expresados en el *Code Napoléon*¹, sino de las leyes británicas posteriores de “Master and Servant”². Habitualmente los editores del Código indican en nota a pie de página que a Sección carece de aplicabilidad jurídica a consecuencia de la legislación específica

¹ En la actualidad la sección del *Code* titulada *De louage de service* contiene un único art. 1780 absolutamente anodino en sus términos y contenidos, producto de sucesivas depuraciones por la comisión de codificación y más en concreto por la Ley de simplificación y clarificación del Derecho de 2007, pero igual sucedía en el texto originario de 1804, el cual dedicaba solo tres artículos al *louage d'ouvrage et d'industrie*: el de presentación, 1779, que distinguía tres clases de arrendamientos (de trabajadores, de transportistas y de contratistas de obras, siendo el primero definido como *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*), y otros dos artículos que incardina en una sección titulada *De louage de Domestiques et Ouvriers*: el 1780, a cuyo tenor no se puede contratar sino a término o para obra determinada, y el 1781, según el cual el amo (*mâitre*) será creído sobre la cuantía y el pago de los salarios del año anterior y sobre el estado de cuentas del año en curso. Más bien la terminología usada por el *Code*, “*mâitre*”, remite a las corporaciones de oficios y los gremios del Antiguo Régimen. Los redactores del CC español no resultaron tan miméticos con el *Code Napoléon* como se suele afirmar, probablemente porque les separaba de él casi un siglo de distancia. Por ejemplo, obsérvese que la presunción de certeza de las afirmaciones del “amo” se admiten en el Código salvo prueba en contrario, a diferencia de lo establecido en el art. 1781 del *Code Napoléon*, que deja en silencio su calificación como *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En Derecho Común se sobreentiende que si la ley nada dice sobre el carácter de la presunción, ésta se considera *iuris tantum*, pero en la filosofía del siglo XIX pudo haber sido distinto y considerar la afirmación del empresario como definitiva. Una solución intermedia vemos en los casos sustanciados ante la jurisdicción ordinaria, como indica A. Cottreau: “La jurisdicción, con muy pocas excepciones, consideró aplicable este artículo [el 1781 *Code Civil*, sobre la presunción de veracidad de las indicaciones del amo respecto a la cuantía del salario] a los criados y jornaleros, pero no a los obreros” [“Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France”, en AA.VV. (Steinmetz, W., ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 219. El mismo autor da cuenta de la actitud muy distinta de los *prud'hommes*, al punto de que habla de un auténtico *renversement de la législation* con respecto artículo 1781, pues indica que “sobre más de cuatro mil causas examinadas [ante los *conseils de prud'hommes*] no he encontrado más de doce pronunciamientos por la afirmativa, es decir, por el juramento decisorio admitido en ausencia de prueba” [“Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homiales (1806-1848)”, *Le mouvement social*, n. 141, 1987, p. 57]. Sería inútil afirmar que al menos en esta parte del Código español la influencia del francés fue mínima. Sobre el tema continuaremos más adelante.

² Las *Master and Servant Acts* surgen a partir de 1823 y se suceden hasta su revocación por la Ley de 1875. Cfr. para el impacto internacional de la legislación británica de la época el interesante libro de Frank, C., *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Ashgate, Farnham, 2010.

reguladora de la relación laboral³.

Y sin embargo la idea de que esos breves preceptos sobre el arrendamiento en el Código forman la matriz de donde nace y desde donde evoluciona el contrato de trabajo hasta su configuración actual prevalece por todo el continente europeo, y especialmente en Francia, Italia y España. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo afirman con rotundidad. Incluso en Alemania, donde el Código Civil no siguió los dictados del *Code Napoléon* y por ello la doctrina no quedó influenciada por la terminología de un texto normativo central, los autores hablan del contrato de trabajo como de una escisión de la *locatio conductio*, así como de su pertenencia al Derecho Patrimonial, no al de Personas, lo que casi de suyo lleva a insistir sobre los orígenes romanos del contrato de trabajo, hallándolos en su regulación de las locaciones de servicios⁴. Hacia finales del siglo XIX y principios del XX, nos dice Lyon-Caen, los juristas “rebautizaron” el arrendamiento de servicios para llamarlo contrato de trabajo⁵: se trataría, pues, de una nueva etiqueta para el mismo contenido, si bien ahora con el elemento de la subordinación ascendido a elemento causal como factor de identificación frente a los demás arrendamientos de servicios. En toda Europa la imponente obra de Barassi consolida en 1901 la relación entre el contrato de trabajo y la *locatio conductio*, y mientras de la *operarum* afirma que se encuentra indisolublemente asociada a la idea de un ser palpitante de vida, fundamenta el contrato de trabajo en la idea de subordinación⁶.

³ Así, *Código Civil*, edición preparada por J. A. Pajares Jiménez para la editorial Civitas, Madrid 2002.

⁴ Vid. Gamillscheg, F., “Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des individual Arbeitsrecht”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, nn. 2-3, 1976, p. 206 ss.; Mayer-Maly, T., “Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts”, *Recht der Arbeit* nn. 8-9, 1967, pp. ss.

⁵ Lyon-Caen, G., *Le droit du travail. Une technique reversible*, París, 1955, p. 22; advierte Nogler, L., *The Concept of ‘Subordination’ in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento, 2009, p. 25, que el cambio no fue meramente una cuestión de terminología, pues el contrato de trabajo se fundaba en la subordinación.

⁶ Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano 1901; reedición facsímil por la Ed. Vita e Pensiero, Milano 2003. El denso y extenso libro fue reeditado en 1915 con importantes modificaciones de la que nos habla Mengoni L., “L’evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro”, en AA.VV., (Napoli M., coord.), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano 2003, pp. 13 ss., ahora en Mengoni L., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, pp. 119 ss., donde indica que la importancia de la edición de 1901 para el nacimiento del moderno Derecho del Trabajo es más de orden negativo que positivo, pues apresura la superación de las tentativas heterodoxas dirigidas a ligar el contrato a un supuesto de hecho basada

Así encontramos recientes sentencias del Tribunal Supremo español donde puede leerse que las normas del Código Civil sobre arrendamientos de servicios no son incompatibles con las del contrato de trabajo “al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente”, siendo en el contrato de trabajo el esquema de la relación contractual una especie del género del arrendamiento de servicios⁷. Añade por ejemplo la sentencia de 12 de febrero de 2008 (R. 5018/2005) que “en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”. Y ello a pesar de que constantemente el mismo Tribunal debe delimitar el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo a causa de la habitual pretensión de eludir las normas laborales buscando la más inocua regulación del Código Civil⁸.

en la tipología del obrero industrial, imponiendo el límite de la compatibilidad con el sistema del Código Civil [de 1865, Código Pisanelli, influido al máximo por el *Code Napoléon*]. Pero el planteamiento no consigue alcanzar un sólido *ubi consistam* dogmático, continúa Mengoni, por una teoría que, sin abandonar la categoría económica del intercambio, separe la relación de trabajo del Derecho de Cosas. En 1913, cuando aparece el ensayo de Carnelutti, el concepto jurídico de contrato de trabajo era una cuestión todavía abierta (pp. 122-123). Una solución coherente vendrá con la segunda edición, indica Mengoni, cuando Barassi abandona la ubicación en el Derecho de Cosas (de Propiedad), e identifica el objeto de la obligación laboral en la promesa de trabajar: “è la promessa del lavoro che è termine di scambio” (p. 123). Tras la segunda edición Barassi no tiene más adversarios, excepto él mismo: para él la autonomía conceptual conquistada por el contrato de trabajo no basta para separarlo del esquema de la locación, e insiste en que el contrato de trabajo podría también llamarse “de locación de trabajo” (pág. 125).

⁷ Sentencias TS (Sala de lo Social) de 7 de junio de 1986, 19 de junio de 2007 (R. 4883/2005), 10 de julio de 2007 (R. 1412/2006), 7 de noviembre de 2007 (R. 2224/2006), 27 de noviembre de 2007 (R. 2211/2006), 12 de diciembre de 2007 (R. 2673/2006), 12 de febrero de 2008 (R. 5018/2005), y 18 de marzo de 2009 (R. 1709/2007), entre otras.

⁸ Así, las SS.TS. de 8 de octubre de 1992 (R. 2754/1991) y de 10 de julio de 2010 (R. 4121/1999), indican cómo la línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó “integración en el círculo rector y disciplinario del empresario”, concepto que en la legislación vigente se formula como ‘servicios... dentro del ámbito de

La postura del TS español va más allá incluso que la de su homólogo francés y de la doctrina científica gala: en Francia, la Corte de Casación comenzó desde principios del siglo XX con una doctrina clara de que “es obrero o empleado quien está vinculado por un arrendamiento de servicios”, pero más tarde, con la evolución doctrinal que llevó a la adopción del término “contrato de trabajo”, la rotundidad se desvanece, y Jeammaud indica que “parece hoy totalmente compartida la convicción de que, en el Derecho vigente en Francia, arrendamiento de servicios no es sino el nombre antiguo, tampoco presente en el mismo lenguaje del Código Civil, del contrato de trabajo”⁹. En España, en cambio, la pervivencia de la terminología usada inicialmente en el Código Civil permite hablar de un género y de una especie, con un parentesco mucho más cercano que el existente entre una figura actual y un antepasado lejano, “un nombre antiguo”.

En la doctrina científica la cuestión apenas encuentra discrepancias, y los manuales de Derecho del Trabajo más atentos a la historia dedican un capítulo al arrendamiento de servicios que es previo a otros capítulos históricos sobre la cuestión social y sobre el movimiento obrero¹⁰. Incluso expertos poco dados a mirar atrás como Romagnoli admiten que la densa tipología contractual del contrato de trabajo “deriva por gemación espontánea de la matriz de la *locatio operis*, de la cual reproduce el paradigma típico de cambio entre ejecución de un opus y una compensación”¹¹. Con naturalidad expresan Pélissier, Supiot y Jeammaud

organización y dirección de otra persona, física o jurídica’ (art. 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de ‘dependencia’. Si los servicios del perito tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos, al margen del *nomen iuris* elegido por las partes, ante un contrato de trabajo; si se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, nos encontraremos, al margen también de la calificación asignada por los contratantes, ante un contrato de arrendamiento de servicios.

⁹ Jeammaud A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico al contrato de trabajo*, p. 58.

¹⁰ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, Madrid, 2006, capítulo 5, redactado por Arufe Varela.

¹¹ Romagnoli U., “Introduzione”, en AA.VV. (Pedrazzoli, M., coord.), *Lavoro subordinato e dintorni. Confrontazioni e prospettive*, Il Mulino, Bolonia, 1989, p. 17. Para Romagnoli, el resto de la disciplina unitaria de la *locatio operis* recibe en el Código Civil italiano de 1942 un rol residual y subsidiario, resultando *expressis verbis* inaplicable allí donde se está en presencia de un tipo o subtipo especializado de *locatio operis* (*ibidem*). Como se sabe, el CC italiano de 1942 abandona el seguidismo respecto del *Code* francés que había mostrado el Código Pisanelli en 1865 y establece una nítida separación entre el contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo, ahora en un Libro aparte, el V, Del Lavoro. Scognamiglio, R., en su libro *Diritto del Lavoro*, Jovene, Nápoles, 1992, afirma que de la inicial discusión sobre la

algo similar con referencia a la situación francesa: en el cuadro jurídico del Código Civil, las relaciones de trabajo pueden asumir dos de las tres especies principales del arrendamiento de obra e industria, y su fusión en el arrendamiento de servicios, rebautizado como contrato de trabajo, habría de realizarse a finales del siglo XIX¹².

La convicción en el parentesco lleva en ocasiones a incurrir en la simplificación habitual en tales casos, de calificar hacia atrás con los conceptos modernos por mor de la claridad en la exposición. Ejemplo relevante de ello lo encontramos en el por otra parte tan sugerente y rico estudio de Alonso Olea sobre la evolución desde la servidumbre al contrato de trabajo a través de los grandes tratadistas¹³. Si sabemos que el término de contrato de trabajo aparece por vez primera en 1885¹⁴, utilizar

adscripción del contrato de trabajo al contrato de arrendamiento o al contrato de compraventa, se pasa hoy a la neta prevalencia del recurso al de arrendamiento, que propone los términos de definición más comprensivos y elásticos del intercambio entre el goce de un bien y la respectiva compensación (pág. 9).

¹² Péllissier, J., Supiot A. y Jeammaud, A., *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2004, p. 10.

¹³ Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid 1987. Por ejemplo, en p. 109 alude a una distinción crucial en la obra de Kant al enfrentarse a los arrendamientos de servicios de la siguiente forma: “A un lado, el contrato de trabajo o arrendamiento de servicios propiamente dicho...” etc., etc. Así también Gibert Y Sánchez De La Vega, J., *El contrato de servicios en el Derecho Medieval español*, por ejemplo en p. 30, cuando dice que las fuentes anteriores a la recepción romanista, es decir, a las Partidas de Alfonso X, “nos muestran dos tipos de contrato de trabajo”.

¹⁴ En la década de 1880 comenzaron a utilizar el concepto los reglamentos de taller, y en 1885 se produce la primera mención conocida en la doctrina, según Cottureau A., *Industrial tribunals*, cit., p. 220. Probablemente quepa hallar autores que hubieran utilizado la denominación antes de la fecha en que la conocen los franceses, pues por ejemplo en Austria conocemos el libro de Schreiber, K., *Das Arbeitsvertrag nach heutigen österreichischen Privatrecht*, Viena, 1887. El último tercio del XIX desató una pasión desahogada por la naturaleza del contrato en todos los países europeos, ante la importancia y gravedad del fenómeno obrero, al punto de que en 1901 Barassi indicaba que “sobre este tema, que es uno de los predilectos, si no incluso el preferido de la literatura científica de estos últimos veinte años, se han vertido ya ríos de tinta” (*Il contratto di lavoro*, cit., p. VII). Otros autores mencionan como punto de arranque en la denominación el libro de Glasson E., *Le Code Civil et la question ouvrière*, Ed. F.Pichon, París, 1886, citado por Jeammaud A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico hasta el contrato de trabajo*, p. 55, quien indica que probablemente Glasson la habría tomado de un abogado de Lille comprometido con la defensa de los intereses empresariales. En España la primera mención impresa al contrato de trabajo es, salvo error u omisión, las de Ruiz De Grijalba, A., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, Ed. Imprenta del Hospital de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1902. Con anterioridad a ella hay, no obstante, una tesis doctoral manuscrita de Callejo De La Cuesta E., titulada *El contrato de trabajo*, de fecha 1891-1898 (Archivo Histórico Nacional, sección Universidad Central, signatura UNIVERSIDADES, 3748, EXP.1).

el término para situaciones más o menos correspondientes al supuesto de hecho actual puede contaminar el análisis e impedir una visión más certera¹⁵.

En la *communis opinio* actual resulta clara la identificación del arrendamiento de servicios que es germen del contrato de trabajo con la *locatio conductio operarum* romana, en la trilogía “inmutable y perenne” de *locatio conductio rei*, *operis*, y *operarum*: acabamos de ver más arriba la opinión del gran Barassi, quien afirma sin ambages que la *locatio operarum* nos ha llegado del Derecho Romano, donde ha surgido separadamente de la *locatio operis*, y ambas cubren casi completamente el ámbito del contrato de trabajo, si bien hay otras formas intermedias no ignoradas por el Derecho Romano de las que no trata el Código Civil, pero que en cambio son importantes para el Código de Comercio¹⁶. En el siglo de los Códigos la conexión con la *operarum* incorporaba una forma sutil de liberación de la persona del trabajador merced a la identificación del objeto del contrato en su fuerza de trabajo, tras un intenso debate a escala continental en donde se unieron y enfrentaron al mismo tiempo las doctrinas de la venta y del arrendamiento para alejar el trabajo libre del trabajo esclavo, subsistente durante casi todo ese siglo en las colonias ultramarinas de los países europeos. Indica Veneziani que la definición de la relación laboral como *locatio conductio operarum* en los países de Derecho Civil implicó la despersonalización de la relación, pues el contenido del contrato no fue la persona, sino la fuerza laboral del trabajador¹⁷.

Sin duda que en la doctrina subsisten algunas opciones minoritarias, y a alguna de ellas vamos a dedicar nuestra atención. El nuevo contractualismo de que hacen gala los legisladores de nuestro tiempo para hacer frente a la crisis, así como los descubrimientos de significativas sentencias y contratos del siglo XIX han hecho tambalearse, empero, tan sólido edificio, y comienzan a expresarse matizaciones como la de Palomeque López, quien con su habitual acierto terminológico habla de tres fases en la construcción jurídica del contrato de trabajo, siendo la primera la del préstamo institucional, del que dice: “resultaba

¹⁵ Algo parecido ocurre en las bases de datos actuales respecto a documentos jurídicos del XIX o de siglos anteriores, cuando incluyen en un apartado de “contrato de trabajo” lo que el archivero entiende que puede ubicarse en tal lugar: así ocurre, por ejemplo, en los archivos reunidos en el Portal de Archivos Españoles del Ministerio de Cultura (PARES).

¹⁶ Barassi L., *Il contratto di lavoro*, p. 22. Se refiere el autor al Código Pisanelli de 1865, que había remitido la materia mercantil al Código de esa especialidad, igual que había hecho el *Code Napoléon* y que haría más tarde el Código civil español.

¹⁷ Veneziani, B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 57.

imprescindible el recurso al contrato de arrendamiento de servicios que, procedente de la vieja *locatio conductio operarum* romana, es recogido sin excepción en los códigos civiles del XIX, siguiendo la pionera y fecunda experiencia del *code français* de 1804. Se trataba, en fin de cuentas, de una operación forzada y de urgencia ante el vacío institucional circundante¹⁸.

2. La impronta de la codificación

Así pues, la opinión común doctrinal nos conduce derechamente al arrendamiento de servicios en la formulación del Código Civil como la estructura básica desde donde vendría a forjarse todo el edificio del contrato de trabajo. Seguir el rastro de la influencia francesa y el *Code Napoléon* de 1804 resulta muy sencillo por más que el español sea el último Código europeo en atenerse a la estructura arrendaticia, tan tarde como en 1889. En 1900 entra en vigor el Código Civil alemán, que distinguirá entre contrato de servicios (§§ 611 a 630, *Dienstvertrag*) y contrato de obra (§§ 631 a 651, *Werkvertrag*), bien distantes del arrendamiento de cosas (§§ 535 a 580, *Miete*) y del arrendamiento rústico (§§ 581 a 597, *Pacht*), aunque todos ellos dentro del Libro Segundo, Derecho de Obligaciones¹⁹. Y en 1942 se promulga el segundo Código Civil italiano, que como hemos visto se aleja también del arrendamiento.

Entre el *Code français* de 1804 y el Código español de 1889 los Códigos Civiles europeos obedecerán a la influencia francesa del arrendamiento, con la excepción del austríaco²⁰. A su vez queda clara también la enorme influencia ejercida sobre los redactores del *Code* por dos grandes juristas del Antiguo Régimen, Jean Domat (1625-1697) y Robert Pothier (1699-1772), sobre todo de este último²¹. En ellos se encuentra la explicación de

¹⁸ Palomeque López, C., “La construcción jurídica del contrato de trabajo”, en AA.VV. (Rojas Rivero, G., coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 35-36.

¹⁹ El BGB rompe la unidad conceptual de la *locatio* del Derecho Romano y crea categorías separadas, afirman Stolfi N., *Diritto Civile. I contratti speciali*, Turín, 1934, p. 268, y Veneziani B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 68.

²⁰ El ABGB austríaco de 1811 regula los contratos retributivos – Lohnverträge – en los §§ 1151 a 1154, con prescripciones sobre los contratos de obra y de servicio. En Italia no solo el Código del Reino de Italia de 1865 seguía las orientaciones del Código Civil francés, sino que en varios de los Estados italianos previos a la unificación se trasponía sin más su texto, como sucedía en los del Reino de las Dos Sicilias de 1819, de Parma, Piacenza y Guastalla de 1820, o del Piamonte de 1838. En cambio el Código Lombardo-Véneto de 1816 era la traducción italiana del código austríaco.

²¹ Por ejemplo, Batiza R., *Domat, Pothier and the Code Napoléon: some observations concerning the*

la insustancialidad del *Code* en materia de arrendamientos, esos tres artículos casi anodinos que apenas establecen una reserva de institución, un solar donde edificar prácticamente cualquier contenido que se ajuste a la breve estructura trazada en el suelo. En sí mismas la celebridad de ambos juristas de provincias – nacidos y ejercientes en Clermont Ferrand y Orleans, respectivamente – no hubiera bastado para ejercer tan grande influencia en un texto que en su época fue revolucionario porque encarnaba los anhelos de libertad de la burguesía triunfante y de la ilustración. La clave de ambos juristas radicaba en que vivían en ciudades pertenecientes al territorio francés donde imperaba el caos del Derecho consuetudinario, las costumbres de cada pueblo y ciudad, a pesar de que habían sido redactadas por escrito en 1509 y 1510 con el nombre de Costumbres de Orleans y Costumbres de París²², y ese conocimiento les había hecho incorporarse enérgicamente al movimiento que desde un siglo antes pugnaba por clarificar, sistematizar y unificar el Derecho aplicable. Todo el norte y centro de Francia se regían por una multitud de normas, muchas de ellas contradictorias, e impedían el vehemente deseo de Luis XIV de unificar y centralizar su gobierno y, aún más importante, de obtener los impuestos suficientes para sostener la agresiva política de Estado, exactamente igual que un siglo más tarde ocurriría a Napoleón Bonaparte en su determinación de redactar un Código unitario para todo el país²³.

actual sources of the french civil code, Mexico, 1973; Arnaud A. J., “Imperium et Dominium: Domat, Pothier et la codification”, *Droits*, n. 22, 1995, pp. 55-66; Gazzaniga J. L., “Domat et Pothier: le contrat à la fin de l’Ancien Régime”, *Droits*, 12, 1990, pp. 37-46.

²² Me refiero a las recopiladas por los magistrados del Parlamento francés bajo la presidencia del Thibaut Baillet por orden del rey Luis XII, no a las originarias costumbres de París. La mejor colección de las costumbres medievales francesas se encuentra en la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos con el título *The Coutumes of France in the Library of Congress*, Library of Congress, European Law Division, Jean Caswell, Ivan Sipkov, Washington 2006. A diferencia de los fueros municipales españoles, ofrecían una variedad enorme, aunque coincidían con los españoles en que de ordinario aparecían como otorgamientos – más bien reconocimiento de lo ya existente – por los reyes franceses. En la compilación de la Biblioteca del Congreso de EEUU se agrupan en los siguientes apartados: Condado y bailío de Auxerre, Provincia de Auvergne, Ducado y país de Bourbonnais, Villa de Bourges, Bailío y Ducado de Chartres, Bailío de Etampes, Departamento de Loire-et-Cher, Parroquia de Lorris, Condado y Bailío de Nantes, Provincia y Condado de Marche, Bailío de Meaux, Condado de Monfort-l’Amaury, Ducado y país de Nivernois, Ducado de Orléans, Prebostado y Vizcondado de París, Condado y Bailío de Perche, Bailío de Seulis, y Ducado y Bailío de Tours.

²³ La parte sur, en cambio, se regía por el Derecho Romano. Las relaciones entre el Derecho consuetudinario y el Derecho romano en el territorio dominado por el primero eran ambiguas, pues a las normas consuetudinarias se les consideraba como Derecho

Domat, el jurista más importante del Rey Sol²⁴, sobrio y preciso en su escritura, era partidario del movimiento racionalista, con cuyas herramientas aspiraba a unificar el Derecho francés huyendo del desorden de las leyes de la época. Se identificaba con las ideas a favor de la codificación de Dumoulin (1500-1566), y entendía que debería aplicarse la demostración geométrica al Derecho. Por su parte el prolífico Pothier (1699-1772) era un perfecto conocedor de las costumbres locales que aspiraba a sustituir por un único Derecho para Francia, hasta el punto de que uno de sus comentarios versaba justamente sobre las costumbres de Orleans²⁵. Su proyecto de vida consistió en lograr la unificación jurídica de su país por la vía de imbricar el Derecho Romano del sur con las costumbres del resto del país, para lo cual consideró necesario reorganizar las deslavazadas reglas del Digesto bajo el prisma de las estructuras racionalistas que defendía²⁶. A partir de ahí acometió una ingente obra en numerosos volúmenes dedicados a sistematizar el Derecho francés de Obligaciones y los contratos más importantes, entre ellos el de arrendamiento.

El racionalismo francés halló pues en ambos juristas sus mejores valedores en una época ansiosa por disponer de categorizaciones y estructuras abstractas como habían sido las romanas, aunque adaptadas a una economía en veloz desarrollo que precisaba romper con los enmohecidos corsés del Antiguo Régimen y en manos de unos gobernantes ávidos por centralizar y organizar un país perdido en los localismos jurídicos. Para resumirlo con Álvarez de la Rosa, Domat y Pothier dan rigor lógico a una larga tradición. Y lo dan por el orden metódico adoptado, y desemboca en un tratamiento claro y preciso de las

nacional, y el Derecho Romano cumplía una función de Derecho supletorio. Vid. Sagnac, P., *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, París, 1899, y Gómez Arboleya, E., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 60, 1951, pp. 33 ss.

²⁴ Cfr. Baudelot, B., *Un grand jurisconsulte du XVIIe siècle: Jean Domat*, París, 1938, tesis; Descotes, D., *Le Droit a ses époques, De Pascal à Domat*, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2003; Edelman, B., “Domat et la naissance du sujet du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, n. 39, 1995, pp. 389-419; Ghestin J., “Jean Domat et le Code civil français”, en AA.VV. (Cendon, P., coord.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3e millennio*, Giuffrè, Milán, 1994, V. 2., T. I, pp. 533-557.

²⁵ Véanse por ejemplo Arnaud J. A., *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, París, 1969; AA.VV. (Monéger J., dir.), *Robert-Joseph Pothier, d’hier à aujourd’hui*, Ed. Economica, París, 2001; Sourieux J. L., “Pothier ou le sphinx d’Orléans”, *Droits*, 39, 2004, pp. 69-75; D. Gilles, D. y Gojoso, E., “Sur Pothier et le Code civil”, en AA.VV. (Vernier, O., coord.), *Étude d’histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Ed. La mémoire du droit, Niza, 2008, pp. 403-417.

²⁶ Con su obra *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*, 1748-1752.

instituciones jurídicas²⁷.

Una vez examinado el entorno extraordinariamente favorable en que se movieron, podemos pasar al análisis de las aportaciones jurídicas de ambos pensadores.

Tanto Domat como Pothier distinguen entre el arrendamiento de cosas y de obra, si bien con clasificaciones en las que se advierte el mayor apego del primero a la tradición medieval y del segundo a la inspiración romanista²⁸, si bien hallamos dos diferencias importantes entre ellos.

Por una parte, mientras que Domat deja fuera del contrato de arrendamiento en general a los que no tienen capacidad y poder para negociar las condiciones del contrato, a saber, los criados, domésticos y jornaleros²⁹, Pothier deja fuera en cambio a los servicios de excelencia, por ejemplo de abogados y profesiones liberales, el valor de cuyo trabajo no se puede calcular, por lo que pasa a incluirlo dentro el mandato y el pago constituye simplemente el reconocimiento del servicio³⁰. Aunque nuestra comprensión vaya con Domat y su rechazo a que quien no tiene capacidad económica para negociar el precio de su trabajo se vea impelido a ello, hemos de convenir en que probablemente su actitud se deba a la no consideración como personas en plenitud de derechos, sino como capitidimuidos siervos – el autor escribe hacia 1690 –, de los domésticos y asimilados, que desde el Derecho Romano se incluían en la familia ampliada y caían bajo la *potestas del paterfamilias*. Todavía cuando escribe Pothier los tipos de trabajos más comunes eran el gremial y el servil, y detrás de ellos el esclavo, por lo que este último autor, principal inspirador del *Code* francés, concentra el arrendamiento de servicios en la franja marginal de los pobres, de los miserables, de donde emergerían jurídicamente dignificados al contratar como hombres “libres”³¹.

²⁷ Domat, J., *Las lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, tomo I. El resumen es de Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 52.

²⁸ Domat distingue entre arrendamiento simple, de fincas rústicas, y de trabajo o industria; Pothier, entre el arrendamiento de cosas y el de obra. Vid. Solé Resina J., *La delimitación del objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra 1996, tesis doctoral, pp. 332 ss.

²⁹ Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica*, p. 57.

³⁰ Pothier, R. J., *Traité du contrat de louage et Traité des cheptels selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Debure, París, 1764, Parte 7; traducción al español, *Tratado de locación conducción de Pothier*, Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1841.

³¹ Similarmente, Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica*, p. 60, quien añade que a ellos se añadiría la ambigüedad de los domésticos y sirvientes, situados entre el Derecho de Familia y el trabajo forzado, y los aprendices. Pothier dudaba de que el contrato de los domésticos pudiera ser calificado como contrato de arrendamiento de servicios, señala Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, p. 79.

Por otra parte, Domat no habla únicamente de arrendamiento de obra, sino de obra y de trabajo, distinguiendo – incipientemente, como señala Alonso Olea³² – entre quien asume una obra o un trabajo. Se trata de una distinción apenas esbozada, porque enseguida refiere casi todo su discurso al de obra. La única referencia posterior al de servicios consiste en algo ya previsto en el Digesto, de abonar la retribución a quien no pudo realizar su trabajo por no habérselo pedido el conductor aunque el trabajador o locator estuviera dispuesto, citando expresamente el caso de los abogados que no hubieran podido defender en juicio³³.

La de Pothier será la construcción seguida por el Code Napoléon, y la Escuela de la Exégesis reiterará que los trabajos de excelencia quedan fuera del arrendamiento, por si no quedara claro en el texto legal. Si acabo de expresar la aparente frialdad del autor orleandino al referir el arrendamiento a los pobres, la impresión parece reforzada al advertir que al arrendamiento de servicios viene incluido por él dentro del arrendamiento de cosas³⁴. La primera referencia se encuentra al clasificar las cosas que pueden ser arrendadas, pues al enunciar el segundo grupo, de cosas que pueden ser arrendadas pero no vendidas, da el ejemplo del hombre libre, no susceptible de contrato de venta, pero sí de arrendar él mismo sus servicios. Tras esa referencia, la prestación de servicios aparecerá esporádicamente, para aclarar algún supuesto, pero sin un tratamiento sistemático³⁵.

Una última característica, esta vez común, entre ambos autores la hallamos en el contexto que toman como referencia o, si se quiere, que les condiciona. A pesar de que Pothier pertenece por sus vivencias al Siglo de las Luces y nace poco después de morir Domat, las referencias al entorno agrícola y doméstico son incluso más acentuadas si cabe en aquél que en éste. Los ejemplos con que Pothier ilustra sus afirmaciones refieren habitualmente al campo, cuando no a su campo³⁶. Sin duda que conocía el

³² De la servidumbre, p. 31.

³³ *Les loix civiles*, I.IV.VII; Digesto 19.2.38; Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 31.

³⁴ Lo señala puntualmente Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato*, p. 77, quien pone de relieve además que esa Parte 7 se refiere al arrendamiento de obra y contrasta en su reducida extensión con las seis Partes dedicadas al arrendamiento de cosas, donde se trata al de servicios.

³⁵ Alonso Olea, M., *cit.*, p. 188; Solé Resina, J., *La delimitación, del objeto*, pág. 36.

³⁶ “Por ejemplo, si al amanecer he contratado vendimiadoras para ir a vendimiar mis viñas a tanto la jornada, y ha comenzado a llover de forma que me haya visto obligado a despedirlas...”, dice en el *Traité du contrat de louage*, 4^a.II.1.3, §§165 ss. En §176 afirma: “Estos arrendamientos de servicios por tiempo determinado son corrientes en el campo respecto de labradores, viñadores, molineros, etc.”. O en §193: “Nuestra jurisprudencia, que hace responsables a los arrendatarios indistintamente de todas las faltas de los

trabajo de los operarios de las ciudades, pero en aquella época pocos obreros de fábrica había, por lo que su visión debía estar circunscrita a los agremiados y a los artesanos libres de la ciudad, los menestrales de nuestros fueros³⁷.

3. *La locatio conductio operarum* en el Derecho Romano

Comenzamos ahora el camino de vuelta, o si se quiere, la deconstrucción de los apriorismos recibidos desde hace tanto tiempo, con la esperanza de provocar alguna reflexión y plantear alternativas quizá más ajustadas a la realidad.

El primer nudo que hemos de deshacer radica en el intenso debate existente entre los romanistas sobre el hecho de que alguna vez el Derecho Romano hubiera conocido la *locatio conductio operarum* como categoría a se. En realidad la bipartición clásica distinguió entre la locación de cosas y la de obra, aunque dentro del primero comenzó a admitirse la de esclavos y, por derivación, la del trabajo de los libertos – especialmente de quienes habían mantenido un pacto de sumisión al antiguo *dominus*, quien los “alquilaba” a otros –, y después la de los hombres libres que alquilaban su propio trabajo, o “mercennarius”³⁸. D’Ors parece dudar en medio de su habitual rotundidad e indica al respecto que, “en todo caso, la locación de servicios no es un tipo contractual originario”, para admitir a renglón seguido que configura un tercer tipo, derivado del arrendamiento de cosas³⁹. Su posición final queda expuesta en una nota algo ambivalente, donde dice que “la clasificación tripartita (*l.c. rei, operis, operarum*) no

domésticos y de todas las personas que vivan en su casa, es mucho más simple y mejor [que la romana] en la práctica; obliga a velar con todo el cuidado posible sobre los domésticos”.

³⁷ La industria de aquella época no está en Francia, pues comienza a aparecer en Gran Bretaña hacia 1750 con la lanzadera textil, si bien Francia disponía desde antiguo de una potente actividad de manufactura de tejidos y fuertes gremios de tejedores, que sin embargo no estaban en Orleans.

³⁸ La evolución desde la prestación de energías del esclavo por parte de su dueño, en Martini, R., “Mercennarius”. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in Diritto romano”, *Studi Sienesi* nn. 5-6, 1956-1957, p. 220 ss.; De Robertis, F. M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milán, 1946; Macqueron, J., *Le travail des hommes libres dans l’antiquité romaine*, Aix-en-Provence 1958, pp. 12 ss.; Gómez-Iglesias Casal, A., *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 27 ss.

³⁹ D’ors, A., *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. EUNSA, Pamplona, 2004, p. 591, en nota, y p. 592. La duda seguramente proviene de la importancia de la tripartición y de la escuela que la propugna, pues comenta en p. 592, nota 2, que prescindir de toda clasificación [parece que respecto a la *locatio operarum*] no parece la mejor solución, citando a Kaser.

pertenece a los juristas romanos”⁴⁰. Otros autores han estudiado monográficamente la cuestión y se han expresado con mayor firmeza, como Olivier Martin, para quien los textos romanos, ya sean clásicos o bizantinos (justinianeos), ignoran la existencia de una división tripartita del contrato de arrendamiento⁴¹.

Parece más clara la opinión de quienes aluden a un tratamiento unitario del arrendamiento en el Derecho Romano, que en cambio se subdividiría por la finalidad pretendida en una multitud de tipos, entre los cuales se hallaría el de servicios junto a los de horrea, superficies, enfiteusis, rústico, etc. con funciones como construir, fabricar, curar, reparar, instruir, hospedar, reparar, transportar, etc. Arangio Ruiz, Serrano Vicente y otros autores exponen esta tesis, basándose en que la acción para defender el derecho, la *actio locatio* – o *conductio* según los casos –, era la misma, aun admitiendo la distinción principal entre las dos clases de arrendamiento ya comentadas⁴².

Desde la perspectiva de un laboralista, la respuesta al problema de si la *locatio conductio operarum* fue una categoría diferenciada del arrendamiento romano que se traspasó a los Códigos europeos del siglo XIX y, desde ellos, al contrato de trabajo, debe mirar más allá de la probable inexistencia de la categoría romana, y atender a la mera lógica: la compilación del siglo VI realizada en Bizancio por el emperador Justiniano contiene partes muy diferentes, sobre todo el Código, las Instituta y el Digesto, y este último, con toda su claridad e incluso su atractivo al exponer la regla y a continuación los ejemplos en una amplia gama de matices, es a fin de cuentas una recopilación de opiniones de los juristas romanos más conocidos, 9.000 fragmentos para ser más exactos, con una casuística difícil de sistematizar⁴³. La comisión compiladora y sus subcomisiones o “masas” recibieron instrucciones del emperador para reordenar e incluso modificar los textos, pese a lo cual subsiste una amplia

⁴⁰ *Derecho Privado Romano*, p. 592, nota 1.

⁴¹ Olivier Martin F., “Des divisions de louages en Droit Romain”, *Revue historique de Droit français et étranger*, n. 15, 1936, reimpresa en 1985, p. 419 ss. Sobre el debate y el tema, Fiori R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Nápoles, 1999; Impallomeni G., “Locazione nel diritto romano”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, UTET, Turín, 1994, p. 89 ss.; Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 77-78. En general, AA.VV (Buscardi, coord.), *Derecho romano de obligaciones. Libro homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Ed. Ramón Areces, Madrid 1994.

⁴² Cfr. al respecto Serrano Vicente, M., *La responsabilidad por custodia*, Ed. Tebas, Madrid 2007.

⁴³ Valga el ejemplo de D.2.9.1, que dedica sus cinco fragmentos a “De si se dijera que un cuadrúpedo había causado daño”, y los siguientes títulos a las acciones aquiliana y noxal.

heterogeneidad e incluso contradicciones en el resultado final.

Pero el filtro justiniano no fue el único que sufrió el *Corpus Iuris Civilis*: en una segunda fase, los maestros de la Universidad de Bolonia anotaron y sistematizaron aquella masa ingente de leyes y opiniones de jurisconsultos en una forma tan atractiva que el *mos italicus* de enseñar el Derecho Romano y de su forma metódica de exponerlo se transmitió a otros países y pudo contarse como uno de los motivos, si no el más importante, para la expansión fulminante de las Universidades⁴⁴.

En una tercera y última fase, los pandectistas germanos comenzaron una concienzuda labor de sistematización del Corpus Iuris con la idea de poder interpretarlo “como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos”⁴⁵. Entendían que sólo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un derecho romano coherente, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, o sea a la previsibilidad de opiniones judiciales. Para realizar esta meta, los pandectistas forzaron los textos antiguos a entrar en una estructura dogmática, llena de conceptos de su propia creación, ajenos al derecho justiniano. Sin embargo, tampoco debemos decir que estos conceptos abstractos hayan sido totalmente incompatibles con el texto del Corpus Iuris, donde estuvieron a menudo en una forma más bien intuitiva que elaborada. “Para responder a las necesidades de su época, los pandectistas con frecuencia interpretaban el derecho justiniano a la luz de un resultado a conseguir ya previsto”.

Si recordamos el enorme grado de abstracción y categorización que sus principales mentores, en especial Savigny, demuestran en las obras seminales, podremos hacernos una idea del grado de generalización sistemática y estructural que pudo darse a la hermosa pero disgregada casuística del Corpus⁴⁶. Es la pandectística alemana la que acoge a partir de

⁴⁴ Pronto desde Francia surgió el *mos gallicus* con un instrumental “extenso” de conocer e interpretar el Derecho Romano que empleaba textos externos al Corpus, como el *Codex Theodosianus* (438) o la *Lex Romana Visigothorum* (506).

⁴⁵ Lo que sigue en el párrafo está tomado de Margadant G. F., *La segunda vida del Derecho Romano*, Universidad Autónoma de México, México, 1986, p. 333 ss.; Castro Sáez, A., “Metodología y Ciencia jurídica: hacia un concepto del Derecho Romano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24, 2002, pp. 15 ss.; y Gramajo Castro J. P., *La técnica jurídica del Derecho Romano y su perenne actualidad*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala 2009, p. 109.

⁴⁶ Savigny, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, 1840-1841, obra de madurez que culmina el arco iniciado con su otra gran aportación, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, 1814, a su vez respuesta a la conminación de Thibaut en su célebre opúsculo del mismo 1814, *De la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, el cual apostaba por “contribuir a la unidad de los dispersos Estados germanos en una sola y homogénea nación”: Monereo Pérez J. L., “Estudio preliminar. El pensamiento jurídico de Savigny”, en la reedición de la traducción española del *Sistema* por Editorial

1820 la tripartición realizada por el romanista holandés J. Voet⁴⁷, de modo que la *locatio conductio operarum* no aparece al mismo nivel que las dos clases de arrendamiento romano citadas por Gayo o el Digesto, sino a partir de bien entrado el siglo XIX, cuando se divulga la construcción doctrinal a través de los estudiosos germanos. Ni Domat ni Pothier la habían mencionado como categoría a se estante, ni tampoco el *Code* francés pudo recogerla en sus cuatro artículos. La tripartición solo existió a partir del siglo XIX, en el “Derecho Romano actual”, como decía Savigny, pues en el auténtico solo se conocía si acaso la bipartición entre el de cosas – con mucha variedad de especies, entre ellas la de servicios – y el de obra.

El segundo nudo a debatir en esa vía canónica que une la *locatio operarum* con el contrato de trabajo gira en torno a la afirmación de que tanto el *Code Napoléon* como el Código Civil español contemplan al contrato de trabajo en los artículos dedicados al “arrendamiento de obras y servicios”. Parece difícil rebatir la afirmación, pues, con independencia de que la *locatio operarum* constituyera una categoría propia en el Derecho Romano o hubiera surgido después del *Code*, podemos decir que prácticamente desde la Edad Media se conocía en toda Europa el arrendamiento de servicios, además de que la estructura que deparan los Códigos al contrato de arrendamiento es tan simple como para que cualquier cesión de uso por precio pudiera caber en ella, y por ende el contrato de trabajo.

El conocimiento de la *locatio operarum* en tiempos anteriores a la codificación ofrece dos niveles igualmente importantes, el práctico y el teórico, en los que la figura se encuentran firmemente asentada ya en los fueros y costumbres medievales y entra en un animado debate con el descubrimiento del Nuevo Mundo para rebatir la tesis aristotélica de la

Comares, Granada 2005, pág. IX.

⁴⁷ Voet, J., *Commentarius ad Pandectas*, Universidad de Leiden, 1698. Para Alvarez De La Rosa M., (*La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 78, en nota) siguiendo a Olivier Martin, la tripartición del jurista holandés no sirve para entender el confuso arrendamiento romano, pues su utilidad nace con la Codificación, que precisa incluir y desarrollar el arrendamiento de trabajos. Cabría aducir que los pandectistas alemanes la incorporan a su repertorio sin un Código a la vista, pero aunque la realidad no les siguiera y el BGB alemán tardara en llegar, ellos siempre pretendieron la unidad de la nación a través de un texto unitario codificado de leyes. Opinión similar pero no idéntica sustenta Fernández De Buján, F., *Sistema contractual romano*, p. 291, cuando afirma que la tricotomía dogmática de los arrendamientos no es obra de la jurisprudencia romana, sino de la pandectística alemana sobre la base de formulaciones dogmáticas medievales. Que la tricotomía no es auténtica ya había sido advertida hace tiempo por de Arangio Ruiz, V., Brasiello, U., Mayer-Maly, T. y Amirante, L. y entre los laboristas españoles fue advertido por Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, p. 197, en nota, pese a lo cual aún es moneda corriente adjudicarla a Derecho Romano clásico.

desigualdad natural del hombre⁴⁸. A nivel práctico, las costumbres y fueros locales conocidas aluden a la distinción entre obra y labor para aludir por una parte a los trabajos ejecutados por menestrales independientes que están solo obligados a entregar la obra, y por otra a los trabajos de índole doméstica y agraria en los que el trabajador se halla en una dependencia del que lo contrata⁴⁹. Ya antes de la recepción romanista de las Siete Partidas (hacia 1260) se habla de “logar” en esos fueros⁵⁰, lo que parece provenir del término latino de *locatio*, si bien en los fueros posteriores la conexión se vuelve más explícita al hablar, como en los fueros de Soria y de Cuenca, de *operarius conducticius* y de logador y logado⁵¹. En esos fueros más antiguos el arrendamiento de hombres libres no impide el de los siervos, admitiéndose la *conductio ad laborandum* que realiza un amo sobre el esfuerzo del siervo, si bien esta clase de arrendamientos viene emparejada con la *conductio bestiarium*⁵². La Partida II.20.5 se dedica a la distinción entre labor y obra de manera muy expresiva: “labor es dicha aquellas cosas que los omes fazen trabajando de dos maneras. (...) Por razón del tiempo, assi como aquellos que labran por pan e por vino e guardan sus ganados, o que fazen otras cosas semejantes destas, en que reciben trabajo, e andan fuera por los montes o por los campos e han por fuerça a sufrir frio e calentura segun el tiempo que faze. E obras son las que los omes fazen estando en casas o en lugares encubiertos, assi como los que labran oro e plata e fazen monedas e armas e armaduras, e los otros menestrales, que son de muchas maneras, que obran desta guisa, maguer ellos trabajan por sus cuerpos, non se apodera tanto el tiempo dellos para facerles daño, como a los otros que andan por fuera. E por ende a esos llaman menestrales e a los otros labradores”.

El debate teórico, por su parte, surge dentro de las distinciones entabladas entre el hombre libre y el esclavo y el siervo, muy relacionadas con el alma y la salvación divina, exacerbadas con el descubrimiento del Nuevo Mundo. Debemos a Bodino la separación nítida de los arrendamientos de

⁴⁸ Por ejemplo, De Soto D., *De Iustitia et Iure*, Salamanca, 1553-1554, pp. 288 ss. de la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968. El libro de Alonso Olea M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, recorre con maestría, aunque sin continuidad, los hitos doctrinales principales en este progresivo alejamiento del trabajo libre respecto del trabajo esclavo y semiesclavo.

⁴⁹ Gibert R., pp. 30 y 31, quien identifica a este último tipo con el arrendamiento de servicios.

⁵⁰ Gibert R., *cit.*, p. 35.

⁵¹ Martínez Díez, G., “El fuero de Soria: Génesis y fuentes”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVI, 2006, pp. 9 ss.

⁵² Gibert R., *cit.*, p. 44.

servicios, incluidos los domésticos, de las situaciones de servidumbre⁵³, aun cuando sus indicaciones preceden en un siglo a la madurez del debate, que acaece con Domat. Ya en Bodino comienzan las matizaciones sobre las diferentes formas de prestar trabajo libremente, pues distingue a los jornaleros o ganapanes, contratados por días, de los servidores domésticos, ya que frente a éstos tiene el amo de casa un mayor poder de corrección que enlaza con el derecho de familia, además de un mayor poder de dirección que no se sujeta a las habilidades de un oficio concreto⁵⁴. Una distinción que llega hasta Hobbes cuando distingue entre el servidor doméstico, obligado “por su condición” a hacer lo que se le mande, y otros trabajadores, obligados solo “por su contrato” y que no deben más servicios que a los que se han obligado. La plena incorporación del Derecho Romano al pensamiento filosófico se encuentra, en mi opinión, en Pufendorf, quien ofrece un tratamiento unitario de la *locatio* de servicios y de obras dentro de la más amplia figura del arrendamiento de cosas, merced a la definición abstracta de su sinalagma, el cambio de una merced por el uso de una cosa o de una obra⁵⁵.

Con tales antecedentes al *Code Napoléon* y, mucho más tarde, al Código español, no les hacían falta las distinciones tricotómicas o dicotómicas para saber distinguir entre obra y servicio, como de hecho observamos aún en este último. La doctrina ha explicado la casi total ausencia de normas sustantivas en el articulado de ambos, más allá de unas pocas líneas maestras, de manera convincente. El Código civil napoleónico no se había olvidado de la clase obrera, porque tal parquedad encubría una operación encubierta que hacía posible y legítima en un marco de la igualdad de las personas, “constituyendo el adecuado instrumento del desarrollo a gran escala de la explotación por el capital de la mano de obra libre o, mejor, liberada por el advenimiento de la libertad de trabajo”⁵⁶. Se

⁵³ Bodino, J., *Los seis libros de la República*, 1576. El comentario en el texto es de Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 30, a quien sigo en el análisis de las teorías filosóficas previas a la codificación.

⁵⁴ Quizá por influjo de Bodino, J., a partir de él el criado de familia se considera en general que tiene mayor sujeción a las órdenes del empleador, quien puede exigirle prestaciones laborales de casi todo tipo: Mayer-Maly, T., “Vorindustrielles Arbeitsrecht”, pp. 60-61. Solo Suárez, F., *De Legibus ac Deo legislatore*, 1612, defiende que el servidor doméstico o fámulo solo debe obediencia en lo que por su oficio están obligados a hacer.

⁵⁵ Pufendorf, S., *De iure naturae et gentium*, 1672, L. 5, C. VI, “De locatione conductione”, Pufendorf, 1632-1694, era ya contemporáneo de Domat.

⁵⁶ Jeammaud, A., “Les fonctions du droit du travail”, en AA.VV., *Le droit capitaliste du travail*, PUF, Grenoble 1980, p. 149 ss.; del mismo, “Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo”, p. 51; también, similarmente, Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pp. 68 ss.

trataría por ende, nada menos que del título legitimador para la completa impunidad de la parte fuerte frente a la parte débil, que prestaba libremente su consentimiento y con él se atenía a las consecuencias, bien probadas por los informes de los inspectores de fábrica británicos o por los de las autoridades militares de Francia y Prusia respecto a la pésima salud de los reclutas de los distritos industriales.

Hay otra explicación menos dramática, de tono doctrinal, que encaja también con la época de la Ilustración y del Derecho Natural como quintaesencia del espíritu de los pueblos. En cierto sentido se halla en la línea de ese “préstamo institucional” ya mencionado en páginas anteriores, con el que, ante el vacío institucional circundante, se trataba de dar la cobertura jurídica necesaria al sistema de producción capitalista industrial⁵⁷. El ideal de la codificación perseguía dar claridad a la vorágine de normas, de modo que un único cuerpo de leyes diera cuenta de la voluntad del legislador, al menos en el ámbito civil. El axioma *quod nos est in codex non est in mundo*, procedente del Derecho Canónico y su *quod non est in actis non est in hoc mundo*, pretendía hacer en el mundo jurídico lo que en el de las ciencias naturales había ya realizado Linneo⁵⁸: compilar, recoger de manera sistemática y clasificar todas las categorías jurídicas existentes, acabando con el reino de las sombras normativas. Era un esfuerzo ingente el emprendido mucho antes del *Code* por los romanistas en la elaboración de un Derecho Civil Común, muy conectado con el Derecho Natural⁵⁹.

⁵⁷ Palomeque, C., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pp. 35 ss. En parecido sentido, Veneziani B., conjuga los ideales teóricos aportados por Domat y Pothier con las razones económicas de la flexibilidad estructural del arrendamiento, que permitía a la parte fuerte determinar a voluntad el uso de los servicios a prestar: “The Evolution of the Contract of Employment”, p. 57.

⁵⁸ En sus obras *Systema naturae*, 1735, y *Philosophia botánica*, 1751.

⁵⁹ El latín y el Digesto permitieron converger por toda Europa en el ideal de la unidad del Derecho. De este modo el holandés al que se atribuye la tripartición del arrendamiento que fue recogida por los pandectistas alemanes a partir de su traducción en 1820 escribía a fines del siglo XVII en latín (la ya citada obra de Voet, J., cuyo título completo es *Commentarius ad pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum et praecipuae fori quaestiones excutiuntur*, apud Johannes Verbessel, Lugduni Batavorum M.DC.XCVIII). Todavía hoy es motivo de asombro el *Traité des Obligations*, de Pothier, escrito en 1761, por la facilidad con que el autor maneja las obras de estudiosos italianos, franceses, alemanes u holandeses – y algún que otro británico – junto a las leyes históricas y vigentes en Francia. En su “Observación general sobre el Tratado precedente y los siguientes”, con que termina el libro, el autor expone la doctrina común sobre la falta o incumplimiento de la prestación en los contratos, e indica: “Tal ha sido hasta el presente la doctrina unánimemente sostenida por todos los intérpretes de las leyes romanas y por los autores de tratados de Derecho. Es la doctrina de Accursio, de Alciat, de Cujas, de Duaren, de d’Avezan, de Vinnius, de Heineccius...” (*Traité des Obligations*, p. 453). En tan breve espacio ha citado autores de cuatro países y muy

Que un negocio tan frecuente como el de contratar los servicios de un trabajador quedara fuera del Código parecía casi un desatino, máxime cuando existía toda una tradición de siglos que lo incluía en el arrendamiento de cosas. Todavía las dudas de Pothier sobre las grandes semejanzas de la *locatio operarum* con la compraventa de fuerza de trabajo⁶⁰ permitieron abrir un animado debate, que adquiriría tonos polémicos a fines del XIX, entre la calificación como venta o como arrendamiento de fuerza de trabajo, teniendo a Max como principal valedor de la primera (“alienación”), pero siempre con el Código Civil como fondo⁶¹.

Pues bien, en todo el recorrido del arrendamiento de servicios no se produce una distinción entre el libre y el subordinado, no hay la más mínima matización respecto a que la subordinación pueda servir como crisol para ahorrar un tipo de contrato que no pueda hallar cobijo en el arrendamiento del Código, de los Códigos. A lo sumo en los fueros y costumbres medievales se distingue entre el trabajo doméstico y sus asimilados, en situación servil “a lo que ordene el amo”, y el trabajo de los menestrales y jornaleros de pan llevar, duro pero circunscrito a las tareas pactadas. En cuanto a los tratadistas, parten de la idea unitario del arrendamiento de servicios, que comprende en su generosa estructura tanto a la prestación libre como a la subordinada. Ya a comienzos del siglo XX lo justificaba Barassi, por si el dato necesitara alguna justificación, en que la situación económica de la parte débil no entraba en la estructura del contrato, por lo que no era óbice para que el contrato de trabajo continuara perteneciendo al arrendamiento de servicios⁶².

A pesar de las teorías y de los antecedentes, voces discrepantes surgieron ya con la promulgación de los Códigos. Los primeros comentarios del *Code Napoléon* explicaban que el art. 1781 solo se aplicaba a los jornaleros, asimilables a los domésticos⁶³, lo que significaba tanto como excluir, indica

diferentes épocas, mientras que con frecuencia cita a Pufendorf y a las Costumbres de Orleans. Pese a todo algunos críticos pusieron de relieve “sus debilidades teóricas”, aunque todos coinciden en destacar su “influencia innegable” sobre los redactores del *Code Napoléon* (Halpérin J. L., *Preface* a la edición del *Traité* por Ed. Dalloz, París, 2011, p. 10).

⁶⁰ Veneziani, B., *cit.*, p. 58.

⁶¹ Cfr. Salvioli, G., *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Universidad de Palermo 1891, después publicado como *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Ed. Reber, Palermo, 1906. Hay traducción al español con el título *El derecho civil y el proletariado*, Sevilla (Universidad), 1979.

⁶² Vid. *supra*, nota 6.

⁶³ Así, uno de los redactores del Code Civil, Maleville, J., *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'État*, 2ª ed., Ed. Garnery et Laporte, París 1807, p. 473.

Cottureau, al 80 o 90 por 100 de los obreros de la época⁶⁴. En España, Manresa y Navarro limitaba las normas del Código a los criados (domésticos), rechazando la ampliación a institutrices, secretarios y demás personal doméstico no manual⁶⁵. A principios del siglo XX, Grousseau se preguntaba por qué el contrato de trabajo se encontraba colocado en el arrendamiento al lado de las cosas y de los animales⁶⁶, y el gran laboralista Hinojosa Ferrer manifestaba su opinión contraria a atribuirle naturaleza arrendaticia, “a pesar de la aparente semejanza que con él establece el carácter temporal de uno y otro y la forma del pago del salario y del canon o merced”⁶⁷. Como ya se ha indicado, bastantes autores se pronunciaron a favor de la calificación como compraventa, y el sonoro debate protagonizado por Barassi y Carnelutti sobre la naturaleza del contrato de trabajo aún persistía en 1931, pues el segundo autor mantenía firmemente el carácter de compraventa⁶⁸.

Estaba claro que el *Code* de 1804 había realizado una opción fuertemente política, gestado como lo fue en el ambiente del Consulado. Los redactores del mismo eligieron el enfoque contractualista y arrendaticio porque de tal modo distanciaban al trabajo ordinario de la servidumbre y la esclavitud, tan vinculados al Antiguo Régimen y caracterizados por su forzosidad y su eficacia por toda la vida. Y trataron de aplicarlo a toda situación contractual, fuerte o débil, que conocieran, convencidos de la bondad de su talante omnicompreensivo.

Ahora bien: a mi juicio hay dos objeciones a la calificación civilista del contrato de trabajo como arrendamiento, una de fondo y otra de forma.

a) En cuanto al fondo, ¿estaban el *Code Napoléon* e incluso el Código Civil español, a la altura del tiempo en que se escribieron, en condiciones de saber de lo que nosotros discutimos? Los obreros industriales, caracterizados por su masificación y su elevada disciplina, asimilados a un ejército por los comentaristas por sus duras condiciones de obediencia a los capataces, no los vamos a encontrar en los Códigos del XIX. El artículo más característico de la regulación civil del arrendamiento de servicios, el de la presunción de certeza del pago y el quantum del salario, menciona en concreto al criado doméstico y al sirviente doméstico; en

⁶⁴ Cottureau, A., *Justice et injustice ordinaire*, p. 58.

⁶⁵ Manresa y Navarro J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Ed. Revista de Legislación, Madrid 1890. Cito por la edición de Ed. Reus, Madrid 1987, pp. 688-689.

⁶⁶ Grousseau, *Le contrat de travail et le Code Civil*, París 1908, pp. 50 ss.

⁶⁷ Hinojosa Ferrer, J., *El contrato de trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 10.

⁶⁸ Cfr. Vardaro G. y Veneziani B., “La Rivista di Diritto Commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini”, *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, p. 481.

otros dos artículos se habla confusamente de “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra”, pero parece que en realidad se está refiriendo con distintos apelativos a los pequeños autónomos o artesanos⁶⁹ con contratos de obra o de servicio libres.

Típico y característico de los Códigos del XIX va a ser su preocupación por las situaciones agrícolas y familiares, por su mentalidad patriarcal, de la que es paradigma el bucólico y delicioso artículo 612 del CC español, que no me resisto a transcribir en su integridad:

“El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado”.

Las normas sobre el enjambre de abejas provienen del Derecho Romano – estas sí –, y pasan al *Code Napoléon*, y de ahí al Código italiano de 1865, al español de 1889 y a otros muchos Códigos europeos y latinoamericanos⁷⁰. Pese a todo, cabría aludir a actividades masificadas y disciplinadas como la minería, tan importante en Francia⁷¹, o las manufacturas multitudinarias

⁶⁹ Por menestral se entendía a los “oficios viles” del Ordenamiento de Menestrales de las Cortes de Valladolid de 1358 (repárese en la proximidad cronológica con los Statute of Labourers ingleses de 1349 y 1350, antecedentes del Statute of Artificers de 1563). El concepto proviene de *ministerium*, como se denominaba en el imperio carolingio a las asociaciones de oficios dependientes del fisco regio (Gibert, R., *El contrato de servicios en el Derecho Medieval Español*, p. 30, nota 82; el mismo autor, p. 31, habla de que los armeros, herreros, sastres, etc., son todos menestrales que cobran por obra hecha y no se someten personalmente a un señor).

⁷⁰ Es mérito de Ulrich Zachert haber ironizado sobre la huida del panal de abejas como espíritu del Código Civil para criticar la adscripción del contrato de trabajo a su articulado.

⁷¹ Las obras clásicas sobre la minería francesa son las de Trempé, R., *Les mineurs de Carmaux, 1848-1914*, Editions Ouvrières, París, 1971, y Mattéi, B., *Rebelle, rebelle!: Révoltes et mythes du mineur, 1830-1946*, Ed. Champ Vallon, 1987. En estas obras se indica que el salario de los mineros se pagaba por día, y que por ejemplo en la gran huelga de 1824 en la cuenca hullera del Norte-Paso de Calais quien enfrentaría a los mineros que se negaban a trabajar sería el ejército.

que ya existían en el país, por ejemplo en el sector textil, para admitir que no era la perspectiva objetiva, sino la visión subjetiva, lo que fallaba en el Código, o dicho en otros términos, que la Francia revolucionaria de fines del XVIII y principios del XIX sabía ya lo suficiente de obreros industriales, y si limitó cuidadosamente su espacio visual a domésticos, criados y pequeños autónomos sin duda se debió a una decisión perfectamente consciente de sus redactores.

Sin embargo la masificación no es el único rasgo distintivo de la fábrica, y de ahí que tanto Pothier como los legisladores del Consulado menospreciaran lo que para ellos era una simple diferencia cuantitativa. La diferencia de calidad que no advirtieron la había señalado con precisión de cirujano en 1776 Adam Smith en una obra de fuerte impacto en su época⁷²: la fábrica se caracteriza por lo mismo que el ejército, por una gran masa de personas actuando coordinadamente bajo el régimen de la división del trabajo y con el condicionante del ritmo de las máquinas. El trabajo colectivo, la labor simultánea e imbricada de unos con otros, falta en la manufactura, donde una cierta cantidad de personas trabaja al mismo tiempo en régimen artesanal, cada una elaborando una unidad completa de mercancía. En cuanto al Código Civil español de 1889, ya las Cortes habían recibido a comisiones de trabajadores para escucharlos sobre la cuestión social, y sabían de su existencia en las regiones industrializadas de País Vasco y Cataluña, las revoluciones de 1848 en Francia, Prusia, Austria, Hungría e Italia habían puesto de relieve el poder obrero..., pero tenían problemas más graves que atender y no quisieron separarse de su referente⁷³.

⁷² *La riqueza de las naciones*, 1776. Una traducción alemana aparece ya en 1794. Su impacto debió ser enorme en la época, pues Hegel insertó largas y continuas referencias a ella en sus apuntes de la época de Jena (1801-1807), como señala Alonso Olea, M., *cit.*, p. 83. “La división del trabajo está en la esencia misma de *La riqueza de las naciones* impregnando todas sus páginas desde la primera, terminológica y conceptualmente” (Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 100). Ni siquiera se menciona la tradicional distinción entre domésticos y jornaleros: toda la obra va dedicada al obrero de fábrica en un retablo de grandeza monumental. El trabajo de que habla Smith es el mercantil e industrial, y si hay alguna referencia al agrario es para tratar de los esclavos de las colonias, que aprovecha para hacer gala de otro tipo de abstracción muy distinta a la pandectista, la sociológica (Smith, A., *La riqueza de las naciones*, cap. I.VII, “Los efectos de la esclavitud sobre la población y sobre el empleo”).

⁷³ Recordemos simplemente que la Comisión de Reformas Sociales se funda en 1883. El movimiento obrero en aquellas fechas era fuerte y potente, y se remontaba en Reino Unido a 1667 con el sindicato de sombreros de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Journeymen Hatter’s Trade Union. Tan antiguo, que motivó la polémica, aún hoy residual, entre quienes consideraban al sindicato como continuación del gremio medieval, y quienes no veían ningún lazo de unión entre ambos, una polémica iniciada entre

Así pues, bajo tal enfoque la codificación francesa minusvaloró las diferencias cualitativas entre por una parte la artesanía y la manufactura, muy abundantes en ese momento, y por otra la industria fabril, que arrancaba con fuerza en Gran Bretaña y comenzaba a conocerse tímidamente en el continente.

b) La objeción que me parece más importante a la no inclusión del contrato de trabajo en los arrendamientos del Código Civil no es de fondo, sino de forma, o si se quiere, de metodología formal o de técnica exclusivamente jurídica. Parto de una afirmación aparentemente anodina, la de que el “mundo” que visualizaba el Código no comprendía a todo el Derecho, sino que solo abarcaba al Derecho Civil. Fuera de él quedaba una enorme e importantísima materia que ya había sido objeto del llamado *Code Savary* de 1673, u Ordenanza del Comercio, porque al margen del Derecho Romano y del Derecho Común se había desarrollado esa otra normativa consuetudinaria, forjada en las ferias comerciales y los puertos de mar por las decisiones de los cónsules de mar y de tierra⁷⁴ que pronto recibió el nombre de *Lex Mercatoria*.

De la importancia de este segmento jurídico da idea el que, a pesar de no ser objeto de estudio por los romanistas ni de enseñarse en las Universidades, recibió la codificación que menciono, completada por otro Código, la famosa Ordenanza de la Marina de 1681⁷⁵. Por tanto si el *Code Napoléon* obvió la regulación del comercio y de los comerciantes se debió a que tradicionalmente lo concerniente a este sector jurídico había sido dejado de lado por el Derecho Civil y confiado a los propios comerciantes, a sus cónsules y a sus costumbres, una rama jurídica que por efecto del comercio internacional había alcanzado un notable grado de uniformidad, conformando “otro Derecho Común”. Era cuestión de los comerciantes, como siempre había sido, y el legislador no debía inmiscuirse, como predicaba el liberalismo económico, sino a lo sumo recopilar lo establecido por ellos. A las Ordenanzas del XVII siguió el Código de Comercio de 1807, pocos años más tarde del *Code Civil* y en

Brentano, L. (*Die Arbeiter Gilden der Gegenwart*, dos vols., Leipzig 1871-1872) y los esposos Webb, S. y B. (*The History of Trade Unionism*, Longmans Green, Londres 1894, págs. 31 ss. de la edición en español, *Historia del Sindicalismo 1666-1920*, MTSS, Madrid 1990). A lo que parece, sindicatos y patronales nacen como reacción uno de la otra o viceversa. En el caso del sindicato de sombreros británico se debió a la creación de la patronal de fabricantes de fieltros (Felmakers' Company) ese mismo año, con unos estatutos concedidos por Carlos II, como indican los esposos WEBB, *cit.*, p. 45.

⁷⁴ Así se llamaban en España aún en el siglo XIX.

⁷⁵ Vid. Serna Vallejo, M., “La ordenanza francesa de la marina de 1681: unificación, refundición y fraccionamiento del derecho marítimo en Europa”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVIII, 2009, pp. 233 ss.

línea con aquellas Ordenanzas. Por tanto, cabe razonablemente entender que la regulación de las industrias y de los industriales fue adjudicada al Derecho Mercantil, y el contrato de éstos con sus obreros quedó en una situación incierta. No fue ésto lo que propugnaron los estudiosos de la Escuela de la Exégesis ni el Tribunal Supremo francés, en su afán omnicompreensivo, y en su favor cabría alegar que el propio *Code Civil* de 1804 regulaba a la persona jurídica y las sociedades, aunque solo a las civiles, no a las mercantiles, por acciones o en comandita⁷⁶.

En Italia, por su parte, el primer Código de Comercio unitario surge al mismo tiempo que el Código Civil de Pisanelli, en 1865, y aún habrá un segundo Código de Comercio, el de 1882, antes del Civil de 1942. En España la evolución es aún más extraña, pues dos Códigos de Comercio sucesivos anteceden al Código Civil, ya que se promulga en 1829 el primero, y en 1885 el actual, con precedencia al Civil de 1889⁷⁷.

En resumen, los Códigos Civiles del XIX regularon todo lo concerniente al cives, en línea con el ámbito marcado por el Derecho Romano, dejando fuera a la economía y a sus protagonistas, los comerciantes e industriales, que se ajustaban a normas y fueros distintos de los civiles. Y lo que el cives tenía en su ámbito de actividad era el servicio doméstico, el obrero agrícola y el pequeño artesano, un mundo exquisitamente minúsculo que permanecerá durante bastantes años excluido del contrato de trabajo y del Derecho Obrero.

El contrato de trabajo no pudo desarrollarse desde ahí, por mucho que lo defendiera Barassi, porque ni los Códigos civiles lo pretendían, ni el fenómeno del ejército industrial se ajustaba a las relaciones pausadas y *tête à tête* del Derecho Civil. Hablamos de cientos de obreros entrando a golpe de silbato o de sirena en la gran factoría, con unas dimensiones hoy casi desconocidas en Occidente⁷⁸, con unas normas draconianas transmitidas

⁷⁶ Sobre las universidades, corporaciones y colegios como personas jurídicas en el Digesto cfr. por ejemplo Savigny, F. K., *Sistema de Derecho Romano actual*, Cap. II.LXXXV, pp. 286 ss. Recuérdense también las *societates publicanorum* de tan opaca memoria en la Roma republicana: Ferrer Maestro, J. J., *La República participada: intereses privados y negocios públicos en Roma*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana 2005, passim. Aportaban, no obstante, la mayoría del personal [privado] para la gestión de las obras y servicios públicos contratados con el Estado romano: Varela Gil, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Dykinson, Madrid 2008, p. 71.

⁷⁷ Bien es cierto que hubo varios proyectos importantes de Código Civil que influyeron en el Código actualmente vigente, los de 1821 y de 1851, aunque sin lograr ser promulgados, bloqueados por la cuestión foral.

⁷⁸ “Esas inmensas construcciones llamadas fábricas”, como las ponderaba a fines del XIX, Manresa y Navarro J. M., *Comentarios al Código Civil español*, cit., pp. 672 ss. Los excesos de la gran industria, no solo en el tamaño, apuntan actualmente hacia dos

por los reglamentos de taller y con una tarea limitada a una o algunas fases del proceso productivo.

Ahora bien: no hallamos en ningún Código de Comercio referencia alguna al contrato de trabajo, ni tampoco algo que pudiera aproximarse a una regulación marco en donde insertarlo, del tipo del arrendamiento de servicios del Código Civil. Pero la objeción ni es sustantiva ni afecta a lo que venimos comentando, a saber, el ámbito objetivo de los Códigos Civiles. No es sustantiva porque los Códigos de Comercio solo pretendieron reunir el Derecho consuetudinario de los comerciantes e industriales contemplado durante siglos en leyes no escritas, y ese Derecho contenía los aspectos fragmentarios que al comerciante interesaban, la quiebra de la empresa, la responsabilidad del accionista, la pérdida o avería del barco, el seguro de las mercancías, el préstamo a la gruesa. La tradición mercantil no surgió del Derecho Romano que se transmitió por el Corpus Iuris justiniano ni se estudiaría con avidez por los romanistas medievales y modernos, sino de las consuetudines que paulatinamente las ciudades y los reyes pusieron por escrito: Ordenanzas de la Hansa, Libro del Consulado del Mar, Rollos de Oleron, y tantas otras recopilaciones normativas⁷⁹.

Los Códigos de Comercio recogieron ese otro mundo restringido que no pretendía ser armónico y absoluto, y se referirían a los trabajadores

grandes áreas, una geográfica, Asia, y otra sectorial, las TICs. De sus pautas pueden dar idea las trágicas noticias de stress laboral entre empleados de conocidas Telecoms o de las catástrofes industriales producidas por la masificación como las del Rana Plaza en Dacca (Bangladesh).

⁷⁹ Si bien el Derecho Romano conoció instituciones mercantiles importantes, al punto e que actualmente ha surgido una robusta línea de investigación sobre el Derecho Mercantil Romano: cfr., por ejemplo, Cerami, P., “Diritto commerciale romano: dalla prassi dello scambio all’*exercitio negotiationis*”, *Studi Sienesi*, n. 119, 2007, pp. 238 ss.; Cerami, P., Di Porto, A. y Petrucci, A., *Diritto Commerciale Romano. Profilo storico*, Giappichelli, Turín, 2004; Di Porto, A., “Il diritto commerciale romano. Una ‘zona d’ombra’ nell’*storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne*, Jovene, Napoles, 1997, p. 413 ss.; Di Porto, A., *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica (II sec.a.C.-II sec.d.C.)*, Instituto di diritto romano e dei diritti dell’Oriente mediterraneo, Università di Roma, Roma, 1984; Solidoro, L., “Annotazione sullo studio storico del diritto commerciale”, *Teoria e storia del diritto privato*, II, 2009, p. 6 ss. He dedicado a este tema un mayor detalle en mi artículo “La levedad de la *locatio conductio* en el origen del moderno contrato de trabajo”, *Annaeus*. Anales de la Tradición Romanística, Número especial in honorem Giuliano Crifò, de próxima aparición. En otro orden de cosas, dejó al margen los estatutos de las corporaciones de oficios y de gremios existentes en cualquier ciudad medieval de cierta envergadura, por su distinto enfoque no contractual sino corporativo.

cuando hablaban de los empleados del comerciante o de la tripulación de los buques, pero no entrarían a contemplar a los obreros de las fábricas porque sobre ellos no había tradición ni, en ese momento, trascendencia. Aquellos Códigos mercantiles no quedaron sometidos a los análisis globales, a las categorías generales y a las clasificaciones exhaustivas tan caros al Derecho Civil desde las Instituciones de Gayo, por lo que dejaron fuera lo que les pareció menos importante. Una materia, como tantas voces dijeron en aquella época, muy politizada por controles salariales y de circulación y sometida a las normas de policía, pero en todo caso con normas de todo tipo que no merecieron la fortuna de ser codificadas. Pero cuando en los siglos XVIII y XIX las fábricas acogen a miles de obreros en una masificación que se dio en llamar ejército industrial, ninguna de las múltiples denominaciones que nos han llegado de los contratos laborales que se suscribían en ellas se denominó arrendamiento.

4. Bibliografía

- Alonso, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1987.
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901.
- Batiza, R., *Domat, Pothier and the Code Napoléon : some observations concerning the actual sources of the french civil code*, Mexico, 1973.
- Cottureau, A., *Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 219.
- Ferrer, H., *El contrato de trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 10.
- Frank, C., *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Ashgate, Farnham 2010.
- Gamillscheg, F., *Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des individual Arbeitsrecht*, Archiv für die zivilistische Praxis, nn. 2-3, 1976, 206 ss.
- Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, Madrid 2006, capítulo 5, redactado por Arufe Varela.
- Gómez, A., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 60, 1951, pp. 33 ss.
- Lyon-Caen, G., *Le droit du travail. Une technique reversible*, París, 1955, p. 22.

- López, G., La construcción jurídica del contrato de trabajo, en AA.VV. (Rojas Rivero G., coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 35-36.
- Mayer-Maly, T., “Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts”, *Recht der Arbeit*, nn. 8-9, 1967, pp. 281 ss.
- Nogler, L., *The Concept of ‘Subordination’ in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento 2009, p. 25.
- Péllissier J., Supiot A. y Jeammaud A., *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2004, p. 10.
- Romagnoli, U., “Introduzione”, en AA.VV. (Pedrazzoli, M., coord.), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 17.
- Stolfi, N., *Diritto Civile. I contratti speciali*, Turín, 1934.
- Vardaro, G. y Veneziani, B., “La Rivista di Diritto Commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini”, *Quaderni Fiorentini*, n. 16, 1987, p. 481.
- Veneziani, B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 68.

Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador

Juan RASO DELGUE*

RESUMEN: Las tecnologías han ido adaptando las relaciones sociales a ellas, para su mejor desenvolvimiento y desarrollo. Las relaciones interpersonales, entre ellas las laborales, se han tenido que modificar para mantener un mejor entorno de trabajo. A través de la lectura del presente artículo se ejemplifica de mejor manera hasta qué punto las nuevas tecnologías han abarcado gran parte de nuestra vida y nuestras actividades. Así mismo, como el mercado de trabajo ha ido justificando conductas de trabajo en el entorno laboral inadecuadas a raíz del uso indebido de las mismas. Sin embargo, estas nuevas tecnologías no han sido muy benéficas para la protección de datos personales y el derecho a la intimidad de los trabajadores en una relación laboral.

Palabras clave: Nuevas tecnologías, telecomunicaciones, relación laboral, trabajadores, teledisponibilidad, datos personales, instrumentos tecnológicos de control, derecho a la intimidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Internet, correo electrónico y derechos a la intimidad/privacidad. 3. El desarrollo de instrumentos tecnológicos de control del trabajador. 4. El tratamiento de datos personales de los trabajadores. 5. La dependencia a distancia o *teledisponibilidad*. 6. AGESIC: la Agencia de Estado que regula y controla el uso de los instrumentos electrónicos. 7. Una reflexión final: la vuelta a los “principios”. 8. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Relaciones Laborales de la Universidad de la República – Montevideo, Uruguay.

1. Introducción

Cuando el hombre aterrizó en la luna, fantaseó con la idea de poder un día colonizar el satélite natural de la tierra. Han pasado más de cuatro décadas desde aquel día y en realidad la hipótesis de colonizar la luna es aún remota y despierta pocas emociones.

Lo que no podíamos imaginar en el lejano mes de julio de 1969 es que ese ambicioso proyecto de la “conquista del espacio”, tendría como resultado principal avances inimaginables en el mundo de las comunicaciones. En efecto, en el marco de ese plan se lanzaron al espacio centenares de satélites artificiales que levantaron una red global de telecomunicaciones, la misma red que constituye hoy el principal sistema de control sobre la tierra. Sin ese desarrollo extraordinario de las informaciones y comunicaciones, no podríamos hoy imaginar Internet, las tecnologías GPS, las computadoras cada vez más potentes y menos costosas, los *blackberry*, las redes sociales y tantas nuevas expresiones de este descomunal avance, que confluyen en esa telaraña global que alcanza todos los aspectos de nuestra vida. Queríamos colonizar la luna y terminamos colonizándonos a nosotros mismos. Orwell lo había imaginado unas décadas antes: hoy vivimos y trabajamos controlados.

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto profundo en todos los aspectos de la vida cotidiana. En particular, han marcado su presencia en las diversas formas de organización del trabajo y en la propia actividad y vida privada de los trabajadores.

Un nuevo campo de batalla se ha abierto entre los derechos del empleador y las tutelas de los trabajadores. Por un lado ha cambiado la morfología de la subordinación (hablamos de teledependencia), por el otro existen nuevos espacios donde es difícil establecer el límite entre las obligaciones de la empresa y las que debe observar el trabajador⁸⁰.

2. Internet, correo electrónico y derechos a la intimidad/privacidad

En la cuestión de las tecnologías informáticas y el contrato de trabajo (que especialmente en el dominio del correo electrónico e Internet ponen en crisis el derecho a la intimidad del trabajador) comprobamos que existe

⁸⁰ Pérez de los Cobos Orihuel, F., *La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica*, en AA.VV., *La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Ed. Lixis Nexis, Santiago de Chile, julio 2005, p. 170.

una “mezcla explosiva entre la vida profesional y la vida privada”⁸¹. La problemática actual de control en la red (¿cuáles serán las futuras?) alcanzan los correos electrónicos, las páginas web, el chat, internet e intranet, el *Facebook* (donde el empleador puede revisar lo que sus empleados voluntariamente anotan en la red e ir creando un perfil de cada uno), el *LinkedIn*, los blogs, etc.⁸².

Podemos definir al “correo electrónico” como «un servicio de mensajería electrónica, que tiene por objeto la comunicación no interactiva de textos, datos, imágenes o mensajes de voz entre un “originador” y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones»⁸³.

La principal cuestión laboral que plantea hoy el uso del correo electrónico es la delimitación entre los derechos de la empresa de monitorear y disciplinar ese uso y el derecho a la intimidad del trabajador para oponerse a que el empleador ingrese en el espacio privado, representado por que es el uso personal de su casilla.

La jurisprudencia uruguaya ha sido a comienzos del año 2000 severa sobre el uso de Internet por parte del trabajador en el lugar de trabajo y a través de las máquinas o el servidor de la empresa. Algunos criterios que se han señalado en las sentencias son:

- a) Innecesidad de advertir a los trabajadores sobre el no uso de computadoras, porque el computador al igual que las diferentes herramientas que se proveen al trabajador son para uso de la empresa, no para el uso personal de los distintos operarios o empleados.
- b) El uso reiterado de las herramientas informáticas para fines particulares en el centro de trabajo y en horario laboral implica un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo.
- c) El uso del ordenador, en cuanto que instrumento de trabajo inherente a la actividad y organización empresarial, debe ser tratado desde la perspectiva de la buena fe contractual debida a todo contratante. Si el trabajador utiliza el correo para asuntos personales, como por ejemplo para enviar chistes, mensajes religiosos, noticias, enlaces de Internet o cualquier otra actuación ajena a su trabajo, está utilizando para asuntos personales una mensajería laboral que no le pertenece y ello determina una clara violación de los deberes de buena fe y lealtad propios de toda

⁸¹ Ray, J.-E., “Droit du travail et TIC (I)”, *Droit Social*, V. 70, n. 2, Paris, 2007, p. 142 (trad. del autor).

⁸² Cfr. Spiwak Lew P., *Videovigilancia laboral: ¿El derecho laboral bajo control?* (inéd.).

⁸³ Sentencia n. 312/2004 de 26 de agosto de 2004 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo uruguayo de 1er Turno.

relación laboral⁸⁴.

La doctrina nacional en cambio fue más prudente, valorando el derecho a la intimidad de los trabajadores. Así Spiwak expresa que el correo electrónico “crea una potencial disyuntiva entre el derecho a la intimidad del trabajador y la facultad del empleador de organizar y dirigir su empresa” y concluye afirmando que “el empleador no está habilitado – en principio a monitorear el contenido del correo electrónico en tanto el derecho a la intimidad es un derecho que no admite renuncia previa ni genérica. De hacerlo, estaría infringiendo el derecho a la intimidad del trabajador – que subsiste en el ámbito laboral –, contraviniendo el artículo 28 de la Constitución Nacional”⁸⁵. Por su parte y en forma coincidente Becerra y Casalás expresan que el correo electrónico es asimilado a un servicio de correo postal y por tanto su reserva debe ser protegida⁸⁶. Afirman que los poderes de vigilancia y control derivados del derecho de propiedad, tienen como límite la dignidad humana del trabajador y la intimidad, por lo que siendo el correo electrónico un mensaje de persona a persona, su interceptación encarta en las previsiones del artículo 28 de la Constitución y además es un delito penal⁸⁷.

La posición de la doctrina ha sido recogida a partir del año 2011 por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno. El primer caso refiere a una empresa que despide por notoria mala conducta a una trabajadora reingresada al trabajo luego haber dado a luz a su hijo. El despido fue motivado en el uso del correo electrónico de propiedad de la empresa “en forma indebida durante el horario de labor, por dilatado tiempo, con móviles personales y particulares, incluso ofensivos y agraviantes para con la empleadora y compañeros de trabajo, a sabiendas de que solo podía ser utilizado para tareas inherentes a la labor”. El Tribunal observa que esas comunicaciones no se realizaron por emails, sino a través del chat y considera que la diferencia importa. Citando Wikipedia – el Tribunal expresa: “el chat (término proveniente del inglés que en español equivale a charla) también conocido como cibercharla designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea a través de Internet entre dos o más personas, ya sea de manera pública a través de los llamados chats públicos (mediante los cuales cualquier usuario puede tener acceso a la

⁸⁴ Ver sentencia citada en nota 4 y Sentencia n. 103/2007 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo uruguayo de 1er Turno en La Justicia Uruguaya, T. 138, caso 15.707, Montevideo 2008.

⁸⁵ Spiwak Lew, P., “El correo electrónico en el ámbito laboral”, *Der. Laboral*, T. XLVIII, n. 220, Montevideo Octubre-Diciembre 2015.

⁸⁶ Becerra Barreiro R. y Casalás Viera C., *El impacto de las nuevas tecnologías...*, cit. p. 7.

⁸⁷ *Ídem*.

conversación) o privada, en las que se comunican solo dos personas a la vez”. En cambio el correo electrónico es “el servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la común ilación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un originador y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones”. El Tribunal considera que “al momento de encontrar una equivalencia con los métodos de comunicación humana, puede considerarse que el *chateo* es asimilable a una conversación, mientras que la comunicación a través de correo electrónico es un intercambio de correspondencia. (...) Si nos preguntáramos si constituye notoria mala conducta que dos empleados hablen durante su horario de trabajo sin que nadie supiera el contenido de su conversación y sin que nadie los escuchara, tal vez sería más fácil darse cuenta de la solución del problema, puesto que la pregunta a contestar sería ¿en qué medida esa actitud determina consecuencias en la realización del trabajo?, puesto que si al cabo del día el rendimiento no varía, sería muy difícil considerar que se había configurado la eximente”. El Tribunal concluye que “no existió notoria mala conducta porque la demandada no demostró que haber dedicado tiempo a chatear hubiera implicado una disminución del rendimiento de la actora (...), no se demostró una consecuencia lesiva con respecto al rendimiento de la actora”⁸⁸.

El mismo Tribunal, en otra sentencia dictada el mes de la anterior, juzga la situación de una trabajadora despedida por notoria mala conducta porque – en un período de suspensión disciplinaria – ingresa a *Skype*, con la clave personal que le dio la empresa para realizar tareas de trabajo y mantiene conversaciones con otra funcionaria en términos negativos para la empresa. El Tribunal entiende que “la empresa al haber revisado la correspondencia de la actora vía *Skype* sin su autorización o presencia, excedió en el ejercicio de su poder de dirección (...) el empleador conculcó un derecho inespecífico y de rango constitucional de la trabajadora: a pesar de su clave de acceso restringida, violentó la comunicación interna de la trabajadora con otra dependiente”. El Tribunal concluye que “el uso de la tecnología no constituye ni más ni menos que una herramienta de trabajo cuyas virtudes, de ningún modo autorizan a arrasar con derechos fundamentales del trabajador”⁸⁹, por lo que considera que no puede la empresa alegar la notoria mala conducta de la trabajadora.

La nueva jurisprudencia que hemos citado no permite afirmar que existe

⁸⁸ TAT 1º, Sent. n. 71 de 9.3.1011.

⁸⁹ TAT 1º, Sent. n. 119 de 27.4.2011 en AJL 2011, c. 449.

un cambio de orientación de la jurisprudencia uruguaya, pero de todos modos profundiza aspectos nuevos vinculados a los derechos del trabajador, que con anterioridad no se tomaban en consideración.

También en el conflicto entre intereses objetivos de la empresa y la privacidad del trabajador importará examinar cuestiones como la buena fe y lealtad de los contratantes; los contenidos de los mensajes, cuando estos impliquen discriminación, acoso, desvalorización política, étnica o religiosa, etc.; el tiempo utilizado en horario de trabajo para el uso de internet con fines particulares.

Opinamos que no es posible invocar los derechos de la intimidad y/o privacidad del trabajador, cuando el accionar de éste persigue designios, planes, intenciones delictivas. En estos casos se justifica una actitud invasiva de la empresa en la privacidad del trabajador, porque ella obedece al derecho/deber del empleador de organizar y asegurar un ambiente laboral sano para todas las personas que ahí trabajan.

3. El desarrollo de instrumentos tecnológicos de control del trabajador

Las posibilidades de control del empleador sobre el trabajador han sido potenciadas por las nuevas tecnologías aplicada a viejos o nuevos sistemas de monitoreo. Entre los instrumentos de control más conocidos, podemos enumerar cámaras filmadoras, cámaras fotográficas, micrófonos, teléfonos celulares, localizadores GPS del personal (como pulseras), además de GPS en los vehículos, registros de huellas digitales o de la manos, sistemas cerrados de televisión, software para medir presión arterial mientras se trabaja en la computadora, pantallazos desde la computadora para vigilar al que la utiliza, etc.⁹⁰.

Debe existir en nuestra opinión criterios de proporcionalidad para determinar si es legítimo el control del trabajador. Dicha *proporcionalidad* podrá estar perfilada por los siguientes requisitos:

- a) *idoneidad*: la medida de control debe ser susceptible de corregir el objetivo propuesto;
- b) *necesidad*: la medida debe ser además necesaria, en el sentido que no deben existir otras medidas más moderadas, menos perjudiciales o lesivas para el trabajador, para la consecución del mismo propósito con igual eficacia;
- c) *transparencia*: el empleador debe indicar en forma clara y abierta con qué

⁹⁰ *Cit.*, Spiwak Lew P.

elemento realizará su control;

d) *legitimidad*: el tratamiento de datos de un trabajador debe tener en cuenta los derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, con lo cual solo se justifica la utilización o denuncia de estos datos, cuando la decisión de la empresa responda a un interés objetivo y refiera a cuestiones que atentan contra un ambiente sano de trabajo;

e) *conservación de datos*: los datos almacenados por el empleador no deben guardarse más del tiempo necesario;

f) *seguridad*: el empleador debe utilizar medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger los datos personales⁹¹.

4. El tratamiento de datos personales de los trabajadores

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación aportan precisión al registro de datos, los que pueden conservarse indefinidamente con escasas posibilidades de resistencia por parte del titular de esos datos. Pensemos tan solo en las terribles consecuencias de quedar “atrapado” en una página web por haber realizado algún acto de notoriedad y quedar perjudicado en el futuro *sine die*.

La moderna doctrina considera que la protección de los datos personales es un derecho fundamental, que incluso se ha calificado como un derecho humano de cuarta generación⁹². Dentro de los datos tienen particular relevancia los denominados datos sensibles, es decir aquellos datos que refieren a aspectos íntimos de la vida de las personas y de su familia, como – entre otros – la religión, el origen racial, la afiliación sindical, la ideología, la vida sexual, la salud, la gravidez, los test VIH, el consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, la orientación sexual, etc⁹³. Como expresa Brian Nougères “todo tratamiento de estos datos se deberá realizar con respeto a la dignidad de la persona, a la autonomía de la voluntad, y a la intimidad, en todo lo que refiere obtención, utilización, archivo, custodia y transmisión de la información y la documentación en

⁹¹ Ver sentencia del TJS de Madrid de 12.6.2001, referida por Romeo Casabona C. M, “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, V. 8, n. 15, Belo Horizonte, 2005, p. 48; Sentencia del Tribunal Constitucional de España n. 37/1998 de 17 de Febrero de 1998 y Sentencia n. 186/2000 de 10 de Julio de 2000.

⁹² Brian Nougères, A., “La protección de los datos concernientes a la salud de las personas”, *Rev. Derecho Informático*, Montevideo, 2007, p. 191.

⁹³ *Ídem*.

que consten datos personales”⁹⁴.

Debemos recordar que los problemas pueden plantearse aún antes del contrato de trabajo, es decir en la etapa de selección del trabajador. El acopio de datos que realiza la empresa de selección de personal o el mismo empleador puede ir desde el legítimo pedido de un curriculum a la realización de test psicológicos, hasta prácticas apoyadas en modernas tecnologías, que comienzan a difundirse cada vez más como grabar, filmar o tomar fotos en distintos planos del solicitante de un empleo en el difícil y estresante momento de la entrevista personal.

Obviamente es durante la propia relación de trabajo que el trabajador está sometido a un constante proceso de registro, acentuado por las nuevas tecnologías. De ellos el trabajador muchas veces no tiene clara conciencia, y en esa tarea de averiguación y registro aparecen nuevos sujetos dedicados a la tarea de reunir información, como el Estado (organismos fiscales o de seguridad social) y otras entidades (bancos, agencias de cobranza, instituciones médicas, registros de morosos). Las bases de datos se vuelven un nuevo producto que tiene precio en el mercado).

Las preguntas sobre esta realidad, que ha desbordado los controles, son muchas: ¿Quién está autorizado a realizar el registro y el almacenamiento de datos? ¿Dónde deberán estar depositados esos datos y por cuánto tiempo? ¿En qué medida es posible la utilización y difusión de los datos con relación a terceros o en un proceso judicial? Y finalmente, ¿qué datos es pertinente recabar y cuáles estarán vedados a toda solicitud de información?

En Uruguay, la Ley 18.331 expresa que “ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares” (art. 18).

La norma en realidad no ofrece garantías al trabajador, porque sabemos que el vínculo laboral le priva de cierta libertad de decisión por el interés que tiene en conseguir o conservar el trabajo, lo que lo predispone a otorgar su consentimiento. Por lo tanto compartimos – aún en presencia del art. 18 de la Ley 18.331 – lo expresado por Bronstein, en el sentido que el empleador no debe recabar datos personales que contengan información sensible, a menos que guarden una relación directa con una

⁹⁴ *Ídem*.

decisión legítima y no discriminatoria en materia de empleo y se cumplan las disposiciones de legislación nacional⁹⁵.

Siguiendo esta línea de razonamiento, podrían ser legítimas informaciones sobre alcoholismo para la contratación de un chofer de bus o un piloto de aviones, mientras sería manifiestamente ilegítima toda averiguación – aún con el consentimiento del trabajador – de la condición de gravidez de una trabajadora postulante a un empleo o de las condiciones de morbilidad de cualquier trabajador para un empleo tradicional⁹⁶. En la misma línea consideramos ilegítimos los exámenes genéticos o averiguaciones sobre la vida sexual, las ideas políticas, religiosas o gremiales y los antecedentes penales de un potencial trabajador. La actitud del empleador sería aún más censurable si las averiguaciones se realizaran a través de polígrafos, detectores u otros medios similares de comprobación de la realidad.

5. La dependencia a distancia o *teledisponibilidad*

Las nuevas tecnologías han desarrollado nuevas formas de trabajo que permiten integrarse a la actividad de la empresa a la distancia, lo que en general se conoce como teletrabajo. El hecho que el teletrabajador realice su actividad lejos de la empresa no significa necesariamente que organice en forma autónoma su trabajo, sino que muchas veces sigue ligado a la empresa para la que trabaja a través de formas de dirección y control tan o más intensas, que si trabajara en el mismo lugar físico de aquella⁹⁷.

Pero al hablar de dependencia a distancia o teledisponibilidad no nos referimos solo al teletrabajo, sino también a la práctica cada vez más generalizada del trabajo de retén o “de guardia” o “a disposición”. Esta práctica comenzó a difundirse a fines de la década de los '80 – con la

⁹⁵ Bronstein, A. S., “La protección de la vida privada en el lugar de trabajo”, en *Anales del II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Isla Margarita (Venezuela), abril-mayo 2008, p. 76. Quien recuerda la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en fallo del año 2000, condenando la empresa *South African Airways* por haber rechazado el empleo a un auxiliar de cabina, por el hecho de haber dado positivo en un test de VIH. La demandada argumentó sobre los riesgos potenciales de ese trabajador que trabajaba en estrecho contacto con los pasajeros, pero la sentencia rebatió el punto afirmando que se pueden enfrentar esos riesgos con un buen consejo profesional, seguimiento y administración de la adecuada medicación. Añadió la Corte que estaba en juego el interés superior de la sociedad que exige que se reconozca ante todo la dignidad inherente de cada ser humano y se eliminen todas las formas de discriminación.

⁹⁶ *Idem*, p. 78.

⁹⁷ *Cit.*, Pérez de los Cobos, Orihuel F., p. 170.

aparición primero de los bip-bip y luego de los celulares – en determinadas áreas: médicos, viajantes, seguridad. En la actualidad el trabajo de retén se ha multiplicado y alcanza de modo transversal todas las actividades y categorías laborales. En ello han influido dos cuestiones: la difusión masiva de los celulares y de internet, y la exposición cada vez más abierta a un mercado global que opera durante las 24 horas.

En algunos casos – especialmente en las planas gerenciales de las empresas – se exhiben con orgullosa ostentaciones los novedosos blackberry, celulares que permiten a su titular ingresar en Internet y recibir y enviar la correspondencia e-mail: los mismos son en definitiva instrumentos de subordinación on-line dentro y fuera de las horas de trabajo. Esto nos plantea la licitud de una obligación contractual de teledisponibilidad, es decir, de la obligación de estar localizable y dispuesto para incorporarse al trabajo, cuando ello sea requerido por el empleador⁹⁸.

El tema es de mucha actualidad y está fundamentalmente ligado a la cuestión de la retribución del trabajo de retén o “a disposición”, sobre el que se plantean diversas soluciones. Una primera posición es la de considerar que la disponibilidad forma parte de la propia obligación original del contrato de trabajo y por lo tanto no debe ser retribuida de modo especial o solo debe ser retribuido el tiempo efectivo de trabajo y no el tiempo a la orden (por ejemplo, en el caso de un médico de urgencias a domicilio solo sería retribuable el tiempo efectivo para la realización de la visita al paciente). Una segunda posición – amplia – permite afirmar que todo tiempo a la orden es asimilable al tiempo de trabajo y por lo tanto, cuando supera el límite de la jornada debe ser compensado como trabajo extraordinario o – como afirma nuestra Suprema Corte de Justicia – a tiempo simple, porque existe un mayor tiempo de trabajo a la orden, pero no necesariamente una mayor fatiga. La tercera posición busca criterios razonables y forfetarios para retribuir este trabajo, pero para ello en nuestra opinión – y mientras no existan normas legales – es necesario la suscripción de convenios colectivos que establezcan una prima o compensación forfetaria para la teledisponibilidad. Salvo en el sector médico, no conocemos acuerdos de este tipo.

Es evidente que la pluralidad de posiciones es demostrativa de la confusión y oscuridad sobre el punto, por lo que se vuelve necesaria su urgente regulación legal.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 177.

6. AGESIC: la Agencia de Estado que regula y controla el uso de los instrumentos electrónicos

La regulación del uso de instrumentos electrónicos de control en el ámbito laboral está a cargo de AGESIC – Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información –, organismo que depende de la Presidencia de la República. Su principal objetivo (por lo menos en teoría) es procurar la mejora de los servicios al ciudadano, utilizando las posibilidades que brindan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En realidad esta Agencia regula, controla y decide sobre cómo deben ser usadas las tecnologías en los diversos sectores de la vida ciudadana y en especial – por lo que nos interesa – en el trabajo.

La opinión de la Agencia se expresa en dictámenes que siguen criterios más bien pro-empleador, en un gobierno que afirma su rol pro-labor. Generalmente la Agencia en sus dictámenes, si bien destaca la importancia de los derechos del trabajador con relación a su privacidad, aceptan prácticas de control desde una perspectiva de amplio reconocimiento de los derechos de la propiedad.

Importan en tal sentido hacer referencia al Dictamen de la Agencia N° 10 de abril de 2010, que si bien refiere a la necesidad de tutelar a las personas físicas, a nuestro juicio legitima ampliamente el uso de videocámaras, micrófonos y otros elementos de control en los lugares de trabajo. Por ejemplo, con relación a la videovigilancia ha expresado que la misma como “toda grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes y en algunos casos de sonidos mediante la utilización de videocámaras u otro medio análogo”, expresa que la misma “tiene como principales finalidades la protección de las personas físicas, del derecho de propiedad, la tutela del orden público, la detección y prevención de delitos, así como otros intereses legítimos”⁹⁹. Evidentemente las finalidades son diversas y muchas veces en conflicto entre sí como, por ejemplo, la protección de las personas físicas y el derecho de propiedad.

La Agencia – siguiendo las indicaciones del art. 5 de la Ley 18.331 de 11.8.2008 – hace referencia en el Dictamen N° 10 del año 2010 a una serie de principios que refieren en especial a la protección de datos para legitimar la videovigilancia. Ellos son:

a. Principio de la legalidad: que indica que el tratamiento debe ser acorde a la normativa vigente, con lo cual las bases de datos deben inscribirse en el

⁹⁹ Dictamen n. 10 de 16 de abril de 2010.

Registro de Base de Datos Personales a cargo de la Agencia y no tener finalidades violatorias de derechos humanos o contravengan la moral pública;

b. Principio de “finalidad”: que indica que los sistemas de videovigilancia deben tener consignado por escrito u otro medio análogo las finalidades para los que se utiliza. La regla agrega que deberán adoptarse políticas de privacidad y el uso de las videocámaras deberá estar estrictamente limitado a las finalidades expresamente consignadas.

c. Principio del consentimiento informado: es necesario contar con el referido consentimiento del titular de los datos, excepto los casos de seguridad pública, que tienen una regulación específica y en los cuales del juicio de ponderación debe resultar de mayor relevancia la seguridad pública.

d. Principio de veracidad: los sistemas de videovigilancia deben ser subsidiarios y sólo pueden ser utilizados cuando no exista otro medio menos lesivo de la intimidad de las personas.

e. Principio de seguridad: los responsables de las Bases de Datos deben garantizar la seguridad de las imágenes y evitar su adulteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

El Dictamen también indica que debe garantizarse el derecho de las personas a ser informadas que sus imágenes están siendo captadas. A tales efectos la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales ha diseñado un distintivo que debe ser visible en todo los lugares en que se utilicen sistemas de videovigilancia.

Para confirmar nuestra opinión en el sentido que los criterios administrativos de la AGESIC legitiman un amplio uso de controles digitales sobre los trabajadores, destacamos el Dictamen 19/2011, que se pronuncia sobre un caso muy puntual: las eventuales consecuencias jurídicas que tendría contratar el servicio de videovigilancia ofrecido por ANTEL, a efectos de instalar la cámara en la cocina-comedor del domicilio particular donde realiza sus tareas la niñera contratada para el cuidado de los hijos menores de edad.

En el referido dictamen la Agencia expresa que la evolución producida en materia de derecho a la intimidad y a la privacidad ha llevado a plantear situaciones “donde se entrecruzan varios derechos de raigambre constitucional, desde una perspectiva que enfatice en esta nueva concepción”. En el caso concreto – indica el Dictamen –, no es necesario obtener el consentimiento de la persona afectada por el sistema de videovigilancia, porque el art. 9 de la Ley N° 18.331, Numeral D, indica que no se requiere recabar el consentimiento de una persona, si los datos refieren a una relación contractual y son necesarios para su desarrollo o

cumplimiento de la misma: “en el caso analizado, puede considerarse que este tratamiento es necesario para el adecuado desenvolvimiento de la relación laboral referida al cuidado de los niños”. El dictamen concluye indicando que “– aunque no se requiere el consentimiento de la trabajadora – de todos modos deberá informarse expresamente y en forma anticipada a la misma, porque la videovigilancia pasará a formar parte de la propia relación laboral y deberán respetarse los espacios privados de la trabajadora (baños, dormitorios o vestuarios), pues la videovigilancia en estos casos afecta su intimidad y privacidad”. Como expresáramos anteriormente este tipo de dictamen responden en nuestra opinión a una visión que privilegia los derechos de la propiedad y del empleador sobre los derechos del trabajador.

7. Una reflexión final: la vuelta a los “principios”

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han impactado fuertemente en la cultura, los usos y prácticas contemporáneas. Sus efectos en las relaciones laborales han ampliado el campo de confrontación entre empresas y trabajadores, produciendo un nuevo debate a partir de la inserción de instrumentos de alta tecnología en la prestación subordinada del trabajo.

Es evidente que toda resistencia al progreso tecnológico está destinada al fracaso, pero de todos modos es deber del operador de relaciones laborales prestar atención a los vínculos entre tecnología y trabajo, que en muchos casos – en nombre de la innovación – quiebran tuteladas consolidadas del trabajador.

Sorprende en nuestro país el aparente desinterés que notamos en las organizaciones sindicales, que aceptan sin resistencia el uso – y a veces el abuso – que los empleadores hacen de las nuevas tecnologías: la posibilidad que el empleador revise el correo electrónico del trabajador o que instale sofisticados sistemas de control en el ámbito laboral (cámaras, micrófonos GPS, etc.) son expresiones de un poder de dirección aceptado por parte de los colectivos de trabajadores.

Los reclamos de los sindicatos se detienen en la solicitud de preavisos, información y acuerdo en la dirección de las cámaras, pero no discuten el cuestionamiento más grave: la posibilidad que el empleador ingrese – con la excusa de velar por la seguridad y protección de sus bienes – en las esferas más íntimas de la privacidad del trabajador. Así como acontecía en el siglo XIX y en los albores del siglo XX el derecho de propiedad se proyecta como el derecho de vigilar y fiscalizar en todo momento la

conducta del trabajador. Aquel gran televisor que el dueño de la fábrica tenía sobre su escritorio para controlar al obrero metalúrgico de Tiempos Modernos interpretado magistralmente por Charlié Chaplin, hoy es sustituido por la pantalla de una laptop o de un celular, a través de la cual el empleador puede vigilar a sus dependientes en forma continua o simplemente cuando se le ocurra.

La negociación colectiva debería ser la fuente normativa por excelencia para definir derechos y obligaciones de las partes en el nuevo espacio digital del contrato de trabajo. En tal sentido parece oportuno y necesario que las organizaciones sindicales asuman un rol proactivo en un tema sobre el que han operado poco.

En ausencia de normas, deberá recurrirse (como en el pasado) a los principios del derecho del trabajo, en una interpretación – que sin alterar su lógica y su finalidad – permita adecuar las tutelas del industrialismo mecánico a la dimensión digital de las nuevas relaciones laborales. En el examen de estas nuevas realidades del trabajo sigue conservando especial importancia los principios de la buena fe, de la realidad, de la buena fe y de la razonabilidad, además del principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral.

En el examen de estas nuevas realidades adquieren especial importancia los principios de la buena fe y de la razonabilidad, además del principio protector que se expande a todas las zonas del derecho laboral.

El principio de la buena fe en la materia que nos ocupa se traduce en la necesidad de informar al trabajador de toda forma de subordinación tecnológica de la cual es objeto. En base a este principio podemos afirmar para legitimar los sistemas de control sobre el trabajador es oportuno prevenirlo, salvo el caso de auditorías específicamente justificadas en razón de la actividad que desarrolla el trabajador: cajero, cobrador, personal gerencial, o situaciones que signifique la violación directa por parte del trabajador de normas que atenten contra otros trabajadores o contra la seguridad de la empresa (ej., prácticas de acoso sexual y los deberes de la empresa de prevenirlo y reprimirlo, comunicación a terceros de información confidencial de la empresa, difusión de información política o pornográfica, a través del servidor corporativo, etc.)

A su vez el principio de la razonabilidad nos permite afirmar que toda medida tecnológica de gestión, que se pretenda imponer al trabajador debe guardar una razonable correspondencia con los intereses objetivos de la empresa y la dignidad del trabajador. Los controles, las preguntas, los monitoreos deben responder siempre a un criterio razonable. Como ha expresado Plá, el poder de dirección debe ser ejercido razonablemente, y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente

válidas para justificar su ejercicio. “Si el trabajador – expresa – puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la residencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa”¹⁰⁰.

Otras reglas surgen de los principios generales del derecho también aplicables a la esfera que nos ocupa. Así consideramos que adquieren especial importancia en la definición de los límites y de las reglas de conducta que marcan las situaciones anteriormente apuntadas principios y criterios como: a) la licitud de los motivos y los objetivos de los instrumentos y medidas empleadas; b) la ecuanimidad de las mismas; c) la actitud no discriminatoria; d) la pertinencia objetiva de las medidas de control; e) el respeto de las condiciones de seguridad, salud y protección psicofísica de la persona.

También cabe expresar que adquiere especial importancia en este debate la normativa internacional y el derecho comparado (en especial el Repertorio de Recomendaciones sobre prácticas para la protección de datos personales de los trabajadores adoptado en 1996 en una reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT)¹⁰¹.

8. Bibliografía

- Brian Nougères A., “La protección de los datos concernientes a la salud de las personas”, *Rev. Derecho Informático*, Montevideo, 2007, p. 191.
- Bronstein A. S., “La protección de la vida privada en el lugar de trabajo”, en *Anales del II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Isla Margarita (Venezuela), abril-mayo 2008, pp.76.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F., *La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica*, en AA.VV., *La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Ed. Lixis Nexis, Santiago de Chile, julio 2005, p. 170.
- Plá Rodríguez, A., *Los Principios del Derecho del trabajo*, 3a edición actualizada, Buenos Aires 1998, p. 382.
- Ray, J.-E., “Droit du travail et TIC (I)”, *Droit Social*, V. 70, n. 2, Paris, 2007, p. 142 (trad. del autor).

¹⁰⁰ Plá Rodríguez A., *Los Principios del Derecho del trabajo*, 3a edición actualizada, Buenos Aires 1998, p. 382.

¹⁰¹ Bronstein A., *cit.*, pp. 91 y ss.

Romeo Casabona, C. M, “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de la red”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, V. 8, n. 15, Belo Horizonte, 2005, p. 48.

Spiwak Lew, P., *Videovigilancia laboral: ¿El derecho laboral bajo control?* (Ined).

Spiwak Lew, P., “El correo electrónico en el ámbito laboral”, *Revista Derecho Laboral*, T. XLVIII, n. 220, Montevideo Octubre-Diciembre 2015.

La responsabilidad civil de los profesionales: abogados, asesoría jurídica del sindicato y periodistas. Una tímida visión comparada

Pepa BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO*

RESUMEN: La tesis de este artículo es si los abogados que trabajan de manera autónoma o a través de despachos profesionales en brindar asesoría jurídica a un sindicato y sus miembros y los periodistas que trabajan para un medio de comunicación que actúan de manera incorrecta en cuanto a la doctrina civilista de la responsabilidad, española y europea, tienen o no impunidad en el sistema de Derecho español. Desde el punto de vista del Derecho Civil Español, cuando exista un daño o perjuicio, se tendrá exigencia de responsabilidad, sea ésta del tipo que sea. Sin embargo, la doctrina judicial civilista utiliza conceptos laborales de manera que no siempre es clara, por lo que la consecuencia implica la falta o no de imputación y responsabilidad de la empresa como parte de esa responsabilidad civil.

Palabras clave: Responsabilidad civil, abogados, periodistas.

SUMARIO: 1. Introducción de la cuestión a debatir y sus principales consecuencias. 2. Referencia al estado de cuestión: primera aproximación legislativa y judicial a la responsabilidad. 2.1. Abogado. 2.2. Los abogados que prestan servicios en despacho de abogados, individuales o colectivos. 2.3. La Asesoría jurídica del Sindicato y sus miembros. 2.4. Los periodistas. 3. Configuración de la responsabilidad. Un paso más. 4. Conclusiones: valoraciones finales y propuestas *ad futurum*. 5. Bibliografía.

* Abogada y Profesora Lectora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, pepaburriel@ub.edu

1. Introducción de la cuestión a debatir y sus principales consecuencias

El punto de partida del presente texto es si la incorrecta actuación de determinados colectivos profesionales, en la mayoría de los casos trabajadores, tienen o no impunidad en nuestro sistema de Derecho. Nos referiremos a los abogados que trabajan de manera autónoma o en el seno de despachos profesionales de titularidad individual o colectiva, a la asesoría jurídica de un sindicato y sus miembros y a los periodistas que trabajan para un medio de comunicación, recurriendo a la doctrina civilista de la responsabilidad, española y europea, ante el vacío normativa de la legislación laboral española al respecto.

Aparentemente la respuesta es simple en nuestro sistema de Derecho español: siempre y cuando exista una relación directa de daño o perjuicio de un tercero con la actuación del sujeto de que se trate – imputable al mismo por el concepto amplio de culpa –, tendremos exigencia de responsabilidad, sea ésta del tipo que sea. Y esto basado en primer lugar en el Código Civil español, aunque también en nuestro Código penal en materia de delitos y faltas. Sin embargo, en ocasiones nos encontramos con supuestos en los cuales habiendo dos posibles responsables o co-responsables de un incumplimiento, se opta, ante todo para garantizar el resarcimiento del daño, por considerar como único responsable a aquel que pueda hacer frente económica y estructuralmente a la totalidad de la reparación, en aplicación del, a veces mal interpretado, concepto de la culpa in vigilando.

La responsabilidad que pretende examinarse en este escrito, esto es, la que corresponde por una mala praxis u omisión de actuaciones, es en ocasiones múltiple, es decir, existe más de un responsable, por lo que debería existir una corresponsabilidad y conllevar faltas equilibradas para cada una de las partes causantes del perjuicio; pero, por aplicación de principios de derecho procesal civil se considera la no existencia de una comunidad de riesgo procesal, cuestión del todo discutible.

Por otra parte, en ocasiones, la doctrina judicial civilista española utiliza conceptos laborales, no siempre de una manera clara, para determinar la responsabilidad de la empresa o institución en el marco de la cual se hayan desarrollado las actuaciones que dieron lugar al perjuicio del tercero. Consecuencia clara de ello será la falta o no de imputación y responsabilidad de la empresa como parte de esa culpa in obligando o in vigilando que le corresponde en último lugar.

Sin ánimo de exhaustividad, dada la intencionalidad de este trabajo, conviene no olvidar la evolución de los diversos conceptos de

responsabilidad en Europa, y más aun teniendo en cuenta el trabajo realizado por el *European Group on Tort of Law* (Grupo europeo de responsabilidad civil) y la publicación del Reglamento (CE) N. 864/2007 – conocido como Reglamento Roma II – relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que puede provocar un giro permanente en la configuración de nuestra responsabilidad. El Grupo Europeo de responsabilidad civil presentó en el año 2005 en Viena la versión oficial en inglés de sus *Principles of European Tort Law* (PETL) después de más de 10 años de trabajo. Aunque la versión final de los principios ha sido traducida a doce lenguas, entre ellas el castellano, en este texto sólo se citará textualmente la versión inglesa por tratarse de la oficial.

2. Referencia al estado de la cuestión: primera aproximación legislativa y judicial a la responsabilidad

2.1. Abogados

Como punto de partida para examinar cual es la responsabilidad del abogado por una mala o errónea actuación centrémonos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En el Título III, dedicado a los Derechos y Obligaciones del Abogado se contiene en el Capítulo I, el art. 30, que con carácter general expresa cuál es el deber fundamental del abogado, como partícipe, dice el Estatuto, de la función pública de la Administración de Justicia. El art. 30 reza así: “El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada”. Misión que el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea¹⁰² reconoce como indispensable para el buen funcionamiento de toda sociedad humana.

Efectivamente el abogado ejerce una función pública de administración de justicia y, más aún, debe cooperar con ella defendiendo los intereses que le sean confiados, y es ahí donde puede surgir el problema de base, al no realizar una adecuada defensa de esos intereses, independientemente del motivo (abandono, dejación, desinterés, olvido, etc.). En este sentido, no perdamos de vista, el art. 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de

¹⁰² Código Deontológico vigente desde el 28 de octubre de 1988 hasta la actualidad.

la Unión Europea¹⁰³ que recoge el derecho de todo acusado al respeto de sus derechos de defensa, derecho que quedaría vulnerado si, en su actuación, su abogado no respondiera a las obligaciones inherentes a tal representación legal. En un sentido similar, se expresa el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea antes enunciado, cuando afirma en su punto 2.7 que “dentro del respeto a las normas legales y deontológicas, el Abogado tiene la obligación de defender siempre lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso frente a sus propios intereses, los de un compañero o los de la profesión en general”, completándose esta prescripción con lo establecido en el mismo Código en sus apartados 3.1.1 y 3.1.2 en los que se insiste que no el abogado no podrá actuar sin mandato previo de su cliente o de quién lo represente, y deberá hacerlo rápida, concienzuda y diligentemente.

Continuando con el Estatuto de la Abogacía Español, si atendemos al apartado 3 del art. 42, también relativo a las obligaciones del abogado pero en este caso para con las partes (su cliente), queda suficientemente explicitado que el cumplimiento de la obligación de identificación del abogado ante la persona a la cual asesore o defienda encuentra su fundamento último en la posibilidad de asumir cuantas responsabilidades civiles, penales y deontológicas pudieran corresponderle. No sólo por su propia actuación, sino también por la de las personas que colaboren con él, abogados o no, quienes actuarán bajo su responsabilidad¹⁰⁴.

La responsabilidad del abogado no sólo deriva de la relación contractual que pudiera haberse establecido entre el tercero y él, sino que deriva de las propias características de la profesión, “el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada (por el tercero) con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”, según el apartado primero del art. 42 del Estatuto General de la Abogacía Español. En el cumplimiento de estas obligaciones, su actividad debe ser realizada con la diligencia suficiente según el caso concreto, con cumplimiento de “las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto” (art. 42.2 Estatuto General de la Abogacía Español y art. 2.8 Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea).

Mientras que el concepto de “celo” no goza sino de una amplia posibilidad de interpretación, la diligencia que debe prestar el abogado se

¹⁰³ Carta que fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, se expresa el Código Deontológico de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea en su punto 3.1.2 cuando indica que el abogado asumirá personalmente la responsabilidad del trabajo que le ha sido encargado.

encuentra sujeta a mayor concreción, por la imposición de la técnica profesional y de las normas deontológicas y éticas que deberían regir la misma.

El art. 43 del mismo Estatuto General de la Abogacía Española es una amalgama de conceptos jurídicos indeterminados al expresar que, dentro de esas obligaciones del abogado, se encuentra la de tener un trato considerado y cortés con la parte contraria, absteniéndose u omitiendo cualquier actuación o acto que pudiera conllevar una lesión injusta para esa parte contraria.

¿Qué entendemos por “trato considerado y cortés”? ¿Qué entendemos por “lesión injusta”? ¿Dónde se encuentran las fronteras de estos conceptos? ¿Qué es la justicia o la injusticia entendida en estos términos? Dejémoslo ahí.

El Título VIII del Estatuto General de la Abogacía Española, regulador del régimen de responsabilidad de los colegiados contempla la posible responsabilidad penal, por delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión (art. 78.1) y la responsabilidad civil, con respecto a la cual el art. 78.2 expresa que: “los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”.

Y, esto nos obliga, queramos o no a recurrir al Código civil, sin anestesia alguna.

Si bien es cierto que, dadas las características de la profesión no es conveniente hacer una lista cerrada de los deberes u obligaciones que incumben a dicho profesional del Derecho, sí podemos enunciar algunos de ellos:

- El deber de informar acerca de los “pros y los contras”, esto es, del riesgo legal existente.
- La conveniencia o no del acceso a un litigio, su coste y la gravedad de la situación.
- Las posibilidades de éxito o fracaso.
- La actuación conforme al encargo realizado, a las leyes procesales y sustantivas.

De tal manera, que si se separa de estos y otros deberes, su actuación debería entrañar una infracción vinculada a la responsabilidad de que se trate. Y ello, porque la obligación del abogado, tanto en la defensa judicial como extrajudicial de su cliente, es una obligación de medios, tal y como

ponía de manifiesto reiterada Doctrina del Tribunal Supremo¹⁰⁵. Esta obligación de medios supone que debe desplegar sus actividades con la debida diligencia, de acuerdo con las normas técnicas y deontológicas de la profesión – *Lex artis* si prefieren –, sin que esto signifique que esté garantizando el éxito de la pretensión; cuestión, esta última relativa al éxito de la pretensión no del todo pacífica en nuestra jurisprudencia como veremos más adelante.

El régimen disciplinario contenido en los artículos 80 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía Español si bien es más clarificador en cuanto al incumplimiento de las exigencias legales, no ofrece, a mi modo de ver, la respuesta perfecta a la cuestión principal examinada. Dentro de las infracciones – y sus correspondientes sanciones – que pudieran encajar en la mala o errónea actuación del abogado, causante de un perjuicio o un daño al cliente, se destacan por su importancia y relación con el tema analizado las siguientes:

1) Infracciones muy graves:

- La comisión de delitos dolosos como consecuencia del ejercicio de la profesión (art. 84.c);
- La embriaguez o consumo de drogas, cuando afecten gravemente al ejercicio de la profesión (art. 84.e);
- El deliberado y persistente incumplimiento de las normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía (art. 84.k).

La sanción correspondiente a las dos primeras es la suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a 3 meses, pero inferior a 2 años; y respecto a la tercera la única sanción contemplada es la expulsión del Colegio de Abogados y, por tanto, la imposibilidad de ejercer la Abogacía en nuestro país (art. 87.1).

2) Infracciones Graves:

- Reiterada formulación de minutas de honorarios que sean declarados excesivos o indebidos (art. 85.f);
- El ejercicio profesional en situación de embriaguez o bajo el influjo de drogas tóxicas (art. 85.h).

En ambos casos se impondría una sanción consistente en la suspensión del ejercicio de la Abogacía por un plazo no superior a 3 meses.

3) Infracciones Leves:

¹⁰⁵ Destacable, Sentencia Tribunal Supremo (STS), 7 febrero de 2000, RJ 2000/283. En este mismo sentido, SSTs 8 de junio 2000 (RJ 2000/5098), 23 de mayo 2001 (RJ 2001/3372), Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1157/2003 de 12 diciembre. RJ 2003\9285, Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª), Sentencia núm. 50/2007 de 16 febrero. AC 2007\949, Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª) Sentencia núm. 227/2011 de 13 abril. AC 2011\1934.

- El incumplimiento leve de los deberes que la profesión impone (art. 86.c).

Las sanciones en este supuesto alternarían entre la amonestación privada y el apercibimiento por escrito (art. 87.3).

Tras el examen del Estatuto General de la Abogacía Español, la primera y fundamental conclusión a la que creo llegar es que no son suficientes las obligaciones y las responsabilidades del mismo para establecer un marco legal adecuado que pueda, en caso de ser necesario, dar una respuesta adecuada al resarcimiento de un tercero por las actuaciones erróneas o la mala praxis del abogado o de las personas que con él colaboren.

2.2. Los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

Hasta el momento nos hemos referido a los abogados, considerando que son ellos los que directamente, bajo la titularidad de su negocio, individual o colectivamente, ejercen la actividad profesional, sin dependencia alguna, sino al contrario pudiendo tener personal a su cargo. Pues bien, con respecto a los abogados que desempeñan sus servicios en despachos de abogados debemos añadir algunas cuestiones a cerca de su posible responsabilidad por una mala praxis, dada su especial consideración de asalariados.

Estamos ante una relación laboral especial regulada, entre otras normas, por el Real Decreto 1331/2006 de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos y, como tal relación laboral, se caracteriza por la nota de dependencia, esto es, por encontrarse el abogado dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física y jurídica (art. 1.1 ET), y adelantemos, será esta persona física o jurídica, a la que denominaremos empleador, la que cambiará nuestras variables. ¿Cuál será la responsabilidad del abogado dependiente por su propia actuación? Y, por tanto, ¿hasta dónde alcanzará la responsabilidad del o los titulares del despacho profesional?

Sin adentrarnos en exceso en algo que es objeto del apartado siguiente, destaquemos cómo se introducen algunas cuestiones significativas en orden a establecer los distintos roles de los sujetos implicados en la relación laboral, a saber:

- *El abogado contratado.*

Junto con los derechos y deberes generales que le corresponden como trabajador (arts. 4.1 y 4.2 ET), el Real Decreto 1331/2006 reitera que le

son aplicables en su ejercicio profesional los mismos principios, valores, obligaciones y responsabilidades, incluidas las éticas y deontológicas establecidas en el Estatuto General de la Abogacía Español (art. 5.2 Real Decreto 1331/2006), así como el cumplimiento de las obligaciones inherentes a los servicios profesionales contratados correspondientes a la profesión de abogado (art. 5.3 a) Real Decreto 1331/2006).

Hasta aquí nada nuevo, todo dentro de la normalidad, hasta que el apartado b) del art. 5.3 del Real Decreto citado señala que el abogado está sujeto al poder de dirección del titular del despacho, pero ojo con un claro *ius resistantiae*, respecto a las órdenes empresariales, esto es, si las órdenes o instrucciones contravienen los principios, valores u obligaciones – entendamos no sólo éticos o deontológicos, sino también legales –, del ejercicio de la profesión tendrá derecho, el abogado-trabajador a negarse a cumplirlas o realizarlas. El reconocimiento legal tan claro de un *ius resistantiae* está abriendo la puerta a la siguiente interpretación con respecto a las responsabilidades del abogado, contratado laboral, permítanme expresarlo de una manera coloquial: “si la orden o instrucción es del calibre reseñado y no hay oposición o resistencia a su cumplimiento, querido abogado, usted será igualmente responsable que el titular del despacho, en la medida que haya contribuido al daño o perjuicio y en caso de ser un ilícito penal, no se tendrá en cuenta la eximente del cumplimiento de un deber”.

En una línea similar, se establece en el art. 23 Real Decreto 1331/2006, al regular la extinción del contrato por voluntad del empleador, la obligación o deber que recae sobre el abogado de tras el preaviso de esa extinción, e independientemente de que se impugne o no, informar al titular del despacho de la marcha de los asuntos encomendados así como entregarle la documentación correspondiente.

- *Titular del despacho.*

El art. 6 del Real Decreto 1331/2006 regula el poder de dirección del titular, en su calidad de empleador, como mencionábamos con anterioridad, con la precisión de su obligación de “verificar el cumplimiento por parte de los abogados que trabajan en los despachos de las obligaciones laborales que hubieran asumido en el contrato, así como controlar la actividad profesional que desarrollen” (art. 6.1.c), con respeto, eso sí, a todas aquellas obligaciones, responsabilidades, valores y principios que se derivan del ejercicio de la profesión (art. 6.2).

Con una terminología diversa en algunos puntos al Estatuto de los Trabajadores español, el Real Decreto 1331/2006 está garantizando el hipotético y futuro uso de la culpa in vigilando, por todo aquello que pudo hacer y no hizo cuando le correspondía para evitar el daño. Quizá

por ello, se contempla, como causa de extinción del contrato por voluntad del titular del despacho, entre otras, la manifiesta y grave quiebra de confianza entre ambos, originada por la actuación profesional del abogado o por su relación con los clientes (art. 23 Real Decreto 1331/2006).

2.3. La Asesoría jurídica del Sindicato y sus miembros

Las reclamaciones contra los sindicatos y sus asesorías se centran en la existencia de perjuicios por la defectuosa gestión del encargo realizado por ellos, siendo en algunos casos por equívocos de sus órganos administrativos¹⁰⁶, prescripción de los diversos plazos procesales y de la acción, tarea de los letrados o asesores jurídicos¹⁰⁷ o incluso por inactividad total¹⁰⁸ o parcial¹⁰⁹.

¹⁰⁶ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003 de 22 de octubre (JUR 2003/265809) el equívoco de uno de los trabajadores del sindicato (que no letrado o asesor jurídico) con respecto al número del juzgado de lo social donde se iba a celebrar el juicio de despido del actor determina la pérdida del pleito. Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022, también sobre la responsabilidad de los sindicatos, aunque la actora hubiera dicho que no quería de momento hacer reclamación judicial, el trabajador que la atendió sabía o debía saber lo necesario sobre el instituto de la prescripción respecto de las reclamaciones laborales, dándose por tanto negligencia.

¹⁰⁷ Con respecto a la prescripción de la acción para reclamar la diferencia entre lo percibido y lo debido de percibir por plus de desplazamiento y plus de comida se alza la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, Sentencia número 202/2008, de 9 mayo (A/2008/1098). Prescripción también de reclamación indemnizatoria nos encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 14/2000, de 13 de enero (AC/2000), y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 de 18 de septiembre (AC/2009/2022).

¹⁰⁸ No actuación de los servicios jurídicos del sindicato nos encontramos en la Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, Sentencia número 347/2003, de 10 de junio (AC/2003/1697), donde pese a haberle entregado el demandante un poder al letrado de la asesoría, este considera que la visita fue exclusivamente para pedir información y no actuación judicial. Por su parte en la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, Sentencia número 334/2009 de 18 de septiembre (AC/2009/2022), aparte de remitir un escrito a la Comisión paritaria del Convenio colectivo de Trabajo que regula el sector al que pertenece la empresa de la demandada para que emitiera un dictamen sobre la aplicación del convenio y sobre las retribuciones de la actora, no consta ninguna otra actuación de ningún empleado del sindicato. En contra de estas sentencias [AP Cantabria \(Sección 2\), sentencia núm. 558/2008, de 23 septiembre](#). UR 2009/94571, sobre responsabilidad de abogados y encargo profesional.

¹⁰⁹ Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, jurisdicción civil, Sentencia de 27 de marzo

La función de asesoría jurídica del sindicato es una función institucional y social de los sindicatos, como ponen de manifiesto los tribunales civiles, como uno más de los servicios que el sindicato presta no sólo a sus afiliados sino a los trabajadores en general, para llevar a cabo tanto la gestión como el asesoramiento y tramitación de sus intereses laborales y jurídicos ante los organismos correspondientes¹¹⁰. Función que los sindicatos en general publicitan y asumen voluntariamente. Y es en esta asunción voluntaria donde radica el principio de responsabilidad contractual respecto al daño o perjuicio que se cause con dicha actividad. En este sentido, con anterioridad señalábamos que el abogado tenía una responsabilidad de medios para con su cliente, lo que implica que igualmente la asesoría jurídica del sindicato en el momento en que acepta el encargo para tramitar y asesorar el derecho de los trabajadores, afiliados o no¹¹¹, asume un deber de ejecución óptima, a la que alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) que es inherente a ese deber previo de medios¹¹² o de normal diligencia o correcto funcionamiento por parte de los profesionales directos que se encargan de la realización, sean estos administrativos, técnicos, asesores, graduados sociales o letrados. Ello en función de las obligaciones propias que como empresario posee el sindicato, esto es, garantizar la actuación del personal¹¹³ que actúa bajo su seno, con independencia de que tuviera

(AC/2000/1686). En el mismo sentido, Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), Sentencia núm. 347/2003 de 10 junio. AC 2003\1697, [AP Almería \(Sección 2\), sentencia núm. 193/2003, de 11 julio](#). AC 2003\1378, sobre responsabilidad solidaria por actos de los dependientes.

¹¹⁰ En este sentido, por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 114/2000, de 13 de enero (AC/2000), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 de mayo de 2008; Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª), Sentencia núm. 56/2013 de 25 febrero. AC 2013\929. respecto al litisconsorcio pasivo necesario, véase Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1376/2007 de 19 diciembre. RJ 2007\905.1

¹¹¹ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, número 114/2000, de 13 de enero (AC/2000), trata de un asunto que es llevado por el sindicato a un trabajador no afiliado a el mismo, considerando el Tribunal que debe existir una absoluta igualdad en términos de defensa independientemente de la afiliación del sujeto.

¹¹² En este sentido, las SSTs de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9509), Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 589/2000 de 8 junio (RJ 2000\5098).

¹¹³ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC/2003/1378), Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 (AC/2009/2022), Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, número 347/2003, de 10 de junio (AC/2003/1697).

conocimiento previo de las actuaciones que causaron el daño. Es necesario destacar que el encargo se hace al sindicato y no al letrado o asesor concreto, demostrándose con ello que la persona que encarga deposita su confianza en el sindicato, independientemente del motivo por el que lo haga.

No debe sorprendernos el hecho que el sindicato pueda haber contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil con una entidad privada, cuestión que se nos plantea en dos de las sentencias localizadas en relación con el tema analizado¹¹⁴. Las pólizas en cuestión son de responsabilidad civil que le pudiera ser exigida al asegurado como consecuencia del libre ejercicio de su actividad como despacho de abogados, esto es de los daños patrimoniales de sus clientes o de terceros de los que pueda resultar civilmente responsable por errores profesionales en los que se pueda incurrir en el ejercicio libre de la abogacía, de acuerdo con el Estatuto General de la Abogacía español que examinamos en el punto anterior y demás normas al respecto. Como es lógico en tales pólizas existirán altas y bajas en función de los abogados que en cada momento se encuentren prestando sus servicios en el seno del sindicato, lo que supone un indicio más de que la actuación del abogado o asesor jurídico se realiza dentro del ámbito de organización del sindicato, pese a que nos podamos encontrar ante un arrendamiento de servicios¹¹⁵; pero supone, además el conocimiento del sindicato de los riesgos que entraña el ejercicio de la actividad profesional y de su propia responsabilidad por una mala praxis.

De esta manera, los Tribunales civiles a través de los conceptos de mínima diligencia o negligencia de la actuación de personas incluidas dentro de su ámbito organizativo construyen la responsabilidad de la asesoría jurídica del sindicato, unas veces como responsabilidad contractual y otras como responsabilidad extracontractual, siempre, eso sí, con la utilización del concepto de culpa. El problema básico de estas construcciones radica, en mi opinión, en la mayoría de los casos la carga total de la responsabilidad se hace recaer sobre el sindicato y sólo en algunas ocasiones se aprecia una responsabilidad solidaria entre sindicato y el principal causante del daño, su empleado.

¹¹⁴ Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003, de 22 de octubre (JUR 2003/265809) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008 de 9 de mayo.

¹¹⁵ No corresponde ahora ahondar en este punto, pero no es una novedad sospechar que el abogado o asesor que no esté contratado laboralmente por el sindicato y desarrolle sus funciones como si de un arrendamiento de servicios profesionales se tratase puede estar dentro de ese espacio, no tan pequeño de huida del Derecho del Trabajo.

2.4. Los periodistas

El 21 de noviembre de 1983 se aprobó el Nuevo Código Internacional de Ética Periodística, bajo los auspicios de la UNESCO. Este texto ha sufrido un largo *iterim* desde que las Naciones Unidas se ocupara por primera vez en 1948 en la *United Nations Conference on Freedom of Information*¹¹⁶. El texto resultante ha sido el intento más consistente de crear un código mundial de ética periodística; sin embargo, se trata de una mera declaración, no una recomendación ni una decisión en sentido estricto.

De los principios recogidos en el texto destacamos por su interés y conexión con el tema los siguientes:

- Adhesión del periodista a la realidad objetiva: La tarea primordial del periodista es la de servir al derecho a una información verídica y auténtica por la adhesión honesta a la realidad objetiva, situando conscientemente los hechos en su contexto adecuado, manifestando sus relaciones esenciales, sin que ello entrañe distorsiones, empleando toda la capacidad creativa del profesional, a fin de que el público reciba un material apropiado que le permita formarse una imagen precisa y coherente del mundo, donde el origen, naturaleza y esencia de los acontecimientos, procesos y situaciones sean comprendidos de la manera más objetiva posible.
- La responsabilidad social del periodista. En el periodismo, la información se comprende como un bien social, y no como un simple producto. Esto significa que el periodista comparte la responsabilidad de la información transmitida. El periodista es, por tanto, responsable no sólo frente a los que dominan los medios de comunicación, sino, en último análisis, frente al gran público, tomando en cuenta la diversidad de los intereses sociales.
- Respeto de la vida privada y de la dignidad del hombre. El respeto del derecho de las personas a la vida privada y a la dignidad humana, en

¹¹⁶ Durante este proceso de la UNESCO aparecieron dos interesantes informes: primero, el Informe Hutchins, *Una prensa libre y responsable*; segundo, el Informe McBride, de 1980. Entre los deberes de los periodistas hay, al menos, tres puntos, en los que coinciden los dos informes, a saber: 1) la responsabilidad social de los profesionales implica una serie de obligaciones hacia la opinión pública, es decir hay que diferenciar lo que es información de lo que es opinión y es ahí donde se instaura la responsabilidad social; 2) el periodismo ha de respetar las leyes para no vulnerar los derechos de los ciudadanos; 3) la necesidad del periodista de asumir la responsabilidad contractual con la empresa a la que pertenece.

conformidad con las disposiciones del derecho internacional y nacional que concierten a la protección de los derechos y a la reputación del otro, así como las leyes sobre la difamación la calumnia, la injuria y la insinuación maliciosa, hacen parte integrante de las normas profesionales del periodista.

Por otra parte, el Consejo de Europa, como institución europea a quién compete la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, aprobó en 1993 el denominado Código Europeo de Deontología del Periodismo como marco de referencia de autocontrol ético del periodismo para toda la denominada Europa democrática¹¹⁷.

En los 38 artículos de este Código prevalece la idea de reforzar la responsabilidad que tienen los periodistas al ejercer su profesión, poniendo énfasis en la diferenciación entre noticias y opiniones para evitar confusiones en el público. Asimismo, se insiste en que las noticias deben estar regidas por los principios de veracidad e imparcialidad, diferenciándose de los rumores y opiniones, que deben hacerse desde planteamientos honestos y éticos, sin ocultar o negar la realidad de datos o hechos.

En otro orden de cosas, el Código del Consejo de Europa amplía la responsabilidad a tres sujetos: editores, propietarios y periodistas, por lo que la responsabilidad final es compartida entre ellos; por ello, no sólo hay que garantizar la libertad de los medios de comunicación, sino también salvaguardar la libertad en los medios de comunicación, evitando presiones internas.

A pesar de las importantes afirmaciones que se contienen en este documento en la práctica ha quedado reducido a simples declaraciones de principios de buena voluntad, entre otras cuestiones por no poseer mecanismos de autocontrol eficaces y no ser coercitivos¹¹⁸.

¹¹⁷ Resolución aprobada por unanimidad en Estrasburgo, 1 julio de 1993.

¹¹⁸ Pese a no tener el carácter de normas imperativas, creo de interés destacar dos Códigos deontológicos europeos, de Francia y Gran Bretaña por los términos agresivos en los que se expresan. En Francia, pese a que cada medio de comunicación acostumbra a tener su propio código deontológico es significativa la denominada Carta de Deberes profesionales de los Periodistas franceses fue firmada en julio de 1918, en París, donde se adjudica al periodista la total responsabilidad de sus escritos, incluso si estos son anónimos. La calumnia, las acusaciones sin pruebas o la alteración de documentos son contrarias a esta Carta, advirtiéndose la obligación de poner a disposición judicial si se observase un hecho de tal magnitud. Por su parte, la prensa británica está autorregulada a través de un Código ético que intenta equilibrar la obligación de proteger los derechos del individuo y el derecho del público a ser informado; La denominada Comisión de quejas de la Prensa se encarga de la supervisión de su cumplimiento y posee la facultad de imponer sanciones. En 1990, el consejo de la Prensa británico un organismo de

El periodismo se ejerce dentro de unos medios de comunicación que tienen una estructura empresarial. Las relaciones entre periodistas y sus empresarios es uno de los problemas más interesantes y problemáticos que pueden encontrarse en torno a los derechos fundamentales de la persona.

Con respecto a este colectivo profesional, periodistas trabajadores en un medio de comunicación, impera el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución Española y art. 11 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea¹¹⁹), derecho que debe ser interpretado bajo los criterios gradualistas de la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual los derechos fundamentales no son absolutos, y tienen limitaciones, como pone de relieve el propio art. 20.4 CE, el principal de ellos el respeto a otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia¹²⁰.

El contenido del derecho a la intimidad es de difícil determinación sustantiva, ya que su vinculación con la dignidad de la persona y la inviolabilidad de los derechos que le son propios le ha dado un carácter particularmente expansivo. Comprende aspectos de la vida personal y familiar, a la sexualidad, a la integridad física, y moral, la dignidad, a la libertad de conciencia, aspectos relativos a la imagen y a la corporeidad, etc.

El Tribunal Constitucional en una de sus Sentencias más recientes¹²¹ ha expresado que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos

afiliación voluntaria formuló un código de conducta profesional para informadores, donde el primero de sus 16 puntos afirma que los periodistas no deben publicar deliberada o imprudentemente inexactitudes destinadas a engañar o crear falsas impresiones.

¹¹⁹ El art. 20.1 CE reza así: “*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”.

Por su parte, el art. 11 Carta de la UE con el título Libertad de expresión e información afirma que: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo*”.

¹²⁰ Derechos que tienen también su reflejo en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea aunque de una manera más difusa, respeto a la vida privada (art. 7) y protección de datos de carácter personal (art. 8).

¹²¹ STC, sala primera, núm. 23/2010, de 27 abril, RTC 2010/23.

físicos personales que puedan tener difusión pública; y, por tanto, continua el Tribunal impide la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, independientemente de la finalidad perseguida con ello.

Por otra parte, respecto a la libertad de expresión el intérprete de la Constitución asevera¹²² que debe realizarse un juicio sobre la relevancia pública del asunto – esto es, de la información que se expresa a través de un medio de comunicación – y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica o la opinión, especialmente si es o no titular de un cargo público, del contexto en el que se producen las manifestaciones y si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre. Pero además el propio Tribunal Constitucional viene defendiendo que es preciso que la información que se publique o aparezca en un medio de comunicación sea veraz¹²³. Este requisito de la veracidad no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información sino a que exista una labor previa de averiguación de los hechos sobre los que versa la información, y que esa labor de investigación se haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

Centrándonos en el derecho al honor, el derecho más frecuentemente lesionado por las actuaciones periodísticas, tiene protección propia, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, cuyo objeto específico es la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 9.3 de esta Ley presupone la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima, definida en el art. 7 de la misma Ley, lo que deja poco margen de actuación al periodista y al medio de comunicación al que pertenezca a la hora de librarse de la responsabilidad. Por ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el carácter molesto o hiriente de una información no constituye de suyo una ilegítima intromisión en el derecho al honor, siempre que lo divulgado no sean expresiones insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen el descrédito de la persona (...)”¹²⁴.

En este sentido también es importante señalar como el marco de una relación laboral supone un límite al ejercicio de estos derechos

¹²² En este mismo caso, de 27 de abril de 2010 donde el TC determina que la publicación en una revista humorística de un fotomontaje de un cuerpo femenino semidesnudo con el rostro de un personaje famoso sólo tiene intención de realizar una burla sexista sin que se pueda apreciar interés público o finalidad legítima de crítica política o social que tenga por objeto la formación de una opinión pública libre.

¹²³ STC, sala primera, 158/2003, de 15 de septiembre, RTC 2003/158.

¹²⁴ STC, sala primera, 50/2010, de 4 de octubre, RTC 2010/50.

fundamentales, y la libertad de expresión no es una excepción. Con frecuencia la relación laboral, y en concreto el contrato de trabajo como tal se ha visto influido más que ningún otro contrato privado por los derechos fundamentales con mayor o menor intensidad. Y esto debido a que el contrato de trabajo genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona el ejercicio de tales derechos, pero como ha afirmado el Alto Tribunal en otras ocasiones el contrato de trabajo “no puede considerarse, por tanto, como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”.

Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional¹²⁵, de la existencia de una relación laboral surge un condicionamiento en el ejercicio de los derechos fundamentales, derivado del principio de buena fe que debe regir los comportamientos de las partes de la relación contractual, pero aclarando que esto no supone en ningún momento “la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (...), ya que los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y también en el seno de la relación laboral”.

Es precisamente la buena fe la que el empresario, titular del medio de comunicación, exige al periodista en la comunicaciones que éste emita para que no exista una confrontación directa con los derechos al honor, intimidad, etc. de las personas. Se exige una veracidad de la información periodística, entendida como la observancia de la diligencia constitucionalmente exigible en la comprobación de sus fuentes de información en atención a las circunstancias del hecho¹²⁶, lo que no significa una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información sino, no difundir ciertos rumores carentes de toda constatación, esto es, de las oportunas averiguaciones de un profesional diligente, independientemente de la obtención ilegítima de los datos¹²⁷. Así, por

¹²⁵ SSTC, sala primera, 88/1985 (RTC 1985/88), 6/1995 (RTC 1995/6) y 106/1996 (RTC 1996/106).

¹²⁶ Entre otras, SSTC 158/2003, de 15 de septiembre, 76/2002 de 8 de abril, 52/2002 de 25 de febrero, 112/2000 de 5 de mayo, 21/2000 de 31 de enero, 138/1996 de 16 de septiembre, 219/1992, 3 de diciembre.

¹²⁷ La obtención ilegítima de la información que se emita será veraz pero eso no significa que el periodista no pueda incurrir en la responsabilidad que le corresponda. En este sentido, SSTC 158/2003, 15 de septiembre, 209/2001 de 22 de octubre.

ejemplo, no se utiliza como canon para medir la veracidad la forma de narrar o enfocar la noticia, pese a que deba tenerse en cuenta junto con el fondo para determinar si existe o no lesión al derecho al honor, entre otros.

3. Configuración de la responsabilidad. Un paso más

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular – contrato, oferta unilateral, etcétera –, hablamos, entonces, de responsabilidad contractual (art. 1101 CC)¹²⁸. Cuando la norma jurídica violada es una ley – en sentido amplio –, hablamos de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)¹²⁹, esto es la vulneración de un deber de conducta impuesto en interés de otro, que genera la obligación de reparar el daño producido.

Para que la responsabilidad contractual opere excluyendo a la extracontractual, no es suficiente que exista un contrato entre las partes, sino que el hecho dañoso se produzca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, ya que la negligencia que sobrepasa lo que constituye la realidad contractual desplegará sus efectos de manera independiente¹³⁰.

En este sentido, el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 17 de febrero 1999, de casación para la unificación de doctrina (Recurso n. 2085) declaraba que “del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros, de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales)”.

Los civilistas ponen de manifiesto un interesante problema que parece darse en las responsabilidades que se analizan en el presente escrito, la

¹²⁸ Artículo 1101 del Código Civil: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

¹²⁹ Artículo 1902 del Código Civil: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

¹³⁰ Díez Picazo L. y Guillón, A., *Sistema de Derecho Civil*, España, Tecnos, V. II, 2001. p. 539.

conurrencia o la yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades, problema definido por algunos autores como el momento en que un hecho puede incluirse indistintamente en ambos tipos de responsabilidades¹³¹. Se trata de un problema que no ha sido regulado por el ordenamiento, un conflicto interno de normas, en definitiva, pero que plantea que no exista una doctrina unánime al determinar la responsabilidad de algunos de los colectivos que examinamos.

Por lo que respecta a los despachos profesionales o a los servicios jurídicos del Sindicato son muchas las cuestiones que en torno a su responsabilidad se han desarrollado con el paso de los años en la doctrina de los tribunales construyendo una responsabilidad por culpa, del ente, despacho de abogados o sindicato. Concepto algo borroso el de la culpa, que es entendida fundamentalmente referida a la imprudencia o negligencia en el ámbito civil¹³² surgiendo las reglas de la sana crítica aplicada a las circunstancias de cada caso concreto como elemento preciso para apreciarla. Se incluye en esta culpa la que se deriva de los actos de otra persona por los que debemos responder, esto es, un padre es responsable de los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad, un empresario por los que causen sus empleados, etc.; esto es, se considera que esa falta de diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado por la persona de él dependiente le obliga a responder por el hecho ajeno, en virtud del art. 1903 CC¹³³ por la existencia de culpa in

¹³¹ Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal, España*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 6.

¹³² En materia de responsabilidad extracontractual, la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de lo civil, de 17 de octubre de 2001, expresa que la ausencia de culpa se aprecia cuando no se omitió la diligencia exigible, en ninguno de los aspectos de la actividad desplegada. Por el contrario una Sentencia anterior del Tribunal Supremo, sala 1ª, de lo civil, 31 de diciembre de 1996, ampliaba el concepto de culpa para abarcar “*aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria y socialmente reprobada*”.

¹³³ Artículo 1903: “*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que

obligando o in vigilando de carácter objetivo y directo.

Los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (en adelante, PETL) han adoptado una noción objetiva de culpa, al igual que la establecida en nuestro Derecho interno. Parte esta noción de culpa de la conducta que debe ser observada por todos con independencia de sus capacidades, destrezas y habilidades personales, siendo la “conducta exigible” la de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias (art 4:102 (1) PETL). Sin embargo, este patrón puede lógicamente variar y adaptarse. Puesto que no es posible dar una definición de que debe entenderse por “conducta exigible” los principios europeos indican qué elementos son necesarios tener en cuenta para fijarlo atendiendo a las circunstancias, a saber:

En primer lugar, se refieren a la “naturaleza y valor del interés protegido de que se trate”, imponiendo una jerarquía de intereses, dado que cuanto mayor sea el valor del interés puesto en peligro, mayor debe ser el esfuerzo empleado para evitar el daño (art. 2:102 PETL¹³⁴).

En segundo lugar, “la peligrosidad de la actividad”, de tal manera que el actuante debe adaptar su diligencia a la naturaleza de la actividad que lleva a cabo, independientemente de que esa peligrosidad fuera conocida o no en el inicio de la actividad.

En tercer lugar, los principios se refieren a la “pericia exigible a la persona” que realiza la actividad o conducta, atendiendo al nivel de diligencia exigible. En este sentido, hay que tener en cuenta que el nivel de exigencia será distinto en función de las características de la persona y de sus conocimientos especializados o no.

En cuarto lugar, se menciona “la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos” que obliga a la aplicación de los principios de buena fe y proporcionalidad, entendiéndose que el actuante

los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

¹³⁴ Art. 2:102. Protected interests: “(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection; (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection; (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property; (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim; (5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases”.

debe elegir la forma que menos peligro entrañe para la obtención de su resultado, siempre dentro de lo posible y lo razonable.

Respecto a la inversión de la carga de la prueba, por lo que a nuestro tema se refiere, el art. 4:202 PE/TL se refiere a la responsabilidad de la empresa, indicando que no se trata de una responsabilidad objetiva, ya que admite prueba en contrario si se demuestra que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. En este sentido, afirma el art. 4:202 que: *“(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has con-formed to the required standard of conduct; (2) “Defect” is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services”*.

En otro orden de cosas, la solicitud de asesoramiento jurídico o determinación de una cuestión procesal que realiza una persona se produce a la institución, al sindicato o al despacho de abogados, no a las personas concretas que forman parte de él – letrados o asesores –, pese a que sean estas, individual o colectivamente, las que finalmente gestionen el encargo. Por tanto, la institución es un empresario, y, por ello, responde de manera directa¹³⁵ por el error o equivocación que hizo perder el derecho o provocó el daño, producido por las personas que estén dentro de su ámbito de organización, otro concepto del que pasaremos a relatar a continuación.

Para poder hacer recaer la responsabilidad en la institución correspondiente necesitamos la existencia de una vinculación necesaria del letrado o asesor con el sindicato o despacho¹³⁶. Y es aquí donde se produce desde mi punto de vista un significativo equívoco en la utilización de conceptos puramente laborales por parte de la doctrina judicial civil, puesto que se nos habla con frecuencia de la necesidad del cumplimiento de alguno de estos dos requisitos para considerar que hay un vínculo entre institución y abogado o asesor:

- 1) Que el asesor o letrado se encuentra dentro del ámbito de dirección del empleador
- 2) Que el asesor o letrado sea dependiente de la, independientemente del vínculo jurídico, laboral o no.

¹³⁵ SSTs 18 enero 1983 (RJ 1983/393), 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1587), 4 noviembre de 1991 (RJ 1991/8141).

¹³⁶ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 de mayo de 2008; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC/2003/1378), o Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022

De esta manera, en la mayoría de los casos, para los tribunales es indiferente el tipo de relación que tuviera el abogado o asesor con la institución, el hecho es que prestaba sus servicios para el ente; y esto para el derecho laboral no es del todo correcto. El concepto de dependencia que utilizan los tribunales civiles es completamente distinto al construido por el derecho laboral, donde, como es sabido, la dependencia es una nota característica o elemento sustantivo de la relación laboral, que nos ayuda a diferenciarla de otras figuras jurídicas, como pueda ser el arrendamiento de servicios y que, precisamente, se caracteriza por esa independencia técnica con respecto a la empresa o institución con la que se haya comprometido a la prestación de servicios. Esta distinción entre ambas figuras para el derecho laboral provoca que el tratamiento igualitario de la responsabilidad en ambos casos nos resulte extraño, porque nada tienen que ver el uno con el otro en el comportamiento real de la prestación de servicios.

Entonces, ¿por qué no establecer dos escalas de responsabilidad para la institución – empresario – en función de la existencia o no de una relación laboral? No es lo mismo que la persona que ha causado el daño se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario a que no lo esté, en cuanto al control directo que ejerce a institución sobre las actuaciones del individuo. Pero, aunque el Código civil español no lo contemple¹³⁷, la presencia de una responsabilidad contractual por las actuaciones hechas o realizadas por los auxiliares dependientes o independientes del deudor directo ha sido consagrada por la doctrina y la jurisprudencia partiendo de la responsabilidad que para determinados contratos sí contiene el Código civil¹³⁸, independientemente de que la culpa sea contractual o extracontractual, pues la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe

¹³⁷ En el derecho holandés se ofrece una solución del todo interesante al respecto que prevé diversos niveles de responsabilidad según la edad del hijo causante del daño; de tal manera, que los padres responden objetivamente por los daños que causan sus hijos menores de 14 años; cuando los hijos tienen edades comprendidas entre 14 y 16 años, los padres responden sólo por culpa presunta, de tal manera que si demuestran que actuaron de forma diligente y no pudieron evitar la conducta del hijo no serán responsables; y entre los 16 y 17 años de edad, los padres responden por culpa, debiendo probar el demandante la misma. En este sentido, Hanentjens, M. y Du Perron, E., “PTEL Liability for Damage caused by others”, *The Netherlands*, nn. 8 y ss., pp. 173 y ss.

¹³⁸ Por ejemplo el arrendatario es responsable del deterioro causado por las persona de su casa (art. 1564 CC); el contratista es responsable por el trabajo ejecutado por las personas que ocupen la obra (art. 1596 CC); el mandatario responde por el sustituto que él mismo haya designado (art. 1721 CC); y los “fondistas y mesoneros” responden por su personal respecto del daño causado a los viajeros (art. 1784 CC).

responder por hechos acaecidos por motivo de su intervención en el cumplimiento material de un contrato, laboral o no. Pero, sigo preguntándome ¿por qué de la misma manera?

Por su parte, en relación con el tema expuesto, los principios del Derecho europeo de responsabilidad civil distinguen entre la responsabilidad por los hechos de los menores o de personas con deficiencias psíquicas al cargo, o la responsabilidad por los auxiliares. En este último caso, por lo que respecta a nuestro tema se sigue un régimen de responsabilidad vicaria que prescinde de la culpa del empresario o empresa. El art. 6:102 (1) PETL¹³⁹ dispone que una persona responde del daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de “conducta exigible” e introduce el concepto de “contratista independiente”. En nuestro país, esta figura ha tenido poco atención en nuestra doctrina¹⁴⁰, y cuyo desarrollo responde de una manera más eficiente a la aplicación de la responsabilidad civil en el derecho laboral por lo que sigue: los principios delimitan la figura del “contratista independiente” referida a aquel contratista que no está integrado en la estructura organizativa de la empresa, por lo que por regla general, el empresario no debería responder de su actuación. La clave de la distinción se encuentra en la supervisión y control que uno ejerce sobre otro, lo que en la práctica laboral no siempre es tan fácil de determinar.

Siguiendo con la supuesta responsabilidad contractual de la entidad o empresario, en numerosas ocasiones la doctrina judicial ha considerado que es el único responsable del daño causado, y ello en base a diversos motivos, algunos de ellos cuanto menos, curiosos, a saber:

1. En primer lugar, por la imposibilidad de determinar con precisión las responsabilidades individuales concretas entre todos o algunos de los partícipes en el daño, dada la estructura, composición, reparto de funciones o distribución de asuntos o porque hayan sido varios los participantes en el mismo¹⁴¹. Esto obliga a desplazar la responsabilidad contra la propia entidad, que nace “desde el momento en que en perjuicio del demandante y por grave negligencia omisiva e incumplimiento

¹³⁹ Art. 6:102. Liability for auxiliaries: “(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct; (2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article”.

¹⁴⁰ Véase Miquel, J. M., “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente”, *ADC*, 1983, pp. 1501-1514.

¹⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, 13 de enero de 1998, número 14/2000; Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 mayo (AC/2008/1098); en similar sentido se expresa Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 334/2009 de 18 septiembre. AC 2009\2022

absoluto deja de prestar el servicio o realizar la gestión que había asumido de forma expresa o tácita o incluso sobreentendida”¹⁴².

2. En segundo lugar por considerar la inexistencia de comunidad de riesgo procesal o litisconsorcio, por no darse los requisitos del art.12.2 Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000 de 7 de enero) que dice así “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

El Tribunal Supremo lo ha establecido en su doctrina¹⁴³ y según una importante doctrina judicial¹⁴⁴, no hay litisconsorcio pasivo, en el caso que nos ocupa, entre la institución o ente y el letrado o asesor que se haya ocupado del caso en cuestión, afirmando que se debe demandar a la empresa – institución o ente – aunque se desconozca la persona física concreta que incurrió en la producción del daño¹⁴⁵. Cuando el daño es causado por los órganos administrativos de la empresa la solución es la misma, sólo existiría responsabilidad del empresario¹⁴⁶.

En caso de existencia de una aseguradora de la responsabilidad civil de la empresa, en virtud de los arts. 1, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980 de 8 de octubre, habría un litisconsorcio pasivo con la entidad asegurador y, en consecuencia doble imputación para conseguir la reparación del daño.

¹⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, jurisdicción civil, 13 de enero de 1998, número 14/2000. En sentido contrario, por ejemplo, la STS 5 julio 1991 (RJ 1991/5568), y la Sentencia de la JUR 2011\9844, sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de actividades de riesgo.

¹⁴³ A modo de ejemplo, SSTS 19 diciembre 2007RJ 2007\9051 27 de enero 2006, RJ 2006\422, 2 abril 2003, 12 marzo 1997.

¹⁴⁴ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, jurisdicción civil, Sentencia de 27 de marzo (AC 2000/1686); Sentencia de la Audiencia provincial de Granada, sección 3ª, jurisdicción civil, número 814/2003, de 22 de octubre (JUR 2003/265809); Sentencia de la Audiencia provincial de Girona, sección 1ª, jurisdicción civil, número 334/2009 de 18 de septiembre. En igual sentido AC 2003\1378, sobre responsabilidad solidaria por actos de los dependientes.

¹⁴⁵ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008 de 9 mayo.

¹⁴⁶ En sentido contrario, afirman la existencia de una responsabilidad solidaria, las Sentencias de la Audiencia provincial de Sevilla, sección 2ª, jurisdicción civil, número 347/2003 de 10 de junio (AC 2003/1697) quien manifiesta la existencia de dos conductas negligentes, la del letrado y la del sindicato, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, jurisdicción civil, número 193/2003, de 11 de julio (AC 2003/1378), también entre el letrado y la asesoría jurídica. AC 2009\2022, sobre responsabilidad de sindicatos. En contra, JUR 2009\94571, sobre responsabilidad de abogados y encargo, AC 2009\2117, sobre responsabilidad de abogado.

Pero, ¿acaso no es del todo incompleto que el abogado al que se le encomienda la defensa de unos intereses, dentro o fuera de una asesoría jurídica, dentro o fuera de una institución como pudiera ser un sindicato, no resulte ni siquiera ligeramente perjudicado por el abandono, dejación, desinterés o lo que sea, de las funciones previamente encomendadas?

¿Dónde entra en este punto el concepto de la “indemnidad”? Esto es, ¿qué significa quedar indemne? Quedar sin daño alguno, un resarcimiento total, incluyendo el daño económico y el daño moral y, por tanto, si el daño económico se garantiza a través de la responsabilidad que le corresponde al empresario el daño moral debe tener también cabida aunque sea en el mero reconocimiento de culpa, aunque sea levísima – “la diligencia de los hombres muy cuidados”, del sujeto que directamente causo el perjuicio.

Por su parte, destacamos que los principios de Derecho europeo de responsabilidad civil dejan claro que la finalidad de la responsabilidad civil es compensatoria, por lo que todo daño debe ser reparado intentando dejar a la víctima como si el mismo no se hubiera producido (principio de la reparación íntegra).

Para finalizar con el tema de los abogados, hagamos una breve mención a la teoría de la pérdida de la oportunidad o pérdida de expectativas, según la cual el abogado debería responder por la falsa ilusión creada en su cliente de manera previa a la asunción del encargo; teoría que también ha tenido su reflejo en el ámbito médico¹⁴⁷.

Según esta teoría la obligación del abogado sería una obligación de resultados en tanto en cuanto haya transmitido al cliente la seguridad del éxito de su pretensión, y esto no suceda finalmente. Como norma general, en realidad, la relación de un abogado con su cliente puede calificarse como un arrendamiento de servicios, como ya hemos señalado previamente. Según afirma Martí Martí “ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados”¹⁴⁸. Sin embargo como hemos visto esto no significa que no exista ningún tipo de responsabilidad del abogado, cuando exista una actuación negligente y, en definitiva, se haya vulnerado la relación contractual que le une con el

¹⁴⁷ En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610), con respecto al denominado en el derecho americano *wrongful life*.

¹⁴⁸ En este sentido, se expresa al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998 (RJ, 1998, 8587 Martí Martí, J., “La responsabilidad de civil del abogado y del procurados”, 2007, p. 82).

cliente.

La incerteza sobre el resultado obtenido en caso de no haber actuado correctamente hace todavía más complicada la cuestión y la emisión de un juicio de probabilidades de éxito de la acción ejercitada¹⁴⁹. En este sentido, se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 y la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de marzo de 2011, en el ámbito penal, afirmando que no cabe identificar el daño con el valor de la indemnización que podía haberse obtenido “ya que la obligación que vincula al abogado con su cliente es de medios, no de resultados”; de esta manera, continua argumentado la sentencia lo que es indemnizable es la vulneración de la *lex artis*¹⁵⁰ y no el hipotético resultado favorable obtenido, argumento en base al art. 78.2 del Estatuto General de la Abogacía Española, tal y como hemos defendido en un epígrafe anterior.

En otras palabras, el perjuicio a indemnizar en caso de una mala praxis es la privación al cliente a obtener en su integridad la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que es, en definitiva, un daño moral. Y así manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2011 cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad obtener una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. Establece así el Tribunal Supremo que mientras todo daño moral efectivo, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de la indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado – en caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción – hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño

¹⁴⁹ En este sentido, Paniza Fullana, A., “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio”, *Aranzadi Civil Mercantil*, n. 11, 2012, Editorial Aranzadi (BIB 2012/285), p. 1.

¹⁵⁰ Cumplimiento de la *lex artis* también es el criterio utilizado para imputar la responsabilidad profesional a los peritos forenses. En este sentido, véase, Domingo Monforte, J., “La responsabilidad profesional de los peritos forenses”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 855, 2013, Editorial Aranzadi S.A., pp. 1 y ss.

patrimonial debe considerarse inexistente.

La aplicación de esta teoría en nuestra doctrina judicial no goza de muy buena acogida, puesto que invita al Tribunal a imaginar y reconstruir cual habría sido el resultado satisfactorio para el cliente a la hora de restaurar el hipotético perjuicio. En general se ha utilizado por los tribunales civiles cuando existe un elemento comparable, cuando la reconstrucción del perjuicio no es hipotética sino que parte de manera objetiva de una previsión razonable¹⁵¹. En este sentido, González González¹⁵² siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo enumera los presupuestos necesarios para que se pueda apreciar responsabilidad, a saber: incumplimiento de los deberes básicos de un abogado para con su cliente (por ejemplo, informar de la gravedad del asunto, de los pros y los contras, de la conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, posibilidad de éxito o fracaso, etc., así como observar las leyes procesales y aplicar los conocimientos jurídicos); la existencia de un daño efectivo; en caso que el daño vaya referido a la pérdida de oportunidades procesales la demostración de que el perjudicado se encontraba en una situación idónea para realizarlas; y, el nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, imputable objetivamente al abogado.

En cuanto a este último aspecto es interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010 que afirma que no es necesario demostrar una relación de certeza absoluta sobre la incidencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. Y, en cambio, no puede establecerse la existencia de responsabilidad cuando no se pueda probar que la defectuosa actuación por parte del abogado, al menos, disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción, con las siguientes palabras “en caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción”¹⁵³.

Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de

¹⁵¹ Por ejemplo, la más reciente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, jurisdicción civil, número 202/2008, de 9 mayo (AC/2008/1098).

¹⁵² González González, C., “¿Cuándo responde un abogado?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2011, BIB 2011,563).

¹⁵³ Esta Sentencia añade más, considera que “*Es constante y pacífica la jurisprudencia en términos de responsabilidad civil de letrados o procuradores de que la mera preclusión del plazo para la evacuación de impulsos adjetivos no determina per se de forma automática o directa la condena por responsabilidad civil del profesional actuante, pues se exige la concurrencia indispensable de una pérdida o disminución notable y cierta además de las posibilidades de defensa y de oportunidad, en definitiva, de alcanzar las pretensiones deducidas y una manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*”.

2010 “de la actuación negligente de un abogado pueden derivarse dos tipos de daños: materiales por la pérdida de una ganancia segura y morales por una pérdida de oportunidad procesal”. Pero, en sentido contrario, se expresa Reglero Campos¹⁵⁴, al afirmar que “no parece técnicamente correcto inscribir el concepto de pérdida de oportunidad dentro del más genérico de daño moral, como hacen las sentencias citadas. La pérdida de oportunidad debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, pues de otro manera habrías que indemnizar por pretensiones no ya con escasas, sino con nulas probabilidades de éxito o manifiestamente infundadas”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1998 establece la responsabilidad de un abogado por la presentación de un recurso fuera de plazo. La Sentencia establece que es imposible saber cuál hubiera sido el tratamiento y resultado obtenido de las acciones que no se llevaron a cabo; pero, no obstante, considera que el perjuicio a indemnizar es el derecho de acceso al recurso mismo, esto es la tutela judicial efectiva, subsumible para el alto tribunal en la noción de daño moral.

La divergente jurisprudencia y por tanto teoría de la pérdida de oportunidad la plantea Salas Carceller¹⁵⁵ en las opciones que siguen: “excluir el juicio de probabilidad y considerar la pérdida de oportunidad como un daño moral indemnizable al margen del valor de la pretensión; o plantearse la viabilidad de la pretensión o recurso no articulado en tiempo, introduciendo así en el juicio sobre responsabilidad del profesional el juicio de probabilidad de la pretensión (pleito sobre el pleito)”, en algo así como – afirma el autor – un daño patrimonial incierto. Siendo la segunda opción la más utilizada por los Tribunales, como, en definitiva, hemos comprobado.

Cuando los tribunales subsumen la pérdida de oportunidad con el daño patrimonial lo que están haciendo es considerarlo como un lucro cesante¹⁵⁶, lo cual no puede aplicarse en caso de expectativa nula de que prospere la acción. Sin embargo, a mi modo de ver, aunque las probabilidades de que la acción prospere sean bajas o nulas debe existir una cuantificación del daño por la falta de diligencia del abogado, nunca

¹⁵⁴ Reglero Campos, L.F., “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 11, 2007, p. 812.

¹⁵⁵ Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2010, BIB 2010/2218, p. 2.

¹⁵⁶ *Ibidem*, esto no significa que el quantum de la indemnización, en todos los casos, deba ser lo reclamado en el pleito, al no tener la certeza del éxito de la pretensión, pp. 1 y 2.

equivalente a lo que se hubiera podido obtener del proceso, lo contrario supondría dejar impune una responsabilidad objetiva.

Junto con la exigencia de diligencia que ya hemos analizado también en otros colectivos, otros de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para determinar la responsabilidad del periodista y del medio de comunicación en el que trabaje es el interés general de la información emitida, sin que exista una doctrina unánime al respecto¹⁵⁷; los límites son más difusos debido en su mayor parte a la interpretación constitucional de la libertad de expresión e ideológica. No obstante el Tribunal Constitucional indica algunas de las circunstancias a valorar en la aplicación de los límites derivados de la concurrencia con otros derechos fundamentales¹⁵⁸, a saber: a) el juicio sobre la relevancia pública del asunto; b) el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión, particularmente si es titular o no de un cargo público; c) el contexto en el que se producen las manifestaciones; d) si la declaración contribuye o no a la formación de la opinión pública libre.

Y, por supuesto, no nos olvidemos, de la necesidad de demostración de que el periodista se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, medio de comunicación, tal y como hemos comentado para el supuesto de los abogados; y, en este punto, a diferencia de otros supuestos analizados anteriormente, considero determinante para la imputación de responsabilidad al medio de comunicación que exista un vínculo jurídico laboral entre ellos, no habiéndose manifestado hasta el momento la doctrina, salvo error u omisión por mi parte.

Responsabilidad penal y responsabilidad civil extracontractual en los mismos términos que hemos expresado con anterioridad; por tanto no nos olvidemos que al margen de la propia responsabilidad del trabajador, el medio de comunicación, el empresario responde por el hecho ajeno, esto es, por no haber tenido la diligencia de un buen padre de familia, siendo por tanto el último responsable de la reparación del perjuicio causado; pudiendo a su vez actuar contra su empleado, tanto por una cuestión meramente disciplinaria – que podría incluso justificar un despido en esos términos, conforme al art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores – como por aplicación del *solve et repete*.

El art. 1:101 de los PETL especifica en su apartado 1 que la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo, añadiéndose en el apartado 2 que el daño podrá, en

¹⁵⁷ Por todas, STC 209/2001, de 22 de octubre, RTC 2001\209. En este mismo sentido SSTC (Sala Primera), Sentencia núm. 1/2006 de 16 enero y Sentencia núm. 56/2010 de 4 octubre, RTC 2010\56.

¹⁵⁸ En este sentido, STC, sala primera), 160/2003 de 15 de septiembre.

particular imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya causado; b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones. También se especifican los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno.

Los principios del Derecho europeo adoptan como criterio básico de causalidad la teoría de la *conditio sine qua non* al disponer que una actividad o conducta será causa del daño de la víctima si, de no haber existido tal actividad, el daño no se hubiera producido (art. 3:101 PETL¹⁵⁹). Puesto que no será fácil en algunos supuestos acreditar en el caso concreto la relación de causalidad, los Principios incluyen reglas específicas para esos supuestos, denominados de causalidad múltiple o incierta.

Por lo que a nosotros interesa, se habla, en primer lugar, de causalidad concurrente cuando cada actividad producida sea causa del daño de la víctima, de tal manera que hayan sido diversas actividades o conductas las que concurren en la causación del daño, habiendo podido ser por sí mismas, cualquiera de ellas, aptas para causar el mismo daño (art. 3:102 PETL¹⁶⁰). Incardinando esta disposición con nuestro supuesto, podemos encontrar la inactividad u omisión de los distintos trámites procedimentales para llevar a cabo el proceso, tanto para iniciarlo como para continuarlo. En el supuesto de los Tribunales españoles la utilización de la causa concurrente en este sentido se resuelve a favor del responsable último, el empresario, sindicato o abogado titular del despacho, aludiendo – como mencionábamos – a la imposibilidad de determinar en la cadena de actuación al único responsable. Misma solución que ofrecemos en el Derecho interno frente a la denominada causalidad parcial incierta, que ocurre cuando la pluralidad de actividades o conductas ha contribuido a causar el daño pero ninguna de ellas ha sido suficiente para hacerlo por sí misma; en este caso, los principios, art. 3:105 PETL¹⁶¹ establecen la regla de presunción de causación por partes iguales.

El problema fundamental de la causa concurrente aparece cuando no es posible causar el daño con una sola de las actividades realizadas, sino que

¹⁵⁹ Art. 3:101. *Conditio sine qua non*: “An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim’s damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred”.

¹⁶⁰ Art. 3:102. Concurrent causes: “In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim’s damage”.

¹⁶¹ Art. 3:105. Uncertain partial causation: “In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof”.

el daño efectivo se ha producido como consecuencia conjunta de todas ellas; en este sentido, los principios del Derecho europeo de responsabilidad civil consideran que la responsabilidad debería ser solidaria entre todos los agentes intervinientes. Solución que dista de nuestro derecho interno, donde el responsable, de nuevo, será el empresario, sindicato o abogado titular del despacho.

En segundo lugar, la causalidad alternativa aparece cuando pese a haberse realizado varias actividades o conductas que podrían haber sido suficientes para causar el daño existe incertidumbre sobre cuál de ellas lo causó (art. 3:103 (1) PETL)¹⁶². La solución de los principios vuelve a ser una posición intermedia, esto es, una responsabilidad parcial de acuerdo con el grado de probabilidad de que cada uno de ellos haya causado el daño. Nuestro derecho interno pese a que debería tender a esta solución, acaba por imputar como único responsable al empresario, sindicato o abogado titular del despacho, pese a que la persona causante del daño no se haya en situación de dependencia, de acuerdo con las normas laborales (art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores).

4. Conclusiones: valoraciones finales y propuestas *ad futurum*

La gran parte de las valoraciones al tema se han hecho al hilo del mismo, se basan en la ineficacia de la legislación actual para abarcar todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad que pueden darse en determinados colectivos profesionales con ejercicio de su actividad profesional, en el seno de una relación contractual, laboral o no. Podemos resumirlas en los siguientes puntos centrales:

- 1) Ausencia de una norma clara, determinante e individualizada de la responsabilidad civil de los profesionales. El Código civil no es suficientemente esclarecedor ni comprende todos los supuestos planteados, evidenciándose una importante carencia legal que obliga a la excesiva y variada interpretación de los Tribunales civiles y del Tribunal Constitucional en el caso del periodista.
- 2) La necesidad de distinción entre la responsabilidad del profesional, trabajador y del que no lo es, aunque preste sus servicios en la empresa, por las diferencias básicas de organización y cumplimiento de obligaciones y deberes que con respecto al empleador tiene.

¹⁶² Art. 3:103. Alternative causes: “(1) *In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim’s damage*”.

3) La necesidad de corresponsabilidad en su justa medida, entre el profesional causante del daño y el empresario donde desarrolle sus servicios. El desconocimiento de la Ley no exime de su cumplimiento, la diligencia de un buen padre de familia que se exige al empresario con respecto a sus empleados, debe exigirse en una medida proporcional a los empleados con respecto a los terceros para los que estén actuando. Carece de cierta lógica que el periodista involucrado en supuestos de responsabilidad como trabajador de un medio de comunicación tenga más posibilidades de responder por el daño producido que el abogado, trabaje en el medio que trabaje (asesoría o sindicato).

La propuesta final, también avanzada en las páginas precedentes, considera la necesidad dada la situación actual, legal y jurisprudencial, de creación de normas más específicas atendiendo al colectivo profesional de que se trate que puedan diferenciar el tipo de responsabilidad que le corresponde a la empresa, y la responsabilidad que le corresponde al trabajador, y que garanticen con mayor precisión la restauración del perjuicio. Los códigos deontológicos y los principios inspiradores nacionales e internacionales son buenos instrumentos pero deben pasar al articulado legal para la efectiva consecución de sus objetivos.

5. Bibliografía

- Díez Picazo L. y Guillón, A., *Sistema de Derecho Civil*, España, Tecnos, V. II, 2001.
- Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- Hanentjens, M. y Du Perron, E., “PTEL Liability for Damage caused by others”, *The Netherlands*, n. 8.
- Miquel, J. M., “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente”, *ADC*, 1983.
- Paniza Fullana, A., “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio”, *Aranzadi Civil Mercantil*, n. 11, 2012, Editorial Aranzadi.
- Domingo Monforte, J., “La responsabilidad profesional de los peritos forenses”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 855, 2013, Editorial Aranzadi S.A.
- González González, C., “¿Cuándo responde un abogado?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2011.

- Reglero Campos, L. F., “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 11, 2007.
- Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n. 8, 2010, BIB.
- Salas Carceller, A., “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de responsabilidad civil profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2010, BIB.

La distribución de la jornada de trabajo en España

Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ*

RESUMEN: El presente trabajo aborda el análisis del sistema distributivo de la jornada de trabajo en España. Dada la idiosincrasia de la jornada laboral y su distribución, se está ante una materia que refleja con especial claridad la dinámica evolutiva del Derecho del Trabajo. A continuación se examinará la situación de vigencia actual, en la que los nuevos problemas e interrogantes, derivados de las últimas reformas, convergen con otros, ya tradicionales.

Palabras clave: Jornada, distribución, tiempo de trabajo, irregular, flexible.

SUMARIO: 1. La vertiente cualitativa de la jornada de trabajo. 2. Distribución regular e irregular de la jornada. 2.1. La jornada regular. 2.2. La jornada irregular pactada colectivamente. 2.3. Autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada. 3. La distribución irregular dinámica: la distribución flexible de la jornada. 4. Límites a la distribución de la jornada. 5. Bibliografía.

* Profesor Ayudante (L.O.U.) de la Universidad de Alicante.

1. La vertiente cualitativa de la jornada de trabajo

Como se sabe, la jornada de trabajo se conforma de dos vertientes o categorías.

En primer lugar, el *quantum* de la jornada, el montante total de horas durante las que se prestan servicios. Es decir, la vertiente cuantitativa. Y, en segundo término, la colocación a lo largo del año de todas las horas durante las que el trabajador prestará sus servicios. Esto es, la vertiente cualitativa de la jornada.

Pues bien, en el presente trabajo se analizará, de manera singularizada, el segundo de estos conceptos. Es decir, el modo en que la suma de horas de servicio a cargo del trabajador se distribuye a lo largo del tiempo. La fijación de los momentos concretos en que se materializará la deuda de trabajo.

No obstante, debe subrayarse que el establecimiento de dichos momentos específicos estará directamente condicionado por la cantidad de tiempo que el trabajador comprometió en virtud del contrato de trabajo, y que ahora se reparte en esta fase *cualitativa* de la ordenación del tiempo de trabajo. Es por ello que los aspectos cuantitativo y cualitativo de la jornada tienen una influencia directa y recíproca entre ellos.

La distribución de la jornada de trabajo resulta, como puede vislumbrarse, trascendental dentro del establecimiento de las distintas condiciones de trabajo. Se trata de un punto en el que colisionan, con especial claridad, los intereses contrapuestos de las partes involucradas en la relación laboral.

Desde un lado, la voluntad empresarial se dirige hacia un reparto de la jornada permeable a sus necesidades productivas. Ello obliga a que éste se efectúe de manera más o menos desigual o discontinua, en función del nivel de irregularidad o estacionalidad que presente cada actividad. Incluso, puede darse el caso de que la verdadera optimización de los recursos humanos en una determinada empresa dependa del grado de flexibilidad con el que la jornada pueda reajustarse a los cambios inesperados de la demanda.

Y por la otra parte, aparecen las inclinaciones del trabajador relativas a esta cuestión. En realidad, la protección de las condiciones de salud e integridad física relacionadas con el tiempo trabajado viene garantizada, principalmente, por el aspecto cuantitativo de la jornada¹⁶³. Por tanto, los intereses del trabajador relacionados con su distribución se dirigen hacia la

¹⁶³ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, CES, 2005, p. 129.

atención de otras necesidades, de índole personal, social y familiar. Indiscutiblemente, la certeza, previsibilidad y solidez de la jornada de trabajo inciden muy favorablemente en una organización armónica y estructurada de la vida laboral, personal, familiar y social de los trabajadores. Y éstos son los términos hacia los que propende su interés en relación al aspecto cualitativo del tiempo de trabajo.

Todo ello no obstante, es muy cierto que en diversas situaciones los intereses de ambas partes pueden coincidir total o parcialmente. Para todos estos supuestos, así como para acercar, ponderar y compensar las pretensiones de las partes cuando éstas sean opuestas, la negociación colectiva se erige como la sede ideal en la que se fijen unos parámetros equilibrados para la distribución de la jornada laboral.

La relevancia de este aspecto cualitativo de la jornada laboral ha crecido paulatinamente en los últimos tiempos, y en la actualidad es uno de los principales ejes sobre los que discurre la evolución del derecho del trabajo. En primer lugar, debido a los cambios experimentados en el modelo productivo. En la transición del *fordismo* al *toyotismo*¹⁶⁴ ha cobrado una importancia vital la optimización del tiempo de trabajo, mediante de la eliminación de los tramos de jornada innecesarios o de menor eficiencia. Y ello se consigue, precisamente, a través la adaptación de ésta a las distintas necesidades productivas que se experimentan a lo largo del año y, en su caso, con los consiguientes reajustes y correcciones respecto a lo inicialmente previsto.

Pero, además de lo anterior, la distribución de la jornada es uno de los aspectos sobre los que más ha incidido el concepto de la *flexiseguridad*. Desde la originaria Directiva comunitaria 93/104/CE hasta la última reforma del ET formulada por la Ley 3/2012, se ha extendido y generalizado la idea de que la gestión flexible del tiempo de trabajo representa una alternativa preferible a otras medidas mucho más dañinas a nivel particular y general, principalmente el despido. Las mismas disposiciones de motivos de los textos legales promulgados en todo este proceso normativo lo explicitan abiertamente. Así lo hacen las más recientes reformas sobre la materia, como la propia Ley 3/2012 o el reciente RDL 16/2013. Sin embargo, se ha criticado, al respecto de estas novedades normativas, que el fomento de las medidas de flexibilidad interna como elemento sustitutivo de decisiones extintivas resulta inoperante si, como sucede en éstos casos, la flexibilidad externa se facilita

¹⁶⁴ Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, p. 54.

y suaviza para el empresario en una medida igual o superior¹⁶⁵.

De cualquier modo, debe subrayarse cómo este auge de la cuestión cualitativa en la ordenación del tiempo de trabajo, generalizado a nivel global y comunitario, reviste una especial trascendencia en el caso del modelo económico español, y de manera muy significativa en la provincia de Alicante. Debido a la idiosincrasia de nuestro contexto productivo, marcadamente terciarizado, las necesidades empresariales a este respecto se manifiestan con una especial intensidad. La fuerte estacionalidad de gran parte de nuestra actividad económica, así como la imprevisibilidad de la demanda en muchos casos, obliga a las empresas, y por ende a los trabajadores, a recurrir asiduamente a la distribución irregular y flexible de la jornada de trabajo.

2. Distribución regular e irregular de la jornada

En el ordenamiento jurídico español, la distribución de la jornada de trabajo, es decir, su vertiente cualitativa, queda regulada por los puntos 1 y 2 del art. 34 del ET, que ostenta una doble naturaleza¹⁶⁶.

En su punto 1º, cuando el artículo cuantifica la jornada de trabajo en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, ostenta una naturaleza de norma mínima.

Mientras tanto, el punto 2º de la norma, que distribuye la jornada de trabajo, tiene una naturaleza supletoria o de *half mandatory* para la negociación colectiva.

En concreto, este último precepto abre la puerta a que el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establezca una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Y, he aquí la novedad operada por la reforma de la Ley 3/2012 en esta materia, en defecto de pacto colectivo en tal sentido, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Este complejo panorama obliga a plasmar, ya de inicio, un esquema sobre los distintos sistemas de jornada que recoge la norma.

¹⁶⁵ Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., p. 55.

¹⁶⁶ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., p.172.

2.1. La jornada regular

En primer lugar, el punto 1º del art. 34 del ET programa una distribución regular de la jornada de trabajo, consistente en cuarenta horas semanales de trabajo para todas y cada una de las semanas laborales del año. Este reparto uniforme del tiempo de trabajo a lo largo del año se ha venido a considerar como la distribución “normal” de la jornada¹⁶⁷.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio, y siempre que no existiese un pacto convencional sobre distribución irregular de la jornada anual, ésta quedaba automáticamente fijada en cuarenta horas todas las semanas del año¹⁶⁸. No obstante, tras la promulgación de la citada Ley, esta situación ha cambiado. Como se estudiará más adelante, en defecto de pacto convencional al respecto, la empresa siempre podrá distribuir irregularmente hasta el diez por ciento de la jornada de trabajo a lo largo del año.

2.2. Jornada irregular pactada colectivamente

A continuación, el punto 2º del art. 34 reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva establezca una distribución irregular de la jornada.

A este respecto, el primer punto a tratar deberá ser, precisamente, qué debe entenderse por jornada irregular o distribución irregular de la jornada, de acuerdo a este precepto.

La literalidad del grupo normativo formado por los arts. 34.1 y 34.2 del ET deja claro que la calificación de un sistema de jornada como regular o irregular depende, en exclusiva, de las horas prestadas en cada una de las semanas laborales a lo largo del año. De esta manera, será regular aquélla distribución del tiempo de trabajo en la que se trabajen cuarenta horas todas las semanas, independientemente de las horas que se trabaje cada uno de los días de esa semana, y será irregular la que compense semanas de más de cuarenta horas de trabajo con otras de menos dentro del mismo año¹⁶⁹.

Se observa, pues, que la Ley identifica, en términos absolutos, *distribución irregular de la jornada* con *distribución irregular de la jornada anual*. Ello es debido a que, como se sabe, la auténtica magnitud operativa de la jornada de trabajo es el año natural. Lo que a su vez origina un cierto grado de

¹⁶⁷ Monreal Bringsvaerd, E., “Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada”, *Actualidad Laboral*, Tomo 1999-2, p. 558.

¹⁶⁸ Monreal Bringsvaerd, E., *Ibidem*, p. 559.

¹⁶⁹ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, *cit.*, p. 168.

magnetismo a la hora de equiparar la jornada de trabajo, en sentido abstracto, con la jornada anual.

Todo ello no obstante, es perfectamente posible hablar a nivel doctrinal¹⁷⁰ de *jornada semanal irregular* para referirse a aquél esquema temporal de prestación de servicios en el que, dentro de la misma semana, la negociación colectiva fijase una jornada diaria superior a la legal solamente para algunos días específicos de la semana (por ejemplo, once horas de trabajo los lunes y viernes) que se viese compensada con una jornada inferior en el resto (seis horas los martes, miércoles y jueves).

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo la tendencia flexibilizadora de la Directiva comunitaria 2003/88 impregna el art. 34 del ET¹⁷¹, que ha ido ampliando los periodos de cómputo de la jornada desde los tradicionales ciclos diario y semanal al actual módulo anual¹⁷². Así, el centro de gravedad de la jornada se desplaza de aquéllos módulos breves a uno más amplio: el año. Con lo cual se incrementan, sin duda alguna, las prerrogativas empresariales en el campo de la distribución irregular de la jornada; que le permitirán adecuar así, de manera óptima, la utilización de sus recursos humanos a un mercado cada vez más fluctuante.

En fin, debe subrayarse que la distribución irregular programada por el art. 34.2 del ET acusa un defecto de transposición de la Directiva comunitaria sobre la materia al no exigir concurrencia de causa justificativa alguna para la adopción de tal medida, como sí lo requiere el art. 19 del texto comunitario. En concreto, este reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe hasta los doce meses el periodo de referencia para el cómputo de la jornada, pero siempre y cuando, eso sí, existan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo. A lo que la normativa española no hace mención alguna, pues establece un régimen absolutamente descausalizado para programar una distribución irregular de la jornada. Parecería razonable, pues, corregir esta deficiencia, y sujetar la distribución irregular de la jornada a la concurrencia de las oportunas causas justificadoras.

A partir de esta mención, el siguiente punto a tratar es la relación de fuentes que habilita el art. 34.2 ET para proyectar una distribución

¹⁷⁰ Roqueta Buj, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en AA.VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pp. 51 y 52.

¹⁷¹ Cabeza Pereiro, J. [et al.]: “La ordenación del tiempo de trabajo”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.

¹⁷² Sobre la evolución histórica de los módulos de cómputo de la jornada: Alarcón Caracuel, M. R.: “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*, Alicante, Bomarzo, 2007, pp. 87-90.

irregular de la jornada ordinaria de trabajo.

La Ley contempla dos manifestaciones de la autonomía colectiva para la implantación de una jornada de trabajo distribuida irregularmente: el convenio colectivo y el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Sobre este punto, bien parece que la dicción literal del art. 34.2 no deja margen de duda: el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sólo puede tener lugar cuando el convenio colectivo guarda silencio al respecto. Por ello, no es posible pactar ningún mecanismo de distribución irregular cuando el convenio colectivo aplicable ya prevé un sistema con dicha finalidad.

No obstante, la extensión de esta regla principal puede ser acotada en algunos aspectos. Debido a la imbricación que tiene el tiempo de trabajo, como condición de la relación laboral, con las peculiaridades de la empresa o el centro de trabajo, parece recomendable que los convenios colectivos de ámbito supraempresarial dejen un cierto margen de maniobra a los acuerdos de empresa o centro de trabajo en la distribución irregular de la jornada¹⁷³. Ello lleva a que se analice con cierto grado de flexibilidad la entrada del acuerdo de empresa cuando ya exista un convenio colectivo que defina un sistema de distribución irregular de la jornada.

En este sentido, no cabe duda de que, cuando se produzca una llamada expresa del convenio colectivo al acuerdo de empresa sobre esta materia, éste tendrá plena capacidad para establecer una distribución irregular de la jornada.

Es perfectamente posible que un convenio colectivo ceda la distribución del tiempo de trabajo a pactos colectivos de ámbito inferior. Incluso podría programar una concreta distribución del tiempo de trabajo y, paralelamente, permitir a estos pactos colectivos de ámbito inferior modificarlo dentro de unos términos¹⁷⁴. Eso sí, como resulta evidente, este pacto colectivo de ámbito inferior al convenio remitente, que bien podría ser un acuerdo de empresa o de centro, deberá ajustarse a las limitaciones que al respecto previese el propio convenio colectivo de origen.

De hecho, esta posibilidad se manifiesta de manera frecuente en nuestro panorama laboral, donde es tendencia habitual que la negociación colectiva sectorial fije directamente una jornada en cómputo anual y

¹⁷³ Linares Lorente, J. A., “Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, *Colex*, n. 11, 1994, p. 99.

¹⁷⁴ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, *cit.*, p. 179.

remita su distribución a ámbitos negociales inferiores, entre ellos, precisamente, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores¹⁷⁵.

Mayores dudas ofrece la posible entrada del acuerdo de empresa en el establecimiento de una distribución irregular del tiempo de trabajo cuando el convenio colectivo programa un sistema de jornada de este tipo, pero lo hace de una manera incompleta. Es en este supuesto cuando puede valorarse la idoneidad del ámbito empresarial y de centro de trabajo para regular esta cuestión y que, por ende, se permita distribuir irregularmente la jornada anual mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores¹⁷⁶. No obstante, existen otras voces autorizadas dentro de la doctrina científica que, una vez distribuida la jornada en convenio colectivo, exigen una autorización expresa para que tenga cabida el acuerdo de empresa sobre esta materia¹⁷⁷. A este respecto considero que el tenor literal es claro, y pese a que, efectivamente, por razones de cercanía e inmediatez el acuerdo de empresa o de centro puedan resultar idóneos para ajustar las fluctuantes necesidades de mano de obra a lo largo del año, estas manifestaciones de la negociación colectiva solo deben tener lugar en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo cuando el convenio colectivo guarde silencio sobre el particular o se remita a ellas de manera expresa e inequívoca. Sobre esta postura vendría a incidir la nueva regla del art. 34.2 del ET, que garantiza que, en defecto de un sistema de distribución irregular de la jornada pactado colectivamente, el empresario siempre pueda reordenar hasta el diez por ciento de la jornada anual. Si tenemos en cuenta que, en la práctica negociadora, este porcentaje de jornada que se puede distribuir irregularmente operará como límite mínimo¹⁷⁸, queda claro que, cuando el convenio colectivo se pronuncie sobre esta materia, garantizará en cualquier caso al empresario unos márgenes razonables para que ajuste la mano de obra a sus necesidades a lo largo del año. De esta manera, la cercanía e inmediatez, que serían las razones que motivarían una entrada artificiosa del acuerdo

¹⁷⁵ Roqueta Buj, R., *La jornada...*, cit., pp. 55 y ss.

¹⁷⁶ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., pp. 177 y 178: tal sería el supuesto de un convenio colectivo que fijase la jornada semanal en cuarenta horas y a renglón seguido previese que equivale a mil ochocientas horas. Para el autor, en estos casos se refleja la voluntad de las partes de no cerrar la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, y será necesario que un pacto de empresa o de centro delimite la misma.

¹⁷⁷ Roqueta Buj, R.: *La jornada...*, cit., pp. 77.

¹⁷⁸ Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 709.

de empresa en la distribución irregular de la jornada, quedan aseguradas por este mínimo con el que siempre contará la empresa.

Una última posibilidad abierta a la negociación colectiva sobre esta materia es que no programe por sí misma y de manera directa la distribución irregular de la jornada, sino que remita a la discreción del empresario, dentro de unos márgenes y términos concretos, la posibilidad de introducir este sistema de organización del tiempo de trabajo. Se trataría, pues, de un *ius variandi* empresarial con origen en el pacto colectivo habilitante, que permitiría al empresario apartarse del sistema de distribución de la jornada establecido por defecto en el acuerdo colectivo. En estos casos, las variaciones sobre la distribución de la jornada, que quedasen comprendidas dentro del espectro previsto por el acuerdo colectivo, formarían parte de las prerrogativas ordinarias de gestión empresarial. Estarían, por tanto, al mismo nivel que la movilidad funcional intragrupo o la movilidad geográfica sin cambio de residencia¹⁷⁹. Además, habida cuenta del amparo que encontraría el empresario en dicho acuerdo colectivo, esta actuación resultaría absolutamente autónoma, y no conllevaría la necesidad de acudir al procedimiento del art. 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tanto la doctrina científica como la judicial sí aceptan este mecanismo de reparto de facultades en el campo de la distribución irregular de la jornada, siempre y cuando la potestad conferida al empresario se sujete a ciertos límites¹⁸⁰.

En primer lugar, esta facultad no podrá ser ejercida por el empresario de manera caprichosa, arbitraria o irracional, ni tampoco abusiva; sino que debe estar fundada en causas conectadas con la utilidad y las necesidades de funcionamiento de la empresa. Además, la concurrencia de estas causas justificantes es susceptible de someterse a control judicial en caso de discrepancia. Así lo señala de manera específica el Tribunal Supremo¹⁸¹. De estos mismos extremos participa la doctrina científica al sostener que no parece aceptable que el convenio colectivo autorice en términos genéricos al empresario a decidir unilateral y libremente la distribución irregular de la jornada de trabajo¹⁸².

Por otra parte, también se ha exigido que todo sistema de distribución irregular de la jornada que confiera potestades al empresario en la materia

¹⁷⁹ Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 60.

¹⁸⁰ Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 560: El *ius variandi* empresarial sobre distribución irregular de la jornada no puede ser ilimitado.

¹⁸¹ STS 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

¹⁸² Linares Lorente, J. A., "Flexibilidad en materia de jornada de trabajo", *Colex*, n. 11, 1994, p. 99.

contuviese marcos temporales de extensión inferior al anual y fijase, al mismo tiempo, la jornada ordinaria correspondiente a estos módulos. Pues lo contrario podría contravenir los principios sobre arbitrio y determinación de cualquier contrato de los arts. 1256 y 1273 del CC¹⁸³. No obstante, este segundo límite puede llegar a cuestionarse al hilo de la nueva norma del art. 34.2 del ET sobre el diez por ciento de la jornada en cómputo anual que podrá distribuir irregularmente el empresario en defecto de acuerdo colectivo sobre el particular; tal y como se verá más adelante.

2.3. Autonomía empresarial en la distribución irregular de la jornada

Hasta la llegada de las fórmulas previstas por el RDL 7/2011, primero, y la Ley 3/2012, después, era postura pacífica entre la doctrina científica afirmar que, en defecto de pacto colectivo sobre distribución irregular de la jornada, el esquema programado por el art. 34.1 del ET devenía automáticamente aplicable y todas las semanas laborales se trabajaban, como máximo, cuarenta horas. La distribución irregular de la jornada anual, igual que ocurre con el tope de nueve horas de jornada diaria, resultaba absolutamente inaccesible para la esfera individual de la relación¹⁸⁴. No obstante, es cierto que antes, igual que ahora, sí cabía la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la realización obligatoria de horas extraordinarias; que, en realidad, también puede funcionar como un mecanismo de distribución irregular de la jornada.

En cualquier caso, aquélla situación ha sufrido un giro radical propiciado por el art. 9.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que en realidad no hace sino proseguir la línea legislativa¹⁸⁵ ya iniciada por el RDL 7/2011¹⁸⁶.

¹⁸³ Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 561. La Ley utiliza el módulo anual para cuantificar la jornada total de trabajo, no para distribuirla, lo cual obliga a que los períodos fijados para su ejecución consten en marcos más pequeños que el anual, ya sea este quincenal, mensual, bimensual, trimestral, etc.

¹⁸⁴ En contra, afirmando que sí cabe pactar en el contrato individual la distribución irregular de la jornada: Alarcón Caracuel, M.R., *La jornada...*, cit., p. 46.

¹⁸⁵ Para un análisis de toda la evolución legislativa del fenómeno de la distribución irregular de la jornada, que comienza con la Ley 10/1994, véase: Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., pp. 70 y ss.

¹⁸⁶ El art. 2 del RDL 7/2007, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, añadía una letra *i*) al art. 85.3 del ET sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos y que quedaba redactado como sigue: *i) Medidas para contribuir a*

El citado precepto reforma el art. 34.2 del ET, que ahora establece que, cuando ni el convenio colectivo ni el acuerdo subsidiario entre la empresa y los representantes de los trabajadores diseñen un sistema de distribución irregular de la jornada, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año hasta el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Resulta límpido que lo que se crea con este precepto es una cláusula de garantía que asegure al empresario unos márgenes mínimos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo. Así, cuando la negociación colectiva no le ofreciese un sistema propio para acoplar la jornada de todos o algunos de sus trabajadores al ciclo de actividad de la empresa, el empresario siempre contará con este sistema supletorio de origen legal. Queda claro, por tanto, que este sistema permitirá variar la jornada previamente planificada sin necesidad de acudir al procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET.

No obstante, debe llamarse la atención sobre la relación que tiene este precepto con el art. 34.3 del ET. Como se sabe, salvo disposición en contrario en el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario, la jornada diaria tiene un tope de nueve horas inaccesible para la autonomía individual. Es muy posible que, cuando no se hubiese alcanzado un acuerdo en sede colectiva sobre la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, tampoco existiese consenso en cuanto a la supresión del límite de las nueve horas diarias. En tales casos, cuando el empresario pueda distribuir irregularmente hasta el diez por ciento de la jornada anual por mor del art. 34.2 del ET, deberá hacerlo con atención a las nueve horas que podrán trabajarse como máximo cada uno de los días de ese año.

De esta forma, podrán producirse incrementos – con los correspondientes decrementos – de las jornadas semanales que comprometan hasta un diez por ciento de la jornada anual¹⁸⁷, pero con atención al límite diario del art. 34.3 del ET. De igual modo, deberán respetarse el preaviso necesario, los descansos laborales y los demás límites oponibles a todo sistema de distribución irregular de la jornada, que se analizarán posteriormente.

la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquella, y, en particular, las siguientes:

1.º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento.

¹⁸⁷ Este porcentaje será el que corresponda en cada caso a la jornada anual máxima prevista en el convenio colectivo. El caso de que no existiese una jornada anual máxima convencional, el diez por ciento de la jornada máxima anual prevista en la ley supondría un total de 182 horas aproximadamente).

Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer en principio, las consecuencias de este precepto exceden con mucho a la confección al empresario de esta cuota de flexibilidad, que actúa como garantía de mínimos, cuando a nivel convencional no se prevea un sistema específico para el reparto irregular del tiempo de trabajo.

El primer efecto que debe destacarse de esta norma, es la presión que ejercerá, con total seguridad, sobre cualquier acuerdo colectivo sobre el particular. La existencia de esta cláusula de cierre desplaza el punto de equilibrio en la negociación, que quedará adulterada por la influencia que proyecta esta cláusula. De este modo, se refuerza muy notoriamente la posición empresarial en la búsqueda de un punto de encuentro armónico entre los intereses contrapuestos que sobre esta materia ostentan, por uno y otro lado, empresario y trabajadores. Además, ello puede considerarse exorbitado, en tanto en cuanto la Ley universaliza, de este modo, la jornada de distribución irregular. Y lo hace sin tener en cuenta las muy distintas circunstancias concurrentes en cada actividad¹⁸⁸; lo que lleva a replantearse la urgencia y necesidad de propagar así, indiscriminadamente, este sistema de organización del trabajo.

El segundo aspecto a descollar guarda una relación muy estrecha con el anterior.

Puede pensarse, en principio, que el diez por ciento de la jornada distribuida irregularmente, sólo regirá en defecto de acuerdo colectivo sobre la materia. Sin embargo, una vez ya concedida por defecto esta cuota al empresario, difícilmente se desprenderá de ella en la fase de negociación. Es por esto que se afirma que ese diez por ciento va a operar como un límite de mínimos en la práctica negociadora¹⁸⁹.

Desde luego, todo lo anterior induce a una reflexión sobre la auténtica finalidad de la norma. Visto el esquema de su funcionamiento, surgen pocas dudas de que los efectos señalados no dejan de ser los exactamente buscados y perseguidos, y la distribución irregular la jornada pasa a ser, ya, la norma general. Los propios objetivos explícitos de flexibilidad interna que pregona la Ley 3/2012 pueden llevar a interpretar, incluso, que la finalidad del precepto obliga a que todo convenio colectivo garantice esa cuota mínima de irregularidad en la jornada¹⁹⁰.

En cualquier caso, no debe perderse de vista que, mientras esta tónica legislativa demuestra, o no, sus beneficios sobre el empleo, lo que está fuera de toda duda es que tales medidas incrementan la sumisión de la

¹⁸⁸ Martínez Yáñez, N. M.: “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013, pp. 18 y 19.

¹⁸⁹ Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, cit., p. 709.

¹⁹⁰ Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, cit., p. 710.

fuerza de trabajo.¹⁹¹

Por último, debe subrayarse que la reforma operada por la Ley 3/2012 en el art. 34.2 del ET supone un nuevo defecto de transposición de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo¹⁹², que viene a añadirse al ya estudiado anteriormente.

Como ya se dijo, la posibilidad que confiere el art. 34 a la negociación colectiva, de distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año, incorpora un defecto de transposición de la Directiva en lo que se refiere a la falta de justificación causal. El art. 19 del texto comunitario condiciona las irregularidades de jornada de dimensión anual a la concurrencia de razones objetivas, técnicas o de organización. Sin embargo, el art. 34 no requiere causa alguna para que la negociación colectiva establezca una irregularidad de la jornada con proyección anual; lo que sin duda excede los parámetros definidos por el marco comunitario.

Pero además de este defecto, ya estudiado, la modificación de la Ley 3/2012 sobre la materia adiciona otro incumplimiento de la normativa europea. Si se observa, el art. 19 contempla, en todo momento, que las irregularidades de jornada de cómputo anual sean acordadas colectivamente. Desde luego, resulta muy razonable esta idea de que la negociación colectiva sea el emplazamiento más apropiado para dar una salida equitativa a los intereses contrapuestos que subyacen a esta cuestión. Sin embargo, ahora la Ley, falta de concierto colectivo mediante, otorga al empresario la facultad de introducir unilateralmente un sistema de jornada irregular con un montante absoluto de hasta 182 horas al año. Por tanto la distribución irregular de la jornada anual deja de ser una medida de acceso restringido a la negociación colectiva y queda dentro del ámbito de actuación unilateral del empresario. Lo que, sin duda, constituye una nueva trasgresión de los márgenes comunitarios en esta materia.

3. Distribución irregular dinámica: la distribución flexible de la jornada

Hasta este punto se ha analizado la distribución irregular de la jornada como un fenómeno constituido por una única fase. Según este procedimiento, se fija un ritmo de trabajo desigual a lo largo del año, para

¹⁹¹ Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 56.

¹⁹² Ballester Pastor, M.A., *ibidem*, p. 77.

hacer frente a unas necesidades productivas discontinuas, que se plasma desde un principio en el calendario laboral de la empresa. De esta manera, el trabajador no presta servicios en igual cuantía durante todas las semanas del año, pero conoce con exactitud cuáles son esas irregularidades que presenta su jornada ordinaria de trabajo.

Lo que ocurre, es que éste es solamente uno de los posibles tipos de distribución irregular de la jornada, que vendría a corresponder con la variable *estática*. Existe también otro modelo de jornada irregular que podría denominarse *dinámica*.

Puede ocurrir que las necesidades productivas impliquen hacer un uso desigual de la fuerza de trabajo a lo largo del periodo anual, y tales irregularidades sean perfectamente conocidas y reiteradas. En estos casos, bastará con dibujar en el calendario laboral esos periodos de mayor y menor actividad. Ello equivaldría a una distribución irregular estática o rígida de la jornada de trabajo.

Sin embargo, es perfectamente imaginable, y de hecho así ocurre muy frecuentemente, que los incrementos y decrementos de las necesidades productivas sean altamente volubles y difíciles de predecir. Es el panorama que caracteriza a aquellas actividades en las que la demanda se encuentra condicionada a factores muy diversos y de diagnóstico complejo. En estos otros casos surge la necesidad, al igual que en los anteriores, de distribuir la jornada de trabajo irregularmente a lo largo del año. Pero, en cambio, no resulta posible prever con exactitud dónde se situarán, y con qué intensidad, los periodos de máxima y mínima actividad.

Pues bien, para todos estos supuestos surge la necesidad de programar la jornada de trabajo no como algo monolítico e invariable, sino flexible y movable que tenga en cuenta las vicisitudes de la empresa y los cambios que se produzcan en el mercado¹⁹³. En suma, lo que se persigue es dotar a la empresa de una herramienta que le permita adaptar ágilmente la utilización de sus recursos humanos a las alteraciones del mercado que, inopinadamente, le afecten a lo largo de cada año. Y este sistema de organización del tiempo de trabajo no es otro que la jornada irregular dinámica o flexible.

La relevancia de este segundo tipo de jornada irregular, la dinámica, ha ido creciendo a lo largo de los últimos tiempos en paralelo a un cambio generalizado a nivel global en el modelo productivo. Se trata de la transición del *fordismo* al *toyotismo*¹⁹⁴.

¹⁹³ Roqueta Buj, R., *La jornada...*, *cit.*, p. 71.

¹⁹⁴ Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, *cit.*, pp. 53 y 54.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, y la modificación que ésta produjo en el art. 34 del ET, este sistema de organización del tiempo de trabajo carecía de una regulación legal expresa.

No obstante, la doctrina científica¹⁹⁵ y judicial¹⁹⁶ sí admitían la posibilidad de que la negociación colectiva habilitase al empresario a actuar en estos términos sobre la jornada de trabajo. Así, se aceptaba que la negociación colectiva facultase al empresario a alterar la distribución de la jornada después de que ésta hubiese sido ya trazada en el calendario laboral. Y, de esta manera, acomodase la utilización de recursos humanos a las necesidades de la actividad, según cambiasen éstas a lo largo del año sobre el patrón inicialmente previsto.

La idea que subyace a la aceptación doctrinal de estos sistemas de jornada es que la facultad conferida a la negociación colectiva por el art. 34.2 del ET no sólo comprende la posibilidad de distribuir la jornada de trabajo de manera irregular. Sino que también permite al empresario adoptar esa distribución inicial a las cambiantes necesidades de cada momento concreto.

En cualquier caso, la Ley 3/2012 modifica – y clarifica – todo este panorama en tanto en cuanto positiviza y confiere un soporte legal a la distribución irregular dinámica, al tiempo que la dota de un régimen jurídico cierto. Como se sabe, el art. 9.1 de la citada Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica el art. 34.2 del ET, al que incorpora, además de los contenidos ya estudiados, la posibilidad de que se diseñe una jornada irregular dinámica o flexible.

En efecto, el nuevo art. 34.2 del ET, tras establecer que toda distribución de la jornada deberá respetar los descansos diario y semanal, exige que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Y es en ésta última previsión, relativa al preaviso de cinco días, donde se encuentra, implícitamente, la habilitación legal a los sistemas de jornada irregular flexibles o dinámicos. Si se observa, el precepto se presenta como un derecho del trabajador. Y en realidad lo es¹⁹⁷. Lo que ocurre, es que detrás subyace el beneplácito del legislador a los sistemas de jornada elástica, ya aceptados anteriormente por doctrina y jurisprudencia, y que ahora quedan revestidos con fuerza de Ley.

Mediante la exigencia de que el trabajador conozca con una antelación

¹⁹⁵ Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada...*, cit., p. 173.

¹⁹⁶ STS de 15/12/1998 (Rec. 1162/1998).

¹⁹⁷ No obstante, puede también argumentarse que este precepto más que incrementar los derechos del trabajador, lo que provoca es una legitimación de la medida que beneficia en último término al empresario: Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, cit., pp. 76 y 77.

mínima de cinco días la fecha y la hora de su prestación de trabajo, se acepta de manera implícita que no es necesario que la jornada de trabajo quede férreamente distribuida en el calendario desde un primer momento. Será suficiente con que el trabajador conozca las variaciones de jornada respecto a lo inicialmente previsto con la citada anticipación. Lo que supone, de facto, una jornada irregular dinámica.

Esta vía para la alteración de las condiciones contractuales pactadas inicialmente no es más que otra manifestación del *ius variandi* del que goza el empresario dentro de la relación laboral. Ciertamente, este tipo de prerrogativas resultarían absolutamente inconcebibles en otros contratos de naturaleza privada. Sin embargo, las particularidades del contrato de trabajo llevan a que sean diversas las ocasiones en que ambas partes, por distintos motivos y respecto a múltiples aspectos, puedan modificar unilateralmente los términos de su relación. Por tanto, las variaciones de jornada en que consiste la distribución irregular dinámica de la misma no son más que otra expresión del poder de dirección del empresario (arts. 5 c) y 20.2 del ET).

Dado todo lo anterior, puede afirmarse que esta facultad empresarial no contraviene las normas sobre la necesaria determinación del objeto del contrato (arts. 1261 2º y 1273 del CC), ni a la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del CC)¹⁹⁸. En este sentido, se ha explicado que es posible que la jornada de trabajo se establezca no de manera cierta, sino por referencia o aproximación, con lo que este aspecto del contrato de trabajo sería, más que determinado, “determinable”¹⁹⁹.

Sea como fuere, debe subrayarse que este nuevo precepto contenido ahora en el art. 34.2 del ET no sólo habilita, con respaldo legal, a la negociación colectiva a introducir sistemas dinámicos de jornada irregular. Dada su ubicación, al final del art. 34.2 ET, esta elasticidad también afectará a aquél diez por ciento de jornada que, como ya se vio, la empresa podrá distribuir de forma irregular a lo largo del año cuando en sede colectiva no se hubiese negociado un sistema equivalente.

Ello implica que, cuando ese diez por ciento de jornada pase a ser distribuido unilateralmente por la empresa, ésta podrá generar variaciones en el tiempo de trabajo por un valor global de hasta ciento ochenta y dos horas (aproximadamente el 10% de la jornada máxima anual) con tan sólo preavisar al trabajador con cinco días de antelación. Desde luego, llama la

¹⁹⁸ Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 556.

¹⁹⁹ López Gandía, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad Laboral*, T. 1996-1, p. 323.

atención que la Ley no exija más trámite procedimental que este breve preaviso, así como que tampoco concurra causa alguna para la adopción de tal medida. Si se valora hasta qué punto puede llegar a perturbar al trabajador esta medida, parece, ciertamente, desproporcionado el grado de holgura concedido al empresario para adoptarla. En ese sentido, este aspecto de la norma ha sido fuertemente criticado²⁰⁰.

En cualquier caso, al margen de que la Ley no exija una justificación causal específica ni un verdadero procedimiento para la introducción de esta medida, considero muy oportuna la recuperación en este punto de la doctrina del TS, vertida en su sentencia del 15 de diciembre de 1998 (Rec. 11162/1998). En ella, al hilo de los sistemas de jornada irregular flexible pactados colectivamente, se destaca que el empresario no podía, en ningún caso, hacer un uso arbitrario o irracional de esta facultad concedida por la negociación colectiva. Y que, en estos términos, la decisión del empresario debía conectarse con causas de utilidad y necesidades de funcionamiento de la empresa; extremo susceptible de someterse a control judicial.

Estimo que tales criterios, vertidos en relación a las jornadas elásticas de origen convencional, resultan plenamente aplicables, ahora, a este diez por ciento de jornada irregular dinámica que correrá a cuenta del empresario cuando el convenio colectivo no prevea un sistema específico. Y por tanto, esta decisión empresarial deberá fundamentarse en las referidas causas, que podrían llegar a contrastarse en sede judicial.

Todo ello no obstante, parece razonable revestir de una presunción de legitimidad a la medida empresarial, y sólo en casos de manifiesta arbitrariedad o improcedencia se llegue a este control judicial²⁰¹.

Un problema específico que viene asociado a estas horas flexibles es su intrincada relación con la jornada extraordinaria.

Como se sabe, las horas extraordinarias compensadas con descansos equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no computan de cara al límite de ochenta horas extraordinarias al año.

Por otra parte, se ha visto también cómo la última reforma sobre la materia permite sistemas de jornada flexible cuyas irregularidades se compensen en ciclos de duración anual.

Pues bien, la combinación de estos dos fenómenos jurídicos dificulta sobremanera el diagnóstico de la aparición de las horas extraordinarias. Dado que un aumento de jornada ordinaria puede ser compensado hasta doce meses después de producirse, y mantener así su condición de horas

²⁰⁰ Entre otros: Ballester Pastor, M.A., *ibidem*, p. 76.

²⁰¹ En un sentido similar: Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *Los límites...*, *cit.*, p. 714.

ordinarias, surge la necesidad de aguardar hasta la finalización de cada periodo anual para determinar si se han realizado horas extraordinarias y en qué cuantía. Debido a que el módulo para la distribución de la jornada coincide con el módulo que la cuantifica – esto es, el año –, resulta impracticable la diferenciación entre los aumentos del tiempo de trabajo imputables a la jornada ordinaria y a la extraordinaria. Y sólo cuando, transcurrido ese ciclo anual, aparezca una jornada cuantitativamente superior a la establecida como ordinaria, se apreciará la existencia de horas extraordinarias.

En cualquier caso, y como resulta fácilmente imaginable, debe reseñarse hasta qué punto este tipo de esquemas de tiempo de trabajo inciden en la esfera personal del trabajador. Con ellos, no sólo se ve afectado por la existencia de periodos laborales de extraordinaria intensidad. Además, sufrirá las consecuencias asociadas a la incertidumbre de no conocer de antemano en qué momentos concretos se materializará su deuda de trabajo. Todo este panorama colisiona de lleno con una pacífica planificación y organización del tiempo dedicado a la esfera personal y familiar.

Sin embargo, es muy cierto que por la vertiente opuesta aparece la necesidad empresarial, muy acentuada por el actual periodo de crisis económica, de dar una respuesta ágil a las variaciones que experimenta en la actividad a lo largo del año. Y esta herramienta se postula como una alternativa menos traumática a la flexibilidad externa y el recurso indiscriminado a la contratación temporal. Lo que sucede, es que el fomento de la flexibilidad interna no termina de operar como una auténtica alternativa a la flexibilidad externa en tanto ésta última no se penaliza adecuadamente²⁰². En efecto, la exposición de motivos de la Ley 3/2012, que positiviza esta jornada irregular dinámica, presenta el aumento de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo como una alternativa a la destrucción de empleo. Sin embargo, aumenta paralelamente la flexibilidad en materia de despido. Se pretende que la decisión empresarial se incline hacia la flexibilidad interna pero, en el otro lado de la balanza, los efectos empresariales aparejados a la flexibilidad externa aparecen igualmente suavizados.

Por tanto, esa presunta alternatividad entre flexibilidad externa e interna termina por reducirse a un incremento unidireccional de las facultades empresariales en todas las parcelas de actuación, sin que ello presente, o desde luego no de una manera directa, ninguna contrapartida favorable en las prerrogativas del trabajador.

²⁰² Ballester Pastor, M. A., *La flexibilidad...*, *cit.*, pp. 55 y 56.

En fin, como se aprecia, la distribución irregular dinámica es un punto en el que confluyen con un altísimo nivel de presión los intereses contrapuestos que rodean a la organización del tiempo de trabajo. Por todo ello, y debido a las actuales tendencias y aspiraciones de las empresas en la utilización de los recursos humanos, se trata ésta de una cuestión que, de seguro, reflejará muy gráficamente la tendencia evolutiva del Derecho del Trabajo en nuestro ordenamiento.

Para terminar el análisis de la jornada irregular dinámica o flexible, es necesario referir a qué límites está sujeta; además del preaviso de cinco días de antelación para que el trabajador conozca el día y la hora de su prestación de servicios.

Lo que ocurre, es que, como se sabe, la distribución flexible no es más que un variante particular de la distribución irregular en sentido amplio. Por ello, sus límites se encuentran conjuntamente estudiados en el apartado que viene a continuación.

4. Límites a la distribución de la jornada

Como se sabe, la distribución irregular de la jornada laboral incide muy directamente sobre derechos del trabajador de índole sanitaria, personal, familiar y social. Por ello, este mecanismo de organización del tiempo de trabajo encuentra diversos límites dirigidos a garantizar unos estándares mínimos de protección de los trabajadores afectados por esta medida.

Con carácter previo al análisis de los verdaderos límites de la distribución irregular de la jornada es necesario llamar la atención sobre la posible incidencia del límite de nueve horas diarias de trabajo que establece el art. 34.3 del ET.

Como se sabe, el art. 34 del ET fija, por un lado, la duración máxima de la jornada diaria – las nueve horas diarias del art. 34.3 –, que operará en defecto de disposición convencional al respecto y, por otro, la duración máxima de la jornada semanal – las consabidas cuarenta horas en cómputo anual –, que será efectiva en caso de que no exista un acuerdo colectivo para la distribución irregular de la jornada anual. Lo que ocurre, es que estos dos márgenes actúan de manera paralela e independiente, lo que puede llevar a una situación hasta cierto punto anómala. Se trataría del caso en el que la negociación colectiva sí hubiese suprimido el límite de cuarenta horas semanales pero dejase impertérrito el límite referido a las nueve horas diarias de trabajo efectivo que recoge el art. 34.3 del ET.

En efecto, si el convenio colectivo, o en su defecto el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, no dispusiese el límite de

la jornada diaria previsto por la Ley, éste se mantendría plenamente vigente y debería respetarse en todo caso. Por tanto, en el supuesto de que la negociación colectiva programase un sistema de distribución irregular de la jornada anual que eliminase el tope de las cuarenta horas semanales, pero no suprimiese el de la jornada diaria del art. 34.3, ningún día podrían trabajarse más de nueve horas; lo que sin duda estrangularía los efectos presumiblemente pretendidos por dicha ordenación irregular del tiempo de trabajo.

Mayor trascendencia práctica tendrá este fenómeno en relación al diez por ciento de la jornada anual que el empresario podrá distribuir de manera irregular en defecto de sistema convencional específico, tal y como ya se ha analizado. Cuando no se hubiese eliminado por vía colectiva el límite del art. 34.3 del ET, la prerrogativa empresarial conferida por el art. 9.1 de la Ley 3/2012 de 6 de julio chocaría con el tope de las nueve horas diarias. Dentro ya de los verdaderos límites que se erigen frente a la distribución irregular de la jornada, la primera gran frontera viene constituida por los tiempos de descanso²⁰³.

Así lo recoge expresamente el párrafo 2º del art. 34.2 del ET, al referir que, en todo caso, deberán respetarse los descansos mínimos diario y semanal previstos por la Ley. Parece llamativo que el precepto no se refiera en modo alguno a las vacaciones anuales ni a los festivos. Pero dado el carácter de derecho necesario que ostentan estas dos instituciones no cabe duda que, asimismo, deben ser considerados también como límites oponibles a la distribución irregular de la jornada.

Por otra parte resulta también notorio que el precepto solamente haga referencia a los mínimos previstos en la Ley, lo que podría generar dudas sobre si los incrementos convencionales de dichos mínimos deberían operar, de igual manera, como topes a la distribución irregular. No obstante, de la interpretación finalista de este precepto, en conjunción con los que regulan los citados descansos, se deduce que esta garantía debe extenderse también a aquéllos tramos del derecho que tengan origen en una mejora prevista por convenio colectivo²⁰⁴.

²⁰³ Alarcón Caracuel, M. R., *La Jornada...*, *cit.*, pp. 51 y 52. Los descansos diario y semanal, los festivos y las vacaciones serían períodos “marcados en rojo” en el calendario anual, y durante ellos no podría exigirse al trabajador la prestación de servicios. En el mismo sentido, Matía Prim, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, Universidad de Madrid, 1977, p. 311: “Los descansos diario, semanal y anual actúan como medios para delimitar la obligación de trabajo en su aspecto temporal, es decir, la jornada”.

²⁰⁴ En el mismo sentido: Roqueta Buj, R.: “Artículo 34”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012.

Todo ello no obstante, de entre los distintos descansos que operan como límites a la distribución irregular de la jornada, es el descanso diario o inter-jornadas el que, verdaderamente, reviste una eficacia destacada.

Por su parte, el descanso semanal puede acumularse por períodos de hasta catorce días. En determinadas circunstancias, es posible trabajar durante los festivos. E incluso las fechas de disfrute de las vacaciones anuales son susceptibles de variar.

Sin embargo, ningún fenómeno de este tipo puede alterar las doce horas de descanso entre jornadas de trabajo sucesivas. Y, por ello, puede afirmarse que es éste el auténtico límite infranqueable frente a cualquier pacto de distribución irregular del tiempo de trabajo, que además opera de cara tanto a la jornada ordinaria como a la extraordinaria.²⁰⁵

Todo ello trae a colación el análisis de la *jornada semanal extrema*.

Mediante la supresión por acuerdo colectivo de distintos mecanismos de protección del trabajador, puede llegarse a una jornada concentrada de once días consecutivos de doce horas cada uno seguidos de tres de descanso. Además, todo lo analizado sobre ese nuevo diez por ciento de distribución irregular a cuenta del empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, ahonda en esta problemática. Y ello debido a que el principal obstáculo para esta saturación de la jornada laboral, que no es otro que el tope de cuarenta horas semanales, va a encontrarse a merced del empresario casi con total seguridad²⁰⁶.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de definir un máximo semanal de trabajo imperativo e indisponible tanto para la esfera contractual de la relación como para la autonomía colectiva, a semejanza del tope inquebrantable de las doce horas de descanso entre días de trabajo consecutivos.

En segundo lugar, cualquier sistema de distribución irregular de la jornada debe atenerse a la necesidad de preavisar al trabajador con una mínima antelación de los cambios operados en la jornada previamente establecida. Obviamente, este límite despliega sus efectos sólo frente a la distribución irregular dinámica o flexible, dado que si el sistema diseñado es estático o rígido el trabajador va a conocer con exactitud su jornada de trabajo desde el momento en que esta se plasme en el calendario laboral.

El art. 9.1 de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del

²⁰⁵ Cabeza Pereiro, J. [*et al.*], *La ordenación...*, *cit.*, p. 71.

²⁰⁶ Ya se vio cómo en la práctica negociadora ese diez por ciento a cuenta del empresario va operar como contenido mínimo del acuerdo colectivo para distribución irregular de la jornada. Por tanto, tanto si hay sistema convencional de distribución irregular de la jornada anual, como si no, lo más probable es que el empresario pueda colocar, al menos, un diez por ciento de la jornada anual irregularmente.

mercado laboral ha venido a positivizar esta exigencia, que ya era habitual en la práctica negociadora y considerada fundamental por la doctrina científica²⁰⁷. Tras la modificación operada por este precepto, el art. 34.2 del ET impone que el trabajador conozca con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular. El tenor literal del precepto, así como su finalidad, no pueden sino arrojar la conclusión de que se trata de una norma de derecho necesario relativo que no podrá ser modificada *in peius* ni por convenio colectivo ni por contrato individual. Por su parte, la ubicación del mismo, en el segundo párrafo del art. 34.2, evidencia que este periodo mínimo de preaviso afecta a todos y cada uno de los posibles sistemas de distribución flexible de la jornada, ya sea éste el que diseñe específicamente el convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario o el que, en defecto de los anteriores y con origen en la propia Ley, permitiría al empresario recolocar hasta el diez por ciento de la jornada anual.

En fin, cabe destacar que este límite ha sido criticado por suponer, paradójicamente, una garantía más empresarial que laboral²⁰⁸. Esta postura se fundamenta en que el derecho del preaviso no incrementa, significativamente, los derechos del trabajador afectado, pero sí incrementa la seguridad para el empresario en tanto en cuanto legitima la medida.

Otro posible límite que se ha planteado es el de que todo sistema que distribuya irregularmente la jornada de trabajo se estructure, necesariamente, en marcos temporales de extensión inferior al año. El razonamiento que subyace a esta idea ya ha sido reflejado previamente: dado que la Ley utiliza el módulo anual para cuantificar el tiempo total de trabajo, no para distribuirlo, la deuda de actividad del trabajador debe ser repartida en espacios temporales inferiores al propio año²⁰⁹. Sin embargo, la nueva norma sobre el diez por ciento de la jornada anual que podrá distribuir irregularmente el empresario, en defecto de sistema convencional al respecto, puede llevar a replantearse la vigencia de este límite.

En efecto, obsérvese que, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en el art. 34 del ET se abre la posibilidad de que el empresario distribuya irregularmente el diez por ciento de la jornada anual. Y nada hace entender que, en caso de que sea éste el sistema de jornada operativo –

²⁰⁷ Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 566.

²⁰⁸ Ballester Pastor, M.A., *La flexibilidad...*, cit., p. 77.

²⁰⁹ Monreal Bringsvaerd, E., *Autonomía...*, cit., p. 562.

por no programarse uno específico a nivel colectivo –, el empresario deba atenerse a marco temporal alguno, más allá del propio año cuya jornada se distribuye irregularmente. Por tanto, una vez abierta por la propia Ley la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada en un marco anual, no parece oportuno exigir a la negociación colectiva que estructure este sistema de jornada en marcos temporales inferiores.

El último límite que se erige frente a la distribución irregular del tiempo de trabajo tiene que ver con la compensación de los incrementos y reducciones de jornada que se produzcan en el núcleo de ésta.

Como se sabe, el verdadero aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo está representado por la jornada máxima anual²¹⁰, y este *quantum*, a su vez, va a delimitar el sistema de distribución irregular de la jornada. Una vez establecida en términos volumétricos la deuda de actividad a cargo del trabajador, el sistema de distribución irregular de la jornada no puede sino recolocar esa *jornada absoluta* de manera desigual entre las semanas que la integran. Pero, para que ello sea posible sin afectar a la esfera cuantitativa de la jornada ordinaria, los excesos y defectos producidos por dicha distribución irregular deberán ser objeto de compensación dentro del año correspondiente.

Sobre esta cuestión ha venido a incidir la reciente reforma operada por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Con el objetivo de reforzar esta fórmula de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo, se ha añadido al final del art. 34.2 del ET el siguiente párrafo:

La compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

Dos son los principales puntos controvertidos que exigen un análisis particularizado.

El primero se refiere a la especificación de que las variaciones de jornada objeto de compensación serán aquellas producidas por exceso o por defecto.

Hasta la entrada en vigor de este RDL, se consideraba que la empresa no

²¹⁰ La jornada anual es la auténtica magnitud operativa de la jornada y el verdadero patrón que va a cuantificar el tiempo durante el que el trabajador se compromete a prestar sus servicios en favor del empresario dentro del núcleo de la relación laboral.

podía anticipar el descanso para compensar un futuro incremento de esa jornada irregular, pero que aún no se había producido. A no ser que, convencionalmente, se permitiese de un modo expreso tal posibilidad, en cuyo caso sí sería viable²¹¹. Sin embargo, parece que la redacción del nuevo párrafo del art. 34.2 del ET revierte este análisis. Obsérvese cómo se equiparan las variaciones de jornada en ambas direcciones – “la compensación de las variaciones por exceso y por defecto” – y se da carta de normalidad a que se generen “bolsas de horas”. Éstas se producen a través de descansos anticipados, que serán recuperados en lo sucesivo a través de los incrementos de jornada correspondientes.

El segundo, plantea la conveniencia de realizar un análisis sobre el plazo previsto para realizar las compensaciones de jornada. La dicción literal de la norma parece clara y precisa al establecer un plazo de doce meses que empieza a computar desde el momento en que éstas se produjeran. No obstante, una aplicación taxativa de la norma, tal y como está redactada en este primer momento, acarrearía diversos efectos perjudiciales. Si, como parece referir la norma, se abre un plazo específico de doce meses para compensar cada una de las variaciones de la jornada irregular, se rompería el tan asentado criterio de la anualidad como centro gravitatorio de todas las instituciones que orbitan alrededor del tiempo de trabajo. Abrir un plazo independiente de doce meses para compensar cada variación supondría que las irregularidades de un ciclo anual, ya coincidiese este con el año civil o fuese otro periodo de doce meses establecido al efecto en el calendario, contagiarían al siguiente, confundándose el uno con el otro. Ello supondría una fuente de confusiones e incertezas en la gestión de algunas de las instituciones más importantes en materia de tiempo de trabajo: ¿Qué sucedería con la jornada máxima anual?, ¿y con el límite de las ochenta horas extraordinarias al año?, ¿y con el periodo de devengo de las vacaciones? Todas estas complicaciones adquirirían, incluso, mayores dimensiones en el caso de los trabajadores temporales o a tiempo parcial. Difuminar los contornos del ciclo anual de la jornada supone, sin ningún género de dudas, desestabilizar el equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo.

Por todo ello, considero que es necesario realizar una interpretación finalista el precepto. Según ésta, los mencionados doce meses suponen el plazo máximo para compensar las variaciones de jornada – lo que vendría a coincidir con el consabido criterio de la anualidad como eje gravitatorio del tiempo de trabajo –, pero ello no podría suponer, en ningún caso, que

²¹¹ Roqueta Buj, R., *Artículo 34...*, *cit.*, p. 365, con apoyo en la STSJ de Andalucía de 18/06//2003 (Rec. 1308/2003).

las compensaciones de jornada, ya fuesen al alza o a la baja, se efectuasen sobre el ciclo anual siguiente²¹².

5. Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M. R., “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*, Alicante, Bomarzo, 2007.
- Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013.
- Cabeza Pereiro, J. [et al.]: “*La ordenación del tiempo de trabajo*”, Santiago de Compostela (CGRL), 2004.
- Linares Lorente, J. A., “Flexibilidad en materia de jornada de trabajo”, *Colex*, n. 11, 1994.
- López Gandía, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad Laboral*, T. 1996-1, p. 323.
- Martínez Yáñez, N. M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, n. 5, 2013.
- Matía Prim, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, Universidad de Madrid, 1977.
- Monreal Bringsvaerd, E., “Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada”, *Actualidad Laboral*, T. 1999-2.
- Monreal Bringsvaerd, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Madrid, CES,, 2005.
- Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras”, en AA.VV., *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Roqueta Buj, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en AA.VV., *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.

²¹² Al igual que sucede la jornada absoluta, las horas extraordinarias y cualquier otra institución del tiempo de trabajo que tenga una dimensión anual, el periodo de devengo fijado para el disfrute de las vacaciones puede coincidir con el año natural o cualquier otro periodo de doce meses que se hubiese fijado a tal efecto en el calendario.

Roqueta Buj, R.: “Artículo 34”, en A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012.

El papel de la formación profesional continua en la Ley sobre la *sécurisation de l'emploi* de 14 de junio de 2013: la cuenta personal de formación *

Nicole MAGGI-GERMAIN**

RESUMEN: El texto versa sobre la Ley de 14 de junio de 2013 en la que se regula la cuenta personal de formación. Este mecanismo tiene como finalidad que cada trabajador destine un período de tiempo a su formación, a lo largo de toda su vida profesional, para que pueda incrementar su nivel de conocimientos y competencias. Lo que se persigue con esta cuenta personal es que el propio trabajador pueda gestionar de manera autónoma el tiempo que dedica a formarse. El tiempo acumulado se conserva aún en el caso de que el trabajador cambie de empresa o se convierta en demandante de empleo. Entre sus notas más características destacan que la cuenta personal de formación es universal, individual e íntegramente transferible. La reciente ley de 5 de marzo de 2014 realiza una serie de precisiones relativas al derecho introducido por la ley de 2013.

Palabras clave: *sécurisation des parcours professionnels, formación, cuenta personal de formación, flexicurity.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El boceto de un derecho ligado a la persona. 2.1. Presentación del dispositivo. 2.2. La categoría de los derechos personales: la superación de la lógica del puesto de trabajo. 3. La aporía de la cuenta personal de formación (CPF). 3.1. Un “receptáculo” de dispositivos de formación existente. 3.2. ¿Asegurar las trayectorias profesionales de los trabajadores desarrollando sus capacidades profesionales? o ¿responsabilizar al trabajador haciendo recaer sobre él el peso de su “empleabilidad”? 4. Un derecho a la formación todavía por construir. 4.1. La noción del derecho a la formación. 4.1.1. Derecho e instrumento jurídico. 4.1.2. ¿Dotación o derecho de giro social? 4.2. La búsqueda de la equidad en el acceso a la formación. 4.2.1. La educación de los adultos para la obtención de una cualificación: un objetivo pero no un derecho. 4.2.2. La creación de un consejo para la evolución profesional. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Traducción por Silvia Fernández Martínez.

** Maître de conférences de droit privé. Universidad de París 1, Panthéon-Sorbonne (ISST). Miembro de l'École de Droit de Sorbonne. Miembro del laboratorio de investigación Droit et changement social (UMR CNRS 3128) / MSH.

1. Introducción

Después de cuarenta horas de debate en el Senado y sesenta en la Asamblea nacional, el proyecto de ley sobre la *sécurisation de l'emploi*²¹³, presentado el 6 de marzo de 2013, después del inicio del procedimiento rápido²¹⁴, se adoptó en última lectura por el Senado el 14 de mayo de 2013²¹⁵.

Forma parte de un proceso legislativo que, según los artículos L.1 a L.3 del Código de trabajo, implica a los interlocutores sociales en la elaboración de la ley, precediéndola de negociaciones a nivel nacional e inter confederal, llevadas a cabo por las asociaciones empresariales y por los sindicatos. Esta “intervención convencional previa” deriva de ley sobre la modernización del diálogo social de 2007²¹⁶. La reforma pretende acercar la ley y el diálogo social estableciendo “procedimientos de concertación, de consulta y de información”. Más que como un concepto jurídico, el diálogo social se presenta como un método²¹⁷ de seguimiento de las reformas sociales por parte de los sindicatos, otorgándose un gran peso al consenso²¹⁸: “nuestra reforma constituye un acto de confianza en el diálogo social, pues se asienta en la convicción de que las propias partes sociales tienen como objetivo sostener las evoluciones necesarias para nuestro modelo social. Se deben, por lo tanto, crear unas nuevas reglas de

²¹³ El comentario se refiere al Texto n° 123, aprobado en la Asamblea nacional el 24 de abril de 2013.

²¹⁴ Un proyecto o una propuesta de ley se examina sucesivamente en las dos Cámaras que integran el Parlamento francés, ambas deben llegar a un acuerdo sobre un texto común. Es necesaria una comunicación entre la Asamblea nacional y el Senado. La Constitución francesa (art. 45) prevé la posibilidad de recurrir, después de dos lecturas del texto por cada Cámara, o una sola lectura si el Gobierno ha adoptado el procedimiento rápido, a una Comisión paritaria mixta, es decir, formada por siete diputados y siete senadores. El texto elaborado puede ser, de esta manera, enviado desde el Gobierno a las dos Cámaras para ser aprobado. No es posible ninguna modificación sin el acuerdo del Gobierno. La Comisión paritaria mixta ha elaborado un texto (n° 980 y n° 531 de 23 de abril de 2013).

²¹⁵ Ley n. 504 de 14 de junio 2013 relativa a la seguridad en el trabajo, JO de 16 junio.

²¹⁶ Ley n. 130 de 31 enero 2007 sobre la modernización del diálogo social, JO de 1 de febrero 2007, p. 1944.

²¹⁷ Larcher, G., Ministro de trabajo, intervención en la Asamblea nacional. Informe analítico oficial, segunda sesión del martes 5 de diciembre 2006.

²¹⁸ Cfr. Gobin, C., “Dialogue social”, en Durand, P. (una obra de), *Les Nouveaux Mots du pouvoir*, 2007, pp. 136-142; Maggi-Germain, N., “Sur le dialogue social”, *Droit social*, julio-agosto 2010, pp. 798-807; Supiot A., “La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, *Droit social*, 2010, pp. 525-532; Radé, C., “La loi négociée: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale”, *Droit ouvrier*, 2010, pp. 319-323.

juego²¹⁹.

El cambio en el Gobierno y la entrada, hace más de un año, de un socialista en el puesto más alto del Estado no ha vuelto a poner en discusión esta acepción del diálogo social. A partir de un documento de orientación, comunicado a las partes sociales el 7 de septiembre de 2012, al término de la gran conferencia social de 9 y 10 de junio de 2012, las negociaciones se prolongaron 4 meses, a nivel nacional e interconfederal, concluyendo, el 11 de enero de 2013, con la firma, por parte de tres de los cinco sindicatos más representativos a este nivel²²⁰, y desde la parte empresarial por Medef²²¹, CGPME²²² y UPA²²³, del Acuerdo para un nuevo modelo económico y social al servicio de la competitividad de las empresas y de la seguridad en el trabajo y de la trayectoria profesional de los trabajadores. Es interesante hacer notar que el Acuerdo no dispone de un preámbulo que defina el estado de la cuestión compartido, que ilustre las intenciones comunes de las partes y que clarifique la finalidad del mismo. El análisis de las cláusulas muestra que el Acuerdo tiene como propósito asegurar la trayectoria profesional de los trabajadores, creando nuevos derechos y dando, al mismo tiempo, más flexibilidad a las empresas en la gestión de la fuerza del trabajo. El Acuerdo nacional interconfederal se incluye, desde este punto de vista, más en la perspectiva de la *flexicurity* que en el modelo francés de *sécurisation des parcours professionnels*²²⁴. Los nuevos derechos reconocidos a los trabajadores (la

²¹⁹ Larcher, G., *cit.*

²²⁰ La Confederación francesa democrática del trabajo (CFDT – segundo sindicato más representativo), la Confederación francesa de trabajadores cristianos (CFTC) y la Confederación francesa de ejecutivos – Confederación general de ejecutivos (CFE-CGC), la Confederación general del trabajo (CGT – sindicato más representativo) y la Confederación general del trabajo-fuerza obrera (CGTFO).

²²¹ Movimiento de empresas de Francia.

²²² Confederación General del patronato de pequeñas y medianas empresas.

²²³ Unión profesional artesanal.

²²⁴ La distinción entre los conceptos de *flexicurity* y de *sécurisation des parcours professionnels* no es solamente semántica. Estos representan dos sistemas de valores que contienen una lógica jurídica diferente. Si la *flexicurity* se limita a la construcción de las trayectorias profesionales, la *sécurisation des parcours professionnels* busca articular un estatuto y un contrato, incluyendo a la persona en un período de formación independientemente de que se materialice un riesgo específico (pérdida del trabajo o de la actividad). Desde este punto de vista, la *sécurisation des parcours professionnels* implica la creación de una red de obligaciones contractuales, permitiendo una extensión del campo jurídico de aplicación de determinados derechos adquiridos con anterioridad. Cfr. Maggi-Germain, N., *Formation professionnelle continue et sécurisation des parcours professionnels*, Semaine sociale Lamy Supplément, 7 abril 2008, n. 1348 (número especial sobre *La sécurisation des parcours professionnels*), pp. 21-25.

generalización de la cobertura sanitaria complementaria, los derechos recargables de seguro frente al desempleo, la creación de una cuenta personal de formación) van unidos a una mayor flexibilidad del trabajo con la finalidad de “dar a la empresa los medios para adaptarse a los problemas coyunturales manteniendo los niveles de ocupación”²²⁵ (movilidad interna de los trabajadores²²⁶, acuerdos de solidaridad para el mantenimiento de la ocupación que pueden conducir a una reducción del tiempo de trabajo y del número de trabajadores²²⁷, experimentación con el contrato de trabajo intermitente, etc.). Por otra parte, con la finalidad de racionalizar el “procedimiento contencioso en el trabajo” (Título V del ANI – Acuerdo nacional interprofesional), el plazo de prescripción de las acciones que tienen por objeto una reivindicación concerniente a la ejecución o interrupción de un contrato de trabajo, se ha reducido de cinco a dos años (art. 26), considerando que podrá concederse una indemnización a tanto alzado equivalente a la reparación de los mismos perjuicios derivados de la impugnación del despido, durante la fase de conciliación ante el *Conseil de prud’hommes*, finalizando así, de manera definitiva, el proceso que enfrenta al empresario con su trabajador (art.25). No estando vinculado, desde un punto de vista jurídico, con el contenido de esta negociación “pluridimensional”²²⁸ sobre el trabajo, el Gobierno ha retomado algunos de sus resultados y los ha modificado de alguna manera, con la finalidad de “sentar las bases de un nuevo modelo económico y social que no contraponga la competitividad en la empresa a la seguridad de los trabajadores”²²⁹.

La *sécurisation de l’emploi* representa, siguiendo el preámbulo del proyecto de ley, “la afirmación de un nuevo equilibrio, donde ambos actores sociales ganan en seguridad sin perder la propia capacidad de adaptación y movilidad. Este el desafío central: anticipar mejor, adaptarse más velozmente, en un contexto de seguridad jurídica, pero hacerlo de forma negociada, preservando la ocupación por medio de nuevos derechos para los trabajadores, tanto individuales como colectivos”²³⁰. La ley se divide en cuatro capítulos, el último de ellos contiene disposiciones varias, mientras

²²⁵ Título III del ANI.

²²⁶ El rechazo del trabajador determina su despido por motivos personales, y no por motivos económicos (art. 15, último párrafo).

²²⁷ No son afectadas las retribuciones inferiores al 1,2% del SMIC. Art. 18, nota a pie de página.

²²⁸ Freyssinet, J., entrevista concedida a aef.info, n. 17633, 18 diciembre 2012.

²²⁹ Senado, intervención de Jeannerot, J. C., Comisión de asuntos sociales, grupo socialista, sesión de 17 de abril 2013, JO de 18 de abril, p. 3375.

²³⁰ Exposición de motivos del proyecto de ley n. 774 relativo a la *sécurisation de l’emploi*, 6 marzo 2013.

que los primeros son intitulados: “Crear nuevos derechos para los trabajadores”, “Luchar contra la precariedad en el trabajo y en el acceso al mercado de trabajo”, “Favorecer la anticipación negociada de los cambios económicos para desarrollar las competencias, mantener la ocupación y encuadrar los despidos por causas económicas”. Acusado por un senador comunista de malvender el Código de trabajo, el Gobierno se ha encontrado con una gran oposición por parte de la izquierda, más que de la derecha. En total, de las 5300 enmiendas presentadas, 342 han sido admitidas a trámite²³¹. La no admisión a trámite ha tenido lugar, en la mayor parte de los casos, en relación con las enmiendas presentadas frente al artículo 1, sobre la extensión de la portabilidad de la cobertura sanitaria y de la seguridad social para los trabajadores que ven interrumpido su contrato de trabajo²³².

Una de las medidas más emblemáticas, por ser casi seguramente una de las más simbólicas, y que ha contado, desde el principio, con el apoyo de los diputados, es la creación de una cuenta personal de formación (art. 5) universal, individual y completamente transferible. Esto constituye el boceto de una nueva categoría de derechos subjetivos: los derechos ligados a la persona (cfr. §2), en el ámbito de un derecho más general a la formación que está todavía proceso de construcción. (cfr. § 3). La implantación de este derecho ha sido completada por el ANI de 14 de diciembre de 2013, relativo a la formación profesional, retomado en la ley de 5 de marzo de 2014²³³.

2. El boceto de un derecho ligado a la persona

El dispositivo de la cuenta individual de formación realiza una fusión entre diversas lógicas jurídicas: toma, al mismo tiempo, la lógica de la dotación y la de los derechos de giro (cfr. § 2.1), por lo que, debido a este hecho, contiene ciertas paradojas (cfr. § 2.2).

²³¹ Carrez, J., presidente de la Comisión de finanzas del ANI, segunda sesión del lunes 4 de abril 2013, JO de 5 de abril, p. 3778.

²³² Portabilidad ya prevista por el ANI de 11 de enero de 2008, sobre la modernización del mercado de trabajo, relativa a los trabajadores de las empresas de los sectores representados en el Medef, en la CGPME y en la UPA (industria, comercio, servicios y artesanía), excluyendo al sector de la economía social, de la agricultura y de las profesiones liberales. La duración de la cobertura sanitaria y de los fondos de previsión social aplicados en la empresa de origen es la misma que en el proyecto de ley, 12 meses en lugar de 9.

²³³ Ley n. 2014-288 de 5 marzo 2014 relativa a la formación profesional, al empleo y a la democracia social, JO de 6 marzo 2014, p. 4848.

2.1. Presentación del dispositivo

1) La cuenta personal de formación: ¿una extensión del derecho individual a la formación?

Al insertar la futura cuenta personal de formación en el artículo L. 6111-1 (párrafo 4), es decir, en el primer artículo del primer Capítulo (Objetivos y contenido de la formación profesional), Título primero (Principios generales) del Libro Primero (Principios generales y organización institucional de la formación profesional) del Código de trabajo, el artículo 5 de la ley le otorga una posición simbólica. Todos los artículos de la sexta parte del Código de trabajo, que se dedican a la formación profesional a lo largo de la vida del trabajador, deben interpretarse a luz de estos principios generales. Esta colocación permite establecer una jerarquía entre los diferentes artículos.

Según la primera parte del artículo 5 de la ley, que se refiere a la cuenta personal de formación, “con la finalidad de favorecer el acceso a la formación profesional a lo largo de toda la vida, cada persona dispone, a partir de su ingreso en el mercado de trabajo, independientemente de su estatus profesional, de una cuenta personal de formación. La cuenta personal de formación se contabiliza en horas y se entrega a la persona a medida que accede a una formación a título individual, bien esté en activo o buscando empleo. Es íntegramente transferible en caso de cambio o de pérdida del trabajo y no puede utilizarse, en ningún caso, sin el consentimiento expreso de su titular”. La proclamada universalidad de la cuenta²³⁴ parece estar, sin embargo, diluida, tanto respecto de sus titulares como de sus beneficiarios. En relación con la categoría de los titulares, el texto de la ley señala que podrá serlo “toda persona”, siempre y cuando haya entrado en el mercado de trabajo, es decir, las personas que se contabilicen dentro de la población activa²³⁵, independientemente de cual sea su estatus. Los pensionistas inactivos están, por lo tanto, excluidos. Por otra parte, los jóvenes que finalizan su formación o que se están formando, también están afectados por este dispositivo²³⁶. Sin embargo, la

²³⁴ Es una de las propiedades proclamadas en el art. 5 del ANI de 11 de enero 2013 (la cuenta personal de formación “es universal, individual e íntegramente transferible”).

²³⁵ Germain, J. M., Informe n. 847 de 27 de marzo 2013 a nombre de la Comisión de asuntos sociales sobre el proyecto de ley sobre *la sécurisation de l'emploi*, tomo I, p. 86.

²³⁶ “[La cuenta personal de formación] se aplica desde la salida del sistema escolar, salvo para aquellos que no tienen intención de entrar a formar parte de la población activa, quienes representan una parte minoritaria de la población” Asamblea nacional, segunda sesión

cuenta personal de formación (CPF) se refiere a la formación profesional continua, regulada en la sexta parte del Código de trabajo, y no a la formación inicial, codificadas en el Código de educación.

La universalidad de la CPF aparece también diluida con respecto a la categoría de los beneficiarios: las horas retiradas a título de cuenta personal de formación lo son para “la persona, cuando accede a una formación a título individual, ya sea un ocupado o un demandante de empleo”²³⁷. La ley de 5 de marzo de 2014 precisa que una cuenta personal de formación está abierta a “toda persona de al menos 16 años que se encuentre trabajando²³⁸ o buscando trabajo, o que forme parte de un proyecto de orientación e inserción profesional”²³⁹. Esta enumeración excluye, en la actual situación del derecho, por lo tanto, a los trabajadores por cuenta propia y a los funcionarios. Se trata de un dispositivo ligado al trabajo, y más específicamente al trabajo por cuenta ajena. La filosofía de la CPF, desde este punto de vista, se aleja de la idea de que sea un derecho universal a la formación profesional que beneficie a la totalidad de la población. Sin embargo, la referencia que la ley hace a las personas “en activo”, a pesar de que el ANI de 14 de diciembre de 2013 se refiera solamente a los asalariados, deja que se entrevean ciertas perspectivas de evoluciones. Por otro lado, en adelante se prevé que “las horas de formación inscritas en la cuenta, se conservan en caso de cambio de situación profesional o pérdida del trabajo” (Art. L. 6323-3).

Este enfoque restrictivo aboga, en el actual contexto legislativo, por el mantenimiento del permiso individual de formación (CIF), dispositivo que da cuerpo al derecho a la formación de los trabajadores o de los ex trabajadores²⁴⁰, permitiéndoles, precisamente, “abrirse a la cultura, a la

del 4 abril 2013, JO de 5 de abril, p. 3771.

²³⁷ Resaltamos.

²³⁸ Resaltamos. Por extensión, una cuenta personal de formación está abierta para los jóvenes de quince años que firme un contrato de aprendizaje.

²³⁹ Están igualmente excluidos los trabajadores en situación de incapacidad profesional.

²⁴⁰ El permiso individual de formación se ha incluido en la Ley de 3 de diciembre 1966 de orientación y programación sobre la formación profesional. Da derecho a una ausencia autorizada, retribuida cumpliendo ciertas condiciones (a partir de la Ley de 16 julio 1971); permite a un trabajador seguir la formación que él elija, durante todo o parte del tiempo de trabajo. El CIF es un derecho: el empresario no tiene otra opción que posponer la concesión del permiso (bajo ciertas condiciones y con una duración máxima de nueve meses, art. R6322-12 Código de trabajo). La financiación del CIF (hasta 1 año o 1200 horas) se deja en manos de un organismo externo a la empresa, l' Opacif (art. L. 6322-12). La duración del permiso individual de formación no puede imputarse al permiso retribuido anual. Se asimila a un período de trabajo a los efectos de la determinación de los derechos y de los intereses en materia de permisos anuales retribuidos y de antigüedad dentro de la empresa.

vida social y al ejercicio de la responsabilidad asociativa en el ámbito del voluntariado”²⁴¹. No puede hacerse otra cosa más que lamentar que la CPF no se haya inspirado en mayor medida en el CIF.

El proyecto de ley depositado el 6 de marzo de 2013 en la Asamblea nacional no dice nada sobre la cuestión de la financiación de la CPF, al contrario de lo que ocurre en el ANI, que prevé una transferencia de los derechos adquiridos a título de DIF a la cuenta personal de formación, pero que condiciona, de todos modos, su actuación a la existencia de un “acuerdo sobre la modalidad de financiación entre las partes sociales, las regiones y el Estado, que llegarán a un acuerdo sobre este punto lo más pronto posible” (art.5, párrafo 4). Es la enmienda rectificativa n° 5562, presentada por el gobierno ante la Asamblea nacional el 3 de abril de 2013, la que precisa que la cuenta personal de formación se alimenta de: 1) los derechos adquiridos a título de derecho individual a la formación (DIF), 2) “por los abonos complementarios, procedentes del Estado o de las regiones”. Los financiadores explícitamente identificados son, por lo tanto, la empresa, a través de las 120 horas financiadas de DIF que corresponden a todo trabajador, y los poderes públicos. Esta lista no es exhaustiva, también pueden existir otras fuentes de financiación: pueden provenir de organismos bilaterales, del propio beneficiario o, también del empresario.

La ley de 5 de marzo de 2014 viene a aportar las precisiones necesarias: la CPF, en primer lugar, está alimentada por el empresario gracias a las horas de formación depositadas al final de cada año (art. L. 6323-10): 20 horas por año durante 6 años, después 10 horas por año durante los tres años siguientes, es decir, un máximo de 150 horas para un trabajador a tiempo completo (art. L. 6323-11). Puede ser incrementado posteriormente. «Cuando la duración de la formación es superior al número de horas inscritas en la cuenta, en este caso, se puede dar lugar a la demanda de su titular, de abono de horas complementarias para asegurar la financiación de esta formación» (art. L. 6323-4-II). Esas horas de formación pueden ser financiadas por el titular de la cuenta, un OPCA²⁴², el Estado, las regiones, Polo empleo, la Agefiph (Asociación de gestión de fondos para la inserción profesional), pero también por la Caja nacional de seguro de la vejez de los trabajadores²⁴³. Las aportaciones cualificadas por la ley de

²⁴¹ Art. L. 6322-1, párrafo 3 del Código de trabajo.

²⁴² Organismo paritario *collecteur agréé*.

²⁴³ Cuando la CPF se ve incrementada por las horas adquiridas por un trabajador en el marco de su cuenta personal de prevención de las dificultades, creada por la ley n. 2014-40 de 20 enero 2014, garantizando el futuro y la justicia del sistema de jubilación (art. L. 4162-1 y s. Código de trabajo).

“suplementarias” pueden venir a dar cuerpo a la CPF en dos casos previstos por la ley: 1) en aplicación del convenio colectivo²⁴⁴ apoyado especialmente en la definición de formaciones elegibles y trabajadores prioritarios²⁴⁵ (art. L. 6323-14); 2) cuando en las empresas de al menos cincuenta trabajadores, el trabajador no se haya beneficiado, durante los 6 años precedentes del sustento de carrera²⁴⁶, de medidas dirigidas a la *sécurisation de son parcours professionnel*²⁴⁷: el empresario debe entonces dotar a su cuenta de 100 horas suplementarias (130 horas si se trata de un trabajador a tiempo parcial (art. L. 6323-13). Este último caso se dirige a sancionar la inercia del empresario.

Puede ocurrir que, como deben contribuir directamente a la financiación de la cuenta de formación, ciertas empresas pueden buscar “captar” estas oportunidades de formación, como ya sucede con la formación que se enmarca dentro del DIF²⁴⁸. El riesgo es todavía mayor porque las finalidades de la cuenta de formación y su objeto no están definidos en el texto de la ley (“favorecer el acceso a la formación a lo largo de toda la vida profesional”). ¿La cuenta personal de formación no será más que una extensión del derecho individual a la formación (DIF)? Esta parece la filosofía del ANI. El régimen jurídico de la cuenta personal de formación está, en efecto, tomado del DIF: el trabajador puede utilizar su cuenta personal, pero tiene que contar con el consentimiento del empresario (art.

²⁴⁴ Firmado en el marco de la empresa, del grupo, del sector o bien por las organizaciones sindicales de los trabajadores y de los empresarios que firmaron el acuerdo constitutivo de un organismo paritario *collecteur agréé* interprofesional.

²⁴⁵ En particular, los trabajadores menos cualificados, los expuestos a factores de riesgo profesionales, trabajadores en puestos de trabajo amenazados por las evoluciones económicas o tecnológicas, y trabajadores a tiempo parcial.

²⁴⁶ El mantenimiento durante los 6 años, permite hacer un estado que recapitule la trayectoria profesional del trabajador.

²⁴⁷ Los mantenimientos profesionales realizados los dos años, incluyen dos de las tres siguientes medidas: acción de formación, validación de la adquisición de experiencia (VAE) o progresión salarial o profesional.

²⁴⁸ Creado por el Acuerdo nacional interconfederal de 5 diciembre 2003, se ha retomado por la ley de 4 de mayo 2004 que ha definido el cuadro legal del dispositivo, dejando a las partes sociales la tarea de preparar, previo acuerdo colectivo, la implementación del DIF en los distintos sectores y en las empresas. El trabajador con una cierta antigüedad dispone de 20 horas de formación al año, acumulables durante 6 años. Se beneficia de un crédito horario de 120 horas, tanto si tiene un contrato por tiempo indefinido o por tiempo determinado (las horas se calculan a prorrata temporal). El ejercicio del derecho individual a la formación depende de la iniciativa del trabajador, con el consentimiento del empresario (art. L. 6323-9). La formación tiene lugar, preferentemente, durante el horario de trabajo. El trabajador recibe, en este caso, una asignación de formación (50% de la retribución neta del trabajador de que se trate) que no es una retribución y, por lo tanto, no está sujeta a cotización (art. L. 6321-12).

5, párrafo 3 del ANI, “Principios de la CPF”), de ahí que los derechos en concepto de DIF se puedan movilizar. Pero el ANI de 14 de diciembre 2013 y la ley de 4 de marzo de 2014 han previsto que el acuerdo del empresario ya no sea necesario, ya que la formación es realizada fuera del tiempo de trabajo (art. L. 6323-17, 2^e al.)

La principal solución adoptada por la ley frente a una eventual captación de la cuenta de formación profesional por parte de la empresa es, sin duda, la exigencia de cualificación prevista en el artículo 5, como condición para obtener subvenciones del Estado²⁴⁹. La externalización de la gestión de este instrumento, evocada en el informe del diputado Jean Marc Germain²⁵⁰, también puede contribuir a eliminar el riesgo.

2.2. La categoría de los derechos personales: la superación de la lógica del puesto de trabajo

La cuestión del reconocimiento de un derecho a la formación profesional continua para los trabajadores se introdujo en 1999 por el entonces Secretario de Estado para la Formación Profesional, Nicole Péry, quién en un documento de trabajo²⁵¹ puso de manifiesto la necesidad de elaborar un derecho a la formación *individual* (libertad de ejercer los derechos adquiridos pero, al mismo tiempo, elaborar, con el consentimiento del empresario, un proyecto de formación con la finalidad de conciliar las aspiraciones personales con los intereses de la empresa), *transferible* (los derechos a la formación personal continua adquiridos en una empresa no se pierden en caso de movilidad del trabajador) y *garantizado colectivamente* (la gestión del sistema se basa en una redistribución de fondos)²⁵². Instituido en 2003 por un Acuerdo nacional interprofesional, convertido

²⁴⁹ La cuenta personal de formación se alimenta de “recursos adicionales complementarios, por parte del Estado y de las regiones, para favorecer el acceso a unas cualificaciones recogidas en el L. 6314-1”, es decir, “registradas en el Repertorio nacional de las certificaciones profesionales, o reconocidas en el sistema de encuadramiento de un contrato colectivo nacional de la categoría, o más aún, dirigidas a la adquisición de un certificado de cualificación profesional”.

²⁵⁰ Informe n. 847, *op. cit.*, p. 96.

²⁵¹ Pery, N., *La formation professionnelle. Diagnostics, défis et enjeux*, documento de la Secretaría de Estado para los derechos de la mujer y la formación profesional, 17 marzo 1999, *La documentation française*, p. 239.

²⁵² Principio establecido en el Código de trabajo, en el art. L. 6332-7, párrafos 5 y 6, para los fondos aseguradores para la formación destinados a los trabajadores de uno o más sectores profesionales (Estos [los fondos] se gestionan paritariamente. Redistribuyen los recursos procedentes de la contribución de la empresa adherente).

un año más tarde en ley, el DIF, derecho individual a la formación, recoge, en parte, estos principios. La cuestión de la “transferibilidad” o, aún más, de la “portabilidad”²⁵³ de los derechos adquiridos está en el centro de los debates, todavía hoy, después de más de 10 años. Cuando fue creado, el DIF no preveía más que una transferibilidad muy relativa en caso de ruptura del contrato de trabajo: los derechos a la formación adquiridos por el trabajador tenían que ser utilizados durante el periodo de preaviso. El ANI de 11 de enero de 2008 sobre “la modernización del mercado de trabajo” y la Ley de 24 de noviembre de 2009²⁵⁴, han introducido una portabilidad ampliada: los derechos adquiridos, o la parte de los mismos que ha quedado sin utilizar, son transferibles a otra empresa (o al servicio público de empleo en caso de que se pase a estar desempleado), siempre y cuando el nuevo empresario esté de acuerdo. Esta portabilidad está limitada en el tiempo: el trabajador pierde sus derechos si no se lo demanda al nuevo empresario en el período de dos años. La ley propone una CPF “íntegramente transferible”. “Además, la transferibilidad de los derechos adquiridos deberá estar prevista en caso de que el trabajador pase del sector público al sector privado”²⁵⁵.

La superación de la lógica del puesto de trabajo constituye el aspecto más innovador de la cuenta personal de formación, esto es lo que lo distingue del concepto de *flexicurity*, en el sentido del derecho comunitario. A partir de una tipología de diferentes formas de organización del mercado de trabajo, la Comisión Europea ha propuesto, en su comunicación de 2007²⁵⁶, cuatro “trayectos de *flexicurity*”. El primero de ellos, lleva por título “resolver el problema de la segmentación contractual”, y se centra en “repartir la flexibilidad y la seguridad de la manera más equitativa posible en el seno de la población activa” y, en redefinir las reglas aplicables a los despidos por causas económicas “[...] de modo que se reduzca la burocracia y la duración de los procedimientos”. Sobre este objetivo de fluidificar el mercado de trabajo se asienta la idea de *flexicurity*. Por el contrario, la *sécurisation des parcours professionnels* debe permitir, no solo crear unas pasarelas jurídicas entre las diferentes posiciones

²⁵³ La noción de portabilidad es jurídica, pero su definición no se corresponde ni con el cuadro de ejercicio del DIF, ni con el del CIF. La portabilidad se refiere “a una deuda que el deudor tiene que pagar a su acreedor” (Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2004). La noción de transferencia, categoría jurídica construida, se adapta mejor a la especificidad de este derecho.

²⁵⁴ Ley n. 1437 relativa a la orientación y formación profesional a lo largo de toda la vida, JO de 25 noviembre 2009.

²⁵⁵ Germain, J.M., Informe n. 847 de 27 marzo 2013, *cit.*, p. 93.

²⁵⁶ Comisión europea, *Sobre los principios comunes de flexicurity: más puestos de trabajo de mejor calidad combinando flexibilidad y seguridad*, 2007, p. 15.

contractuales mediante transacciones jurídicas, sino también otorgar a las mismas una serie de derechos y garantías, adquiridos eventualmente en virtud del anterior estatus ocupacional, o ligados a la persona (*infra*), pero exigibles también cuando se encuentre en otro estatus profesional.

Es exactamente la continuación de la *actividad* a través de la concesión de nuevos derechos lo que se busca, más que la unificación de las tipologías contractuales, a través de la creación de un contrato único, por ejemplo²⁵⁷. La construcción de la *sécurisation des parcours professionnels* implica la necesidad de articular el estatus profesional y el contrato: si los derechos adquiridos por un trabajador lo han sido en virtud de su condición de trabajador asalariado, deben poder tenerse en cuenta cualquiera que sea el estatus profesional actual de la persona. Este es el espíritu del artículo L.6322-25 del Código de trabajo, que establece el derecho a un permiso individual de formación para “toda persona, que durante su vida profesional, haya sido titular de un contrato de duración determinada”. Es la misma lógica en la que se enmarcan el CIF-CDD (contrato de duración determinada)²⁵⁸ y el DIF. Sin embargo, los derechos solo pueden ser adquiridos en virtud de un contrato de trabajo y son exigibles cumpliendo determinadas condiciones de antigüedad. La novedad que introduce la cuenta personal de formación es que otorga una continuidad a los derechos adquiridos independientemente del estatus profesional del trabajador, (“cualquier persona, independientemente de su estatus, a partir de su ingreso en el mercado de trabajo”, art. 5 de la ley) e, independientemente de la antigüedad. En otras palabras, el acceso a los derechos se separa progresivamente del estatus profesional. Si bien ciertos derechos permanecen ligados a la condición de trabajador por cuenta ajena, existen otros que pretenden tutelar a la totalidad de los trabajadores y, además de al trabajador, a la persona. Como el objeto de estas diversas tipologías de derechos es distinto, sus condiciones de ejercicio también deben ser diferentes.

²⁵⁷ La idea fue lanzada en el 2004 por dos economistas (Cahuc, P. y Kramarz, F., *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Informe para el Ministro de Economía y para el Ministro de Trabajo, 6 diciembre 2004, p. 145 y ss.), y retomada por el candidato a las elecciones presidenciales Nicolas Sarkozy, durante la campaña electoral de 2007.

²⁵⁸ El derecho al permiso individual de formación (CIF) adquirido en virtud de un contrato a tiempo determinado se mantiene cuando finaliza la relación contractual (art. L. 6322-29, párrafo 1), es decir, también en el periodo posterior, tanto si el ex trabajador a tiempo determinado se registra como un demandante de empleo, o bien si pasa a ser un trabajador por cuenta propia.

3. La aporía de la cuenta personal de formación (CPF)

3.1. Un “receptáculo” de dispositivos de formación existente

La persona en formación tiene reconocido el estatus de *stagiaire* de formación profesional, bien se trate de un trabajador en formación, o de una persona que no está realizando una prestación de trabajo. Sobre la cuestión de la adquisición de derechos ligados al contrato de trabajo ¿el periodo de formación se asimila al tiempo de trabajo a los efectos de determinación de los derechos de los interesados en materia de permiso anual retribuido y, en relación con los derechos adquiridos por el trabajador debido a su antigüedad en la empresa, como en el caso del CIF (art. L. 6322-13)? La cuenta personal de formación está, según el estado actual del derecho, ligada a la financiación por parte de la empresa y a los créditos complementarios del Estado, de las regiones, o de un organismo paritario, que intervienen solo de modo suplementario. La noción misma de abono suplementario limita el campo de actuación de la cuenta personal de formación, y conduciendo a una segmentación de la financiación. La cuenta personal de formación, utilizando la terminología utilizada en los debates parlamentarios, no es más que un “receptáculo”²⁵⁹, del que la empresa podrá extraer los derechos adquiridos por su trabajador, solicitando, en caso de necesidad, una financiación pública adicional o de los organismos bilaterales. Si, como está establecido en la ley, las horas de formación recogidas en la cuenta personal de formación no están destinadas a fusionarse²⁶⁰, podrían estar destinadas a redistribuirse²⁶¹. Pero se trata de una redistribución asimétrica: solo las cantidades pagadas a título de DIF pueden ser objeto de una financiación suplementaria. Lo contrario no está previsto por el legislador. En otras palabras, una lectura literal del artículo 5 de la ley de 2013 condiciona la utilización de la cuenta personal de formación al pago de los derechos adquiridos a título de DIF. A un trabajador que movilice la cuenta personal de formación utilizando los derechos adquiridos a título de DIF, se le deberá aplicar el régimen jurídico aplicable a los trabajadores que

²⁵⁹ Jeannerot, C., diputado en el proyecto de ley, grupo socialista, Senado, 19 abril 2013, JO de 20 de abril, p. 3625.

²⁶⁰ Una enmienda que preveía la absorción del DIF por parte de la cuenta personal de formación fue depositada por parte del grupo UMP de la Asamblea nacional. Se suspendió, después de que el Ministro de trabajo, Michel Sapin, sometiese la decisión a la negociación entre las partes sociales (enmienda n. 30 del UMP, segunda sesión jueves 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3776).

²⁶¹ Es decir, pueden compensarse.

utilizan el DIF: solo la formación realizada durante el horario de trabajo se asimilará al tiempo de trabajo. La financiación suplementaria pública no tendría por efecto hacer caer este régimen jurídico, considerando que el acceso a la formación se realiza por medio del DIF. Del mismo modo, la existencia de culpa grave en caso de despido, que priva al trabajador de la utilización del DIF, tanto durante la ejecución del preaviso, como cuando se encuentre bajo el poder de dirección de un nuevo empresario, o durante el tiempo que está obteniendo la prestación por desempleo (art. L. 6323-17 et 18), ¿privaría también al trabajador del derecho a utilizar su cuenta personal de formación? Para el diputado Jean Marc Germain, “tratándose de la cuenta personal de formación, considero que, desde el momento en que es incrementada por el Estado, esta condición no debería existir, sabiendo que las partes sociales podrán mantener siempre su aportación a través del DIF, que contribuirá a alimentar la cuenta personal de formación”²⁶². El ANI de 14 de diciembre 2013 (art.14, párrafo 4) prevé que el trabajador pierde los derechos adquiridos a título de ejecución del contrato de trabajo. La disposición no ha sido retomada por la ley de 2014.

Según la exposición sumaria que acompaña a la presentación de la enmienda del Gobierno, que determina las fuentes de financiación de la cuenta personal de formación, “la cuenta se convierte en el lugar donde se recogen los derechos del trabajador a título de derechos individuales de formación (DIF) y puede moverse para complementar a otros dispositivos existentes”²⁶³. La cuenta personal de formación se ha concebido, por lo tanto, como un mecanismo de articulación de diferentes fuentes de financiación, salvo en lo referente al plan de formación, que corresponde únicamente al empresario y tiene que ser gestionado por la empresa. Resulta interesante resaltar que el ANI había previsto que la empresa pudiese incrementar la cuenta personal de formación más allá de las horas previstas en el ámbito del DIF, para permitir al trabajador acceder a una formación cualificada y certificada, sin recurrir al permiso individual de formación (CIF)²⁶⁴. Esta disposición ha desaparecido en el proyecto de ley. El estatus del trabajador y el régimen jurídico aplicable a las acciones de formación estará condicionado por los dispositivos de movilidad, reintroduciendo de hecho, unas lógicas de separación contra las que solo podrían combatir el Gobierno y las partes sociales. Esta separación es, por otra parte, el resultado de un sincretismo en la base de la propia cuenta

²⁶² Asamblea nacional, tercera sesión de 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3804.

²⁶³ Asamblea nacional, enmienda n. 5562 depositada por el Gobierno.

²⁶⁴ Su objetivo es permitir al trabajador participar en cursos de formación que conduzcan a la obtención de una calificación.

personal de formación. La ley prevé que “puedan moverse para complementar a la cuenta, los otros dispositivos de formación a los que el beneficiario puede haber accedido” (art. 5, I, 2º). Sin embargo, los objetivos del DIF, del CIF, y de la financiación pública adicional son diferentes, por lo que la idea de combinarlos es, en cierto modo, una utopía. Sin duda, hubiese sido más simple y coherente crear, al margen de los dispositivos existentes, y particularmente al margen del DIF, una cuenta personal cuyo objetivo hubiese sido desarrollar la capacidad profesional de los trabajadores²⁶⁵, más que constituir un instrumento de articulación de las distintas fuentes de financiación existentes. Las condiciones de ejercicio de los derechos adquiridos en la CPF permanecen bastante indefinidas después de la votación de la ley de 2013. Han sido precisadas por la ley de 2014. Las horas de formación realizadas en el marco de la CPF durante el tiempo de trabajo, suponen un tiempo de trabajo efectivo que da lugar al mantenimiento de la remuneración salarial por parte del empresario (art. L. 6323-18). El trabajador que se forma fuera del tiempo de trabajo, tendrá el estatus de *stagiaire* de formación. Durante la duración de la formación, el trabajador se beneficia de un régimen de seguridad social relativo a la protección en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (L. 6323-19).

3.2. ¿Asegurar las trayectorias profesionales de los trabajadores desarrollando sus capacidades profesionales? o ¿responsabilizar al trabajador haciendo recaer sobre él el peso de su “empleabilidad”?

Ya en 1986, el sociólogo alemán Ulrich Beck subrayaba, en su libro *La sociedad del riesgo*, la evolución de “[...] un sistema unificado de trabajo, que ocupa la totalidad de la jornada y la totalidad de la vida, siendo la única alternativa la ausencia total de actividad profesional – el sistema típico de la sociedad industrial —hacia un sistema de subempleo flexible, plural, descentralizado y saturado de riesgos, en el que no existe el problema del desempleo (entendido como la ausencia de actividad profesional). En este sistema, el desempleo está, en cierta manera, integrado. Se ha insertado una generalización de la incerteza ocupacional que en el viejo sistema de empleo de la sociedad industrial no se

²⁶⁵ Sobre esta noción, su filosofía y su cuadro jurídico deben distinguirse de la noción de *occupabilità*, véase Maggi-Germain, N., “La capacité du salarié à occuper un emploi”, *Droit social*, diciembre 2009, pp. 1234-1245.

conocía”²⁶⁶. Contribuyendo a la construcción de las transiciones profesionales, la formación profesional no se incluye, al igual que la gestión preventiva de la ocupación y de las competencias (GPEC), dentro de los temas tratados en el ANI y en la ley, pero, ¿y en la evolución descrita por Beck? En su informe, el diputado Jean Marc Germain establece un vínculo entre los objetivos de la cuenta personal de formación y la construcción de las transiciones profesionales: “El acuerdo nacional interprofesional de 5 de octubre de 2009 sobre el acceso de los trabajadores a la formación profesional a lo largo de toda su vida, constataba que *en una economía globalizada (...) el cambio acelerado de las técnicas de producción y distribución de los bienes y de los servicios, hace que sea necesaria continuamente la capacidad de iniciativa y que cada trabajador sea competente; las aspiraciones del trabajador a un mayor control de su evolución profesional hacen que sea necesario renovar los objetivos y los instrumentos de la formación profesional continua.* Una cuenta personal de formación, que se pueda movilizar en caso de transición profesional, querida o fortuita, responde a este objetivo. Considerando esto, se atenúan las distinciones entre los trabajadores en formación y los desempleados”²⁶⁷. Paralelamente, diversas enmiendas²⁶⁸ depositadas en la Asamblea nacional por diputados de la izquierda democrática republicana – grupo al que pertenece el partido comunista – han permitido modificar una frase del primer párrafo del artículo L. 6111-1 del Código de trabajo, que define los objetivos de la formación profesional continua, que ahora representa, más que un deber nacional, “un elemento determinante de la *sécurisation des parcours professionnels* y de la promoción de los trabajadores”.

La noción de *sécurisation des parcours professionnels* se consagra, por primera vez, en la ley para el desarrollo de la participación y acción de los trabajadores, que contiene diversas disposiciones de orden económico y social²⁶⁹ y crea, precisamente, el permiso de movilidad²⁷⁰, figura emblemática para la construcción de las transiciones profesionales. El

²⁶⁶ Beck, U., *La société du risque*, Aubier, 2001, p. 304.

²⁶⁷ Informe citado, p. 88.

²⁶⁸ Enmienda n. 456, 457, 463, 465, segunda sesión de la Asamblea nacional de 4 abril 2013, JO de 5 abril, pp. 3764 y 3765.

²⁶⁹ Ley n. 1770 de 30 diciembre 2006, JO de 31 diciembre 2006.

²⁷⁰ El permiso de movilidad puede proponerse a los trabajadores de las empresas con menos de 1000 trabajadores, que hayan llegado a un acuerdo de GPEC. Está destinado a favorecer la transición profesional a través de medidas de acompañamiento, acciones de formación y periodos de trabajo desarrollados dentro o fuera de la empresa que ha propuesto el permiso (art. L. 1233-78). La aceptación del permiso de movilidad por parte del trabajador, da lugar a una resolución consensuada de la relación laboral, cuando finalice el permiso (art. L. 1233-80).

ANI de 7 de enero de 2009 sobre el desarrollo de la formación, la profesionalización y la *sécurisation* de la trayectoria profesional²⁷¹ lo convierte en un tema transversal, sin llegar todavía a definirlo.

A diferencia de las *transiciones* profesionales, que tienen como objetivo articular, dentro del cuadro de la movilidad profesional, el estatus jurídico para asegurar la continuidad de los derechos y las garantías, la *trayectoria* profesional inscribe al trabajador en una dimensión de continuidad de la carrera profesional²⁷², que se construye, en primer lugar, en el interior de la empresa, es decir, en el ámbito del contrato de trabajo²⁷³.

La *sécurisation des parcours professionnels* lleva consigo dispositivos destinados a facilitar la transición profesional (tanto en el interior como en el exterior de la empresa; de un puesto de trabajo a otro, de la ocupación a otro estatus profesional), a un proceso de evolución profesional materializado en un trayecto de formación que contiene información, orientación, formación y reconocimiento de las competencias (infra). Dicho en otras palabras, aunque los derechos se adquieren a título personal, el marco jurídico en el que se ejercitan es colectivo. Empresario, organismos bilaterales, Estado y regiones contribuyen a la *sécurisation des parcours professionnels* del trabajador.

Semejante aproximación se opone a la lógica de la empleabilidad. Si bien el término no tiene valor jurídico, forma parte de ciertas prácticas directivas que relegan la empresa a un papel meramente económico. Centrándose en el individuo, hace posible una clasificación entre los trabajadores “empleables” y aquellos que no lo son. Los trabajadores

²⁷¹ Recogido en la Ley n. 1437 de 24 noviembre 2009 sobre la formación y la orientación profesional a lo largo de toda la vida laboral.

²⁷² Esta noción, en la base de la concepción francesa de función pública, está presente, todavía en fase inicial, en algunos convenios colectivos de empresa: la SNEPE *Matériaux énergétiques* introduce en su acuerdo de 21 de noviembre de 2007 (firmado por todos los sindicatos, excepto SUD), una cuenta de tiempo denominada de “carrera”, que puede utilizarse para participar en cursos de formación, al menos 70 horas (L.S., Bref social n. 15007 martes 4 diciembre 2007); cfr. Acuerdo de 4 octubre 2004 sobre los principios del desarrollo de competencias y del crecimiento profesional del ambiente (firmado por CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT, FO, UNSA); la cláusula integradora sobre la formación profesional y la GPEC de 24 septiembre en el sector de la industria farmacéutica (no firmada por CGT).

²⁷³ Se hace referencia, a título ejemplificativo, al art. L. 6321-13 del Código de Trabajo (incluido en la Ley n. 157 de 23 febrero 2005 art. 67): el empresario que, en aplicación de un acuerdo o un convenio colectivo válido *erga omnes*, o de un contrato de trabajo individual, pretenda renovar el contrato de un trabajador estacional en la siguiente temporada, puede realizar un contrato a tiempo determinado, con la finalidad de permitir al trabajador participar en una acción de formación prevista en el seno de la formación de la empresa.

quedan comprendidos como activos de la empresa volcados en su estrategia económica²⁷⁴. Desde el punto de vista del análisis jurídico, la lógica de la empleabilidad conduce a una responsabilidad del trabajador, es decir, a una multiplicación de las situaciones en las que debe asumir responsabilidad. La iniciativa (o la ausencia de iniciativa) del trabajador se convierte, por lo tanto, en un criterio esencial. La cuenta personal de formación permanece, desde este punto de vista, en una posición ambigua, como se muestra en el debate parlamentario. “A través de la cuenta personal de formación, pasaremos de la responsabilidad colectiva de invertir en la formación de los trabajadores, a una responsabilidad individual de invertir en la propia formación”²⁷⁵. “La cuenta individual de formación implica una organización diferente de los circuitos a los que hay que acudir para acceder a la formación, centrada en el propio trabajador. Se trata de un derecho más individualizado de DIF, todo lo contrario de la visión de Gérarde Filoche, con el énfasis que se le atribuye, lo hace pasar por una nueva cartilla formativa del trabajador. Es exactamente lo contrario. Aunque es verdad que el DIF, cuando se cuenta con el consentimiento del empresario, podría merecer esta crítica, la cuenta personal de formación, en cambio, incrementa la autonomía y la responsabilidad del trabajador. Este es el punto que nos separa. Vosotros pensáis que el trabajador no sabe que esto es bueno para él. En otras palabras, creéis solo en los derechos colectivos, sin embargo, nosotros estamos creando un derecho individual garantizado colectivamente”²⁷⁶. La dimensión colectiva de la cuenta personal de formación parece estar bastante limitada: “esta cuenta se insertará en el marco de los catálogos de formación que se establecerán a nivel nacional, con la participación de las partes sociales, con la finalidad de que su contenido sea útil para la región y, consecuentemente, para las personas interesadas, permitiéndoles encontrar trabajo y crecer profesionalmente”²⁷⁷.

La propia noción de “cuenta” es ambivalente: no solo incluye la formación desde una aproximación consumista, sino también la noción de derechos recargables en el ámbito de la asistencia en caso de desempleo,

²⁷⁴ Para una aproximación teórica retrospectiva de la noción de recursos humanos, cfr. Quélin, B., “L’analyse fondée sur les ressources et les compétences”, en *Le management. Fondements et renouvellements*, Ed. Sc. Humaines, 360 p., pp. 29 a 41, pp. 30 y 31.

²⁷⁵ Germain, J. M., Informe n. 847 de 27 marzo 2013, p. 112.

²⁷⁶ Intervención en la Asamblea nacional de Gille, J. P., Grupo socialista, republicano y ciudadano, segunda sesión de 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3764.

²⁷⁷ Intervención en la Asamblea nacional de Germain, J. M., diputado de la Comisión de asuntos sociales, Grupo socialista, republicano y ciudadano, segunda sesión de 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3761.

introducida por el ANI de 11 de enero de 2013²⁷⁸, pero ello supone que esta cuenta, de la que la persona puede extraer, está formada por los “depósitos”, como el llamado banco de horas²⁷⁹, a través de una aportación del trabajador que daría parte de su tiempo a cambio de crédito de horas de formación. Siguiendo esta lógica, el informe del diputado Morange publicado en 2010, proponía crear una “cuenta social” para cada trabajador, basada en el ya existente banco de horas²⁸⁰. Por otra parte, la noción de cuenta presupone también que cada trabajador esté en condiciones de planificar y proyectar la formación que necesita, a pesar del hecho de que gran parte de las desigualdades en el acceso a la formación están ligadas al número de años invertidos en formación inicial. Algunas experiencias extranjeras, como la realizada en el Reino Unido a finales de los años noventa, a través de la ILA, *Individual Learning Account*, han abierto la lógica de la cuenta todavía más. Mediante un pago de 25£, aportando el gobierno la cantidad que falta hasta llegar a 150£, las personas podían abrir una cuenta en un banco que daba derecho a descuentos en las actividades de formación. La cuenta se extinguía transcurrido un año²⁸¹.

La cuenta personal de formación se inscribe, desde este punto de vista, en una perspectiva de individualización de las relaciones de trabajo en el seno de la evolución del derecho del trabajo en general, y de la formación continua en particular. El lugar de la iniciativa²⁸², manifestación de la

²⁷⁸ Art. 3, *Creación de los derechos recargables de seguro de desempleo*. El término no aparece recogido en la ley.

²⁷⁹ Introducida por la Ley de 25 julio 1994 sobre la participación de los trabajadores (art. L. 3151-1 e ss.), el banco de horas pretendía permitir al trabajador convertir los premios en permisos suplementarios, liberando, de esta manera, el tiempo que tendría que haber dedicado a buscar una nueva ocupación, pero se convirtió, progresivamente en un instrumento de organización del tiempo de trabajo, y en la posibilidad para el trabajador de crearse unos ahorros monetarios. Cfr. Maggi-Germain, N., “À propos de l’individualisation de la formation professionnelle continue”, *Droit social*, julio-agosto 1999, pp. 692-699.

²⁸⁰ Relación de información de la Comisión de asuntos sociales en conclusión de los trabajos sobre “la *flexisécurité* alla francese”, presentado en 2010 por el diputado Pierre Morange, n. 2462, 28 abril 2010, p. 57.

²⁸¹ El programa se suspendió debido al elevado número de fraude. Cfr. Circé-Amnyos et Jacques Barthélémy et associés (2008), *Opportunité et faisabilité d’un compte d’épargne formation, document de travail*, p. 31.

²⁸² Criterio crucial en la determinación del régimen jurídico aplicable al tiempo dedicado a la formación (más precisamente en su asimilación al tiempo de trabajo). Cfr. Tribunal de Casación, Sala de lo social, 16 enero 2008, recurso n. 07-10095, publicada en *Bollettino*: “Una vez verificado que las acciones de formación ligadas al proyecto *Alliance* no habían sido solicitadas por el trabajador, se deduce que cualquiera que fuese su naturaleza, el tiempo dedicado a la formación no podía ser cargado a título de cuenta personal de

autonomía de la voluntad, se convierte en el terreno en el que pueden nacer las representaciones más mitificadas del trabajador, actor de su propia formación²⁸³, espíritu liberado de toda contingencia. Las funciones de un derecho a la formación, todavía por construir, no son favorecer la ocupación de los trabajadores, sino desarrollar o mantener su capacidad profesional, es decir, sus cualificaciones y competencias, teniendo en cuenta los conocimientos teóricos y empíricos adquiridos y las posibilidades de ponerlos en práctica. Estas posibilidades se refieren a la propia persona pero, sobre todo, al contexto y a los medios adoptados por la empresa para mantener y desarrollar tales capacidades profesionales. La *sécurisation des parcours professionnels* constituye uno de estos medios.

4. Un derecho a la formación todavía por construir

Ni el DIF ni la cuenta personal de formación constituyen “derechos a la formación”. La ambigüedad deriva de la confusión existente entre derecho a la formación y los dispositivos jurídicos, y entre el principio y la regla. Pero la distinción es fundamental. Como se recuerda en el Digesto²⁸⁴, “no es el derecho el que deriva de la regla, si no la regla la que deriva del derecho”. Un derecho a la formación, todavía por definir, (4.1), se apoya en los dispositivos jurídicos, no se identifica con ellos. Un derecho a la formación ligado a la persona es una cuestión de justicia distributiva²⁸⁵: los derechos concedidos a las personas deben tener en cuenta las cualidades personales al realizar la asignación (4.2), considerando, por ejemplo, su nivel de formación inicial. Esto implica acompañar a las personas a lo largo de su período de formación. La ley, sobre estos diversos puntos, ofrece algunas respuestas.

formación, el tribunal de apelación, constatando que la carga efectuada constituye una desviación manifiestamente ilícita, estableció que la motivación no estaba fundada”.

²⁸³ Uno de los objetivos recogidos en el preámbulo del ANI de 5 de diciembre 2003, relativo al acceso de los trabajadores a la formación a lo largo de toda su trayectoria profesional.

²⁸⁴ Promulgado el 30 de diciembre 533 bajo el mandato del emperador Justiniano, está compuesto por extractos de la doctrina y de obras de los jurisconsultos romanos. Forma, junto con el Código de Justiniano (compilación de normas imperiales), *Istituzioni* (compilación de citas de juristas romanos de la época republicana o imperial), y *Nuove leggi* (compilación de las nuevas leyes fundamentales instituidas por Justiniano), el Cuerpo de las leyes civiles, y se trata, por tanto, de la más grande compilación del derecho romano antiguo (529-534).

²⁸⁵ Aristóteles, *Ética Nicomachea*, GF-Flammarion, 1992, p. 144.

4.1. La noción del derecho a la formación

4.1.1. Derecho e instrumento jurídico

La ley no sanciona en ningún punto el derecho a la formación profesional. El preámbulo de la Constitución de 1946, al que el Consejo Constitucional reconoció valor constitucional en 1971, se limita a establecer el derecho a un acceso igualitario a la formación profesional²⁸⁶. Si bien la tasa de acceso a la formación profesional por parte de los trabajadores era del 41% en 2007, se trata de una actividad formativa de breve duración, correspondiendo en torno a 30 horas a cada participante²⁸⁷. En lo relativo al DIF²⁸⁸, solo el 6% de los trabajadores había seguido en aquel año un programa formativo en el ámbito del mismo, y solo el 6,5% en el 2010²⁸⁹. La duración media de la formación ha sido de 22 horas. El DIF se ha utilizado principalmente en las grandes empresas para actividades formativas breves que no conllevan la obtención de un diploma. La historia del derecho a la formación profesional continua, refleja que la eficacia de un derecho a la formación se ve condicionada por la modalidad en la que el derecho se ejerza. En este sentido, el desarrollo de actividades formativas en el tiempo libre del trabajador genera fuertes desigualdades, no solo entre los trabajadores, sino también según los sectores a los que pertenezcan y, sobre todo, entre hombres y mujeres.

Esta inclusión de un tiempo “gris” (ni tiempo de trabajo ni tiempo de descanso) en el tiempo libre del trabajador, conduce a excluir sistemáticamente a algunas categorías de trabajadores del acceso a la formación. Un derecho a la formación efectiva no puede entenderse más que como un derecho que se ejercita, por principio, durante el tiempo de trabajo. La formación debe dar también lugar a la correspondiente remuneración, pagada directamente por el empleador o, indirectamente,

²⁸⁶ “La nación asegura a los jóvenes y a los adultos la igualdad en el acceso a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de un sistema de instrucción público, gratuito, y laico en todos los niveles, es una obligación del Estado”. Preámbulo de la Constitución de 27 octubre 1946, párrafo 13.

²⁸⁷ Ley financiera del 2009, rubricada “formación profesional”, p. 38 (se hace referencia a las inversiones en formación de las empresas en 2007).

²⁸⁸ El límite máximo de 120 horas de formación por trabajador se incorporó en 2009.

²⁸⁹ Descamps, R., “Le DIF : la maturité modeste”, *Bref Céreq*, n. 299-2, mayo 2012, p. 2.

por las instituciones paritarias – como las OPCA²⁹⁰ o, incluso, por el Estado o las regiones – considerando que estas diferentes fuentes de financiación pueden complementarse entre ellas. En fin, un derecho a la formación debe tener en cuenta a la totalidad de los trabajadores en el sentido del derecho comunitario, desde el trabajador por cuenta ajena al trabajador por cuenta propia, pasando por el funcionario, el demandante de empleo o el estudiante de prácticas en la formación profesional²⁹¹. El Código de trabajo sanciona el derecho individual a la formación profesional continua de los trabajadores autónomos, de los profesionales liberales o trabajadores no subordinados, así como también de los colaboradores o socios²⁹². La universalidad, proclamada como principio director del ANI de 11 de enero de 2013, da por supuesto que la asignación correspondiente a las horas de formación no depende del estatus profesional de la persona. Tanto los derechos adquiridos, antes a título de DIF, como hoy a través de la CPF, se calculan a *prorrata temporal* para los trabajadores a tiempo parcial (salvo disposiciones más favorables recogidas en un acuerdo de empresa, de grupo o de sector, art. L. 6323-11, 2º párrafo). Sin pretender que el derecho a la formación se inscriba en una lógica igualitaria perfecta, sin embargo se pone en cuestión si está fundamentada la utilización de criterios diferentes. La necesidad de formación, de hecho, no varía dependiendo del estatus profesional. La función de un derecho ligado a la persona, que trascienda del estatus profesional, aparece aquí con especial relevancia. Más que introducir un nuevo dispositivo de formación, codificado según los principios generales del derecho a la formación profesional a lo largo de toda la vida, el legislador francés podría haber inscrito los principios fundadores que estructuran los diferentes dispositivos después explicados en las reglas de

²⁹⁰ Organismo paritario *collecteur agréé*.

²⁹¹ CJCE 19 marzo 1964, M.K.H. Unger, esposa de R. Hoekstra contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht, Caso 75/63, Compilación de jurisprudencia, p. 347; CJCE 3 julio 1986, Lawrie Blum, Caso 66/85, D. 1986, IR, 452 (relativa a un estudiante de prácticas en el campo de la enseñanza); CJCE 31 mayo 1989, Rec. p. 1621: “La característica fundamental de una relación de trabajo es que una persona desarrolle en un cierto periodo, a favor de otra y bajo su dirección, prestaciones a cambio de las cuales recibe una remuneración. Una vez establecido que se trata de una actividad real y efectiva, ni el origen de los recursos de los que deriva la remuneración, ni la naturaleza del vínculo que une al trabajador con el empresario, pueden influir en el reconocimiento del trabajador como tal”; CJUE, 21 febrero 2013, Caso C-46/12, L. N. c/Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte.

²⁹² Art. L. 6312-2: “Los trabajadores por cuenta propia, los profesionales liberales y los trabajadores no remunerados, comprendiendo a aquellos que no emplean a otros trabajadores, y sus colaboradores y socios, según el artículo L121-4 del Código de Comercio, se benefician personalmente del derecho a la formación continua”.

acceso a la formación. El derecho a la formación profesional a lo largo de toda la vida podría definirse como: “el derecho de cada trabajador a asentarse en el propio puesto de trabajo con el objetivo de seguir una formación orientada a conservar las propias capacidades profesionales y a progresar, a lo largo de la vida, en al menos un nivel de cualificación. El pago de una retribución o de una renta sustitutiva, por la realización de acciones formativas durante el horario de trabajo y el acompañamiento del trabajador en su trayectoria formativa, contribuyen a dar efectividad a tal derecho”. La confusión que existe entre derecho a la formación y dispositivos de acceso a la formación, constituye una fuente de inestabilidad jurídica. El DIF, CIF y CPF acaban confundiendo, hasta tal punto que la fusión de los mismos es una cuestión que siempre vuelve a aparecer²⁹³. Es una utopía tratar de subsumir estos dispositivos que tienen finalidades tan divergentes. Es necesario, por el contrario, considerarlos categorías diferentes y atribuirles efectos específicos en términos jurídicos. Los objetivos que el Código de trabajo atribuye al permiso individual de formación (CIF), prerrogativa únicamente del trabajador por cuenta ajena, son ahora más amplios: el objetivo es permitir la iniciativa individual y, a título personal, actividades formativas que permitan al trabajador acceder a un nivel superior de cualificación, cambiar de actividad o profesión o abrirse en mayor medida a la vida cultural y social, y también al ejercicio de las actividades de voluntariado de tipo asociativo (art. L. 6322-1).

En relación al DIF, no se indica ninguna finalidad concreta. El Código de trabajo solamente señala que las partes sociales pueden definir, por convenio o acuerdo colectivo a nivel sectorial o empresarial, algunas “prioridades”. En defecto de acuerdo, el Código reconduce a una tipología de acciones de formación que permitan el ejercicio del derecho individual a la formación (acciones de promoción, acciones de adquisición, de mantenimiento y perfeccionamiento de los conocimientos, acciones de cualificación – art. L. 6323-8). Sin embargo, puesto que la utilización del crédito horario adquirido necesita contar con el consentimiento del empresario, la finalidad de las acciones formativas realizadas en este marco están, en general, ligadas a las necesidades de la empresa. Esto es lo que en la empresa se denomina con el neologismo *formations difables* (es decir, realizables mediante el DIF). Por otra parte, la

²⁹³ A título de ejemplo: Larcher, G., senador, *La formation professionnelle: clé pour l'emploi et la compétitivité*, documento presentado ante el Presidente de la República Nicolas Sarkozy, 2012, p. 2; Davy, F., ahora presidente de Adecco, *Sécuriser les parcours professionnels par la création d'un compte social universel*, informe presentado ante el Ministro de trabajo, abril 2012, pp. 22-23.

ley de 2014 ha suprimido el DIF, que ha sido absorbido por la CPF. El CIF y el DIF se complementan. No pueden por tal razón, fusionarse. La función de la cuenta personal de formación será, por lo tanto, colmar las lagunas dejadas por el CIF y por el DIF: implicar a un público más amplio, distribuir la formación (por medio de una ampliación del DIF a través de la cuenta personal de formación, por ejemplo). Haciendo esto, la lógica no debería ser dotar de un crédito horario, imposible de definir a priori, sino de un derecho de giro: “Derecho de giro en el sentido de que su realización dependa de una condición doble: la constitución de una reserva de crédito, y la decisión de sus titulares de utilizarlo. Son derechos de giro *sociales* porque, tanto la modalidad de acumulación (incremento diferido de la dotación) como sus objetivos (utilidad social), son sociales”²⁹⁴.

4.1.2. ¿Dotación o derecho de giro social?

La dotación en crédito de horas y en derechos de giro sociales siguen lógicas distintas. El primer mecanismo se limita a dotar al individuo de un crédito de horas predefinido, se inscribe dentro de una visión individualista de la formación profesional: los seres humanos disponen de una racionalidad que les permite utilizar conscientemente los dispositivos de formación. Restringe la formación profesional continua a un enfoque consumista, limitándola a un crédito que el trabajador (o cualquier individuo) poseería frente al empresario, un ente bilateral o toda la colectividad. Ni el DIF, ni la CPF son obligatorios. Un derecho a la formación profesional continua depende menos del derecho de crédito que de la constitución de un estatus profesional de las personas²⁹⁵.

El derecho de giro social da cuerpo al derecho a la formación ligándolo a la propia persona. En cuanto parte de la persona, contribuyendo a formarla construyendo su identidad profesional, elevando el nivel de instrucción y perfeccionamiento de los miembros de la sociedad, la formación profesional forma parte de la categoría de los derechos sociales fuera del comercio y de responsabilidad nacional. El Derecho a la formación no tiene un equivalente material; forma parte de aquellos

²⁹⁴ Supiot, A., “Du bon usage des lois en matière d’emploi”, *Droit social*, 1999, pp. 229-242, p. 242 ; del mismo autor (una obra de), “Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail”, en *Europe Rapport pour la Commission Européenne*, Paris, Flammarion, 1999; véase también el número especial de la revista *Droit social*, mayo 1999, pp. 431-473.

²⁹⁵ Supiot, A., *cit.*

derechos que no se pueden transformar en crédito pecuniario²⁹⁶; persigue objetivos que van más allá de los propios beneficiarios, interesando a la sociedad en su conjunto. No es un poder que se ejercita sobre alguien ajeno, sino la marca de una relación de interdependencia entre los miembros de una sociedad organizada. Más que un “derecho a”, es necesario ver las aspiraciones y vocaciones del ser humano²⁹⁷. Consecuentemente, el ejercicio de los derechos sociales de giro no puede transformarse en un deber para los titulares de los mismos, ya que tampoco está condicionado a la materialización del riesgo²⁹⁸. Un derecho ligado a la persona debe poseer determinadas características jurídicas. La universalidad, la naturaleza de “derecho fundamental” y el carácter extra patrimonial²⁹⁹ son las principales. Falta construir una articulación entre los derechos ligados a la persona, independientemente del estatus profesional, y los derechos más estrechamente conectados con el contrato de trabajo. ¿Qué puede aportar, por lo tanto, la idea de la seguridad social profesional? El tema se afrontó desde 2002 por la CGT, que la considera, sobre todo, una alternativa al despido³⁰⁰ y a la *flexicurity*³⁰¹. Para Maryse Dumas, entonces secretario confederal de la CGT, “en caso de supresión del puesto de trabajo, a nivel colectivo o individual, el contrato de trabajo (y el salario) deben mantenerse hasta la recolocación de la persona o hasta que se alcance una solución. No se trata, en este sentido, de crear más presiones a una empresa que ya se encuentra en condiciones difíciles, sino de apelar a la solidaridad entre empresas a nivel de área de empleo o de sector, y de transformar los fondos destinados a la financiación de las llamadas *cellules de reclassement*, es decir, estructuras destinadas a la recolocación de los trabajadores dentro de la empresa, en permisos de conversión y en salarios”³⁰². El acceso a la formación debe, en este

²⁹⁶ Cfr. Demogue, R. *Les notions fondamentales du droit privé*, LGDJ, ed. La mémoire du Droit, 2001, 681 p., pp. 443 à 480 (“Transformation des droits en argents”).

²⁹⁷ Cf. Villey, M. “Le droit subjectif en question”, en *Archives de philosophie du droit*, tomo IX, 1964, pp. 97 a 127, p. 102.

²⁹⁸ Sobre este último punto, cfr. Supiot, A. (ed.) *Au-delà de l'emploi*, cit., p. 90.

²⁹⁹ El ANI de 11 de enero de 2013, no traspuesto en el proyecto de ley en lo relativo a este punto, prevé que la transferencia de la CPF no conlleva la monetización de las horas (art. 5, párrafo 3); la ley de 2013 dispone que la cuenta personal de formación sea contabilizada en horas (art. L. 6111-1, modificado por el Código de trabajo).

³⁰⁰ Véase, por ejemplo: Le Digou, J. C., *Demain le changement : Manifeste pour un nouveau syndicalisme*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 93 ; pp. 90-96 y, en particular, pp. 108-112.

³⁰¹ Le Digou, J. C., “Vers une sécurité sociale professionnelle”, *Alternatives Économiques Poche*, n. 052, noviembre 2011.

³⁰² Dumas, M., “Sécurité sociale professionnelle et nouveau statut du salarié: le projet de la CGT”, *Les cahiers Bernard Brunhes*, febrero 2004, n. 11, pp. 33-35.

sentido, ser facilitado, y “esto presupone un nuevo tipo de servicio público en el que estarían incluidas las organizaciones sindicales y personales”. Este sistema permitiría una gran distribución de los costes correspondientes a los objetivos de formación, movilidad e integración ocupacional³⁰³. El proyecto de la CGT también prevé otra modulación de la contribución social de las empresas que tenga en cuenta la gestión del trabajo que realizan.

Otros autores defienden una idea muy diferente de tutela social ocupacional que permitiría, a cambio de una extensión de los derechos reconocidos a los trabajadores, trasladar ciertas obligaciones actualmente concernientes a la empresa, a la colectividad, como la obligación de *reclassement*, por ejemplo. “En el ámbito del trabajo, una seguridad social profesional debería garantizar una renta digna y un acompañamiento de calidad a todos los trabajadores que buscan un empleo, permitiendo una reconversión hacia las profesiones del futuro [...]. El servicio público de colocación, reforzado de esta manera, sustituiría a la obligación de *reclassement*, concerniente a la empresa”³⁰⁴. Con ocasión del juramento a la nación, el 4 de enero de 2007, el presidente de la República Nicolás Sarkozy invocó la creación de una seguridad social profesional con cuatro objetivos: “pago de las prestaciones de desempleo, acompañamiento individualizado en la búsqueda de empleo, ayuda a la movilidad profesional y formación a lo largo de toda la vida [...]. Se tratará de un contrato de transición profesional, un verdadero vínculo contractual, constituido por derechos y obligaciones, que unirá a los trabajadores sin empleo y al sistema de seguridad social. En la línea de la reforma del diálogo social, corresponderá a las partes sociales, junto con el Estado, la responsabilidad de gestionar esta nueva unión.”

Con ocasión de las discusiones sobre el proyecto de ley del trabajo, el diputado Jean-Marc Germain, se pronunció sobre el tema de la gestión de la cuenta personal de formación en favor “de la creación de un verdadero régimen de seguro de formación, en la misma línea que el seguro de desempleo creado en 1958. Este régimen podría ser gestionado por las partes sociales.”³⁰⁵. El ministro de trabajo Michel Sapin presentó el

³⁰³ Le Digou, J. C., “Vers une sécurité...”, *cit.*

³⁰⁴ Cahuc, P., Kramarz, F., *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Informe para el Ministro de ocupación, de trabajo y de cohesión social, *La documentation française*, 2004, pp. 11 y 12.

³⁰⁵ Germain, J. M., diputado en la Asamblea Nacional, tercera sesión de 4 abril 2013, JO del 5 abril, p. 3810. El informe de la Comisión de asuntos sociales sobre las conclusiones del grupo de trabajo sobre *flexisécurité à la française* presentado por Morange, P., hacía referencia a la idea de una seguridad profesional que sustituyese al seguro contra el

proyecto de ley como “la base [...] hacia una cuenta personal de formación universal, cuyo pilar central es la seguridad social profesional”³⁰⁶. La idea de un sistema de seguridad social profesional se inscribe en la propia historia de la formación profesional continua. Desde 1966, el legislador consagró la formación profesional continua como “deber nacional”³⁰⁷; la disposición figura hoy en día entre los principios generales de la formación profesional a lo largo de toda la vida (art. L. 6111-1 del Código de trabajo). El texto no apunta expresamente al Estado: un “deber nacional” comprende también a las partes sociales. La idea de cogestión está en la base del sistema de formación profesional continua. Según el informe de 1969 del Tribunal de Cuentas: “esto implica una concertación en el momento de la elaboración de las políticas a seguir, y una cooperación en su ejecución”³⁰⁸. Esta concertación se realiza “especialmente con las organizaciones patronales, con los sindicatos, y también con los trabajadores autónomos”³⁰⁹.

Sin embargo, si no estuviese estrechamente ligada al principio de solidaridad, la idea de un sistema de seguridad social profesional podría llevar a una transferencia de responsabilidad de la empresa a la colectividad y a los individuos. El asegurado es el que contribuye en la medida que recibe: “La característica de la solidaridad, en el sentido del Derecho social, se inscribe en el seno de una colectividad humana, un recipiente común, al que cada uno pueda contribuir según la propia capacidad, y del que pueda hacer uso en función de sus propias necesidades. Esta distribución sustituye al cálculo de la utilidad individual (que prohíbe) por un cálculo de utilidad colectiva (que es el que organiza)”³¹⁰.

Pero antes de ser un seguro, la seguridad social es una institución que reúne a sus miembros en torno a un proyecto común, un factor de cohesión social. Esta es la idea desarrollada por Mauss en su ensayo sobre la donación: “El trabajador ha donado su vida y su trabajo a la colectividad, por una parte, a sus patrones, por la otra, y si ha tenido que

desempleo, de tal manera que cada trabajador pudiese gestionar su propia cuenta social (Informe n. 2462, 28 abril 2010).

³⁰⁶ Asamblea nacional, debate parlamentario, primera sesión martes 2 abril 2013.

³⁰⁷ Ley de 3 diciembre 1966 de orientación y programación sobre la formación profesional.

³⁰⁸ Tribunal de cuentas, *La realizzazione della politica di formazione professionale promozione sociale*, Informe al Presidente de la República 1969, segunda parte, en *Les Administrations de l'État. Observations communes à plusieurs ministres*, JO 1971, documento administrativo, p. 181.

³⁰⁹ Resaltamos, *Ibidem*.

³¹⁰ Supiot, A., *L'esprit de Philadelphie*, ed. Du Seuil, 2010, p. 160.

contribuir a un seguro, los que se han beneficiado de sus servicios, no se liberan de su deuda frente a él mediante el simple pago de un salario, es el propio Estado, el que representa a la comunidad, quién debe, junto con los patrones y con la propia contribución del trabajador, garantizar una cierta seguridad frente a las contingencias que puedan presentarse en la vida, frente al desempleo, enfermedad, vejez, muerte”³¹¹.

4.2. La búsqueda de la equidad en el acceso a la formación

4.2.1. La educación de los adultos para la obtención de una cualificación: un objetivo pero no un derecho

El derecho a la cualificación profesional se sanciona en el Código de trabajo en 1990³¹². En 2009, las partes sociales³¹³, después el legislador³¹⁴, introdujeron en el mismo artículo, como principio, el objetivo de la progresión del trabajador en, al menos, un nivel de cualificación a lo largo de su vida profesional: “Cada trabajador comprometido con la vida activa o cualquier persona que lo desee, tiene derecho a la información, a la orientación y a la cualificación profesional y debe poder seguir por propia iniciativa una formación que le permita, independientemente de su situación, progresar en el curso de la propia vida profesional, en al menos un nivel, adquiriendo una cualificación, que se corresponda con las necesidades de la economía previsible a medio plazo, que: 1) esté presente en el repertorio nacional de certificaciones profesionales, recogido en el L. 335-6 del Código de la instrucción; 2) esté reconocida en las clasificaciones de un convenio colectivo nacional de sector; 3) dé derecho a un certificado de cualificación profesional”.

La cuestión de la calificación no concierne solamente a la persona en su relación con la formación, sino que está en el centro de la idea de justicia, y en la base del sistema de formación profesional continua creado en 1971. El subsidio del crédito horario en el ámbito de la cuenta personal de

³¹¹ Mauss, M., “L’essai sur le don”, *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1966, 475 p., pp. 260-261.

³¹² Ley n. 90-579 de 4 julio 1990 relativa al crédito de formación profesional continua, que modifica el libro IX del Código de trabajo. Figura hoy en el art. L. 6314-1, dentro de las disposiciones generales del libro III sobre la formación profesional continua.

³¹³ ANI de 7 enero 2009 sobre el desarrollo de la formación, la profesionalización y la *sécurisation des parcours professionnels*.

³¹⁴ Ley n. 1437 de 24 noviembre 2009 sobre la orientación y la formación a lo largo de toda la vida.

formación, ¿debe ser igualitario o redistributivo? La propia noción de derecho a la formación relativo a la persona, presupone la introducción de mecanismos correctivos que permitan, por razones de equidad, dar cuerpo a una igualdad concreta. La regla puede entonces, para retomar la metáfora de Aristóteles, “adaptarse a las formas de la piedra”³¹⁵, haciendo posible una personificación de los derechos de los trabajadores³¹⁶. Aplicada al derecho de la formación profesional continua, tal personificación implica la consideración de la formación inicial de los trabajadores, en el sentido de un derecho por construir³¹⁷. El ANI no afronta la cuestión, de la misma manera que el proyecto de ley depositado inicialmente. Solo con la introducción, por parte del gobierno, de la enmienda relativa a las fuentes de financiación de la cuenta personal de formación, se afronta la cuestión de las condiciones para el subsidio de crédito de horas. Sobre este punto, la ley de 2013 va más allá del ANI, ligando la financiación complementaria a la cualificación: “La cuenta se alimenta [...] mediante contribuciones complementarias, por parte del Estado o de las regiones, con la finalidad de favorecer el acceso a una de las cualificaciones mencionadas en el art. L. 6314-1, con una atención especial a las personas que han abandonado prematuramente el sistema escolar o que, cuando dejaron su formación inicial no habían obtenido una cualificación profesional reconocida”. Según el diputado, Jean-Marc Germain, la cuenta personal de formación pretende concretar el objetivo

³¹⁵ Aristóteles, *cit*, p. 163.

³¹⁶ Cfr. Maggi-Germain, N., “La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés”, *Droit social*, mayo 2004, pp. 482 à 493. A título ilustrativo, cfr. Tribunal de Casación, Sala de lo social, de 18 enero 2005, n. 02-46737: “no ha cumplido su obligación de *reclassement*, el empresario que no ha [...] comunicado a cada uno de los trabajadores cuyo despido estaba previsto, las ofertas precisas, concretas y personalizadas de *reclassement*”.

³¹⁷ Idea que se encuentra desarrollada por el Parlamento europeo en su Informe sobre el *Memorandum* de la Comisión sobre la educación y la formación a lo largo de toda la vida. Esto, “recuerda a la propuesta según la que todas las personas deben tener derecho a un cierto número de años de educación dentro del sistema público, lo que implica que, aunque hayan pasado pocos años en este sistema, tienen derecho a la formación suplementaria para poder acceder a una escala sucesiva a lo largo de su vida, para adquirir las competencias necesarias para desempeñar un papel activo en la sociedad y acceder al mercado de trabajo”; Parlement Européen, Comisión de la cultura, de la juventud, de la educación, de los medios de comunicación y los deportes, *Informe sobre el Memorandum de la Comisión sobre la educación y la formación a lo largo de toda la vida*, Final A5-0322/2001, (punto 42, p. 12). En la misma dirección, véanse también las propuestas de ley para un pasaporte dirigido a garantizar la igualdad en el acceso a la formación a lo largo de toda vida, presentado en la Asamblea nacional el 20 marzo 2002, por el diputado Gérard Lindeperg, además del ANI del 5 diciembre 2003, que ya avanzaba la idea de un derecho a la educación de los adultos para acceder a una cualificación.

atribuido a la formación profesional en el primer párrafo del mismo artículo, es decir, permitir “a cada persona, independientemente de su estatus [...] progresar, al menos, en un nivel de cualificación a lo largo de su vida profesional”³¹⁸. Allí donde no fuesen suficientes las 120 horas de derechos adquiridos como DIF para conseguir una cualificación³¹⁹, son necesarias contribuciones complementarias o la movilización de otros dispositivos de formación como el CIF o la *préparation opérationnelle à l’emploi*³²⁰. Diversas enmiendas depositadas en la Asamblea nacional por el grupo *Gauche démocrate et républicain*³²¹, y en el Senado por el *Groupe communiste républicain et citoyen*³²², atribuyen mayor importancia a la búsqueda de la igualdad estableciendo, conforme a las disposiciones previstas por el ANI de 2009³²³, un acceso prioritario a una formación que permita la obtención de un diploma o cualificación para los trabajadores poco cualificados o sin ninguna cualificación³²⁴, debiendo tal derecho, según una enmienda depositada por el diputado de Fuente de izquierda, prorrogarse sin limitación en el tiempo, en créditos de formación, que se correspondan con hasta, al menos, el 10% del tiempo de trabajo³²⁵. Pero, mientras las enmiendas hacían referencia a un derecho a la educación de los adultos para el acceso a una cualificación, que debe formar parte de los principios del derecho a la formación profesional continua, la Comisión de asuntos sociales ha introducido el objetivo de la educación de los adultos para el acceso a una cualificación, en las disposiciones del Código de trabajo que hacen referencia a los medios (financiación complementaria a la CPF)³²⁶. Haciendo esto, se restringe el valor

³¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

³¹⁹ Por ejemplo, una formación inicial de nivel V (BEP o conclusión del último año del segundo ciclo) de asistente familiar, tiene una duración de 840 horas.

³²⁰ Instituida por el ANI de 7 enero 2009, que introduce un dispositivo de formación específica para el acceso de los desempleados (POE – preparación operacional al trabajo), destinado a los desempleados beneficiarios de cobertura del seguro o no, con el objetivo de realizar, previamente a su contratación (en CDI o CDD de al menos 12 meses), una acción de formación que no puede superar las 400 horas para adquirir las competencias profesionales necesarias para ocupar el puesto de trabajo propuesto (art. 21 y ss.).

³²¹ Enmienda n. 4886, Asamblea nacional, segunda sesión 4 abril 2013, JO del 5 abril, p. 3766

³²² Enmienda n. 53, Senado, sesión 19 abril 2013, JO del 20 abril, p. 3624.

³²³ Párrafo 1.4.3 del ANI de 7 enero 2009 titulado *La formación inicial diferida*.

³²⁴ Enmienda n. 4886, Asamblea nacional, segunda sesión 4 abril 2013, JO del 5 abril, p. 3766.

³²⁵ Enmienda n. 4887, Asamblea nacional, segunda sesión 4 abril 2013, JO del 5 abril, p. 3766.

³²⁶ Intervención de Germain, J. M., Asamblea nacional, segunda sesión 4 abril 2013, JO

simbólico, y también la fuerza vinculante (el objetivo se limita a la concesión de financiación adicional) de la disposición legislativa³²⁷. Con ocasión de los debates parlamentarios anteriores a la votación de la Ley de 24 de noviembre 2009³²⁸, que trasponía el ANI refrendado ese mismo año, dos enmiendas similares se depositaban por la izquierda, en particular, por el grupo socialista³²⁹, durante la presidencia de Nicolas Sarkozy. La Comisión especial del Senado había emitido un dictamen desfavorable: “antes que nada, no es oportuno determinar unos destinatarios específicos en la definición de los objetivos generales de formación profesional a lo largo de toda la vida. Además, esto atribuiría a la formación profesional una responsabilidad particular, sin precisar paralelamente los deberes del sistema educativo nacional. No se puede pedir a la formación profesional que sustituya al sistema educativo nacional: sería tan ilusorio y peligroso, como si se pidiera al sistema educativo nacional que sustituyese a la familia³³⁰. Aún si el “espíritu de la cuenta nacional de formación”³³¹ es promover el acceso a la formación de los trabajadores de manera inversamente proporcional al nivel de cualificación del que disponen, la ley no sanciona el derecho a la educación de los adultos para la obtención de una cualificación diferida, ya que estudios realizados sobre el tema, demuestran que el acceso a la formación no está suficientemente abierto a aquellos que lo necesitan en mayor medida, es decir, los menos cualificados y formados³³². Sin

del 5 abril, p. 3767.

³²⁷ Si bien el artículo 8 de la Ley de orientación y de programación para la refundación de la escuela de la República, creaba el derecho a la educación de los adultos para el acceso a una cualificación, haciendo referencia al sistema de formación profesional inicial (proyecto de ley n. 441 de orientación y de programación para la refundación de la escuela de la República, adoptado en la Asamblea nacional y transmitido al Senado, 20 marzo 2013).

³²⁸ Ley n. 1437 relativa a la orientación y a la formación profesional a lo largo de toda la vida, JO de 25 noviembre 2009.

³²⁹ Enmienda n. 131 (suspendida) al artículo 1, presentado por los miembros del Grupo socialista, Senado, sesión del 21 septiembre 2009, JO del 22 septiembre, p. 7784. Enmienda n. 25 (suspendida) al artículo 1, presentado por los miembros del Grupo comunista, republicano y ciudadano y los Senadores del Partido de izquierda, Senado, sesión de 21 septiembre 2009, JO de 22 septiembre, p. 7785.

³³⁰ Intervención en el Senado de Carle, J. C., senador del grupo UMP (mayoría presidencial de N. Sarkozy), sesión de 21 septiembre 2009, JO de 22 septiembre, p. 7785.

³³¹ Germain, J. M., Asamblea nacional, segunda sesión de 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3774, Intervención en respuesta a la enmienda n. 5421 depositada por el UDI, Unión de demócratas e independientes.

³³² Por último, léase el informe del Tribunal de Cuentas que registra como el porcentaje de jóvenes sin cualificación se ha reducido incesantemente desde la introducción del contrato de profesionalización, en el 2003, “si bien, esta tendencia se ha visto atenuada a

embargo, podemos hacer notar que mientras que el ANI de 14 de diciembre de 2013 incluye en la categoría de formaciones elegibles a la cuenta personal de formación, “las formaciones con cualificación correspondientes a las necesidades de la economía, previsibles a corto o medio plazo, y favorece la *sécurisation des parcours professionnels* de los trabajadores (art. 13, párrafo 3), la ley de 5 de marzo de 2014 enuncia en primer lugar que las formaciones “permitan adquirir el conjunto de conocimientos y competencias definidos por decreto” (art. L. 6323-6, I).

4.2.2. La creación de un consejo para la evolución profesional

La *sécurisation des parcours professionnels* introduce a la persona en un proceso de evaluación profesional que se concreta a través de un proceso formativo que incluye información, orientación, formación y reconocimiento. El derecho a la información y el derecho a la orientación se han introducido en el Código de trabajo por la ley de 24 de noviembre de 2009 (Art. L. 6314-1), que ha previsto la creación de un “servicio público de orientación a lo largo de toda la vida”, organizado para garantizar a todas las personas el acceso a una información gratuita, completa y objetiva sobre las materias, la formación, la certificación, las salidas profesionales y los niveles retributivos, así como también, el acceso a servicios de *counseling* y de orientación de calidad y organizados en red (artículo L. 6111-3). Retomando las disposiciones del ANI, la ley crea un nuevo artículo L. 6314-3 en el Código de trabajo, reconociendo el derecho a todos los trabajadores a beneficiarse de un asesoramiento en términos de evolución profesional por parte del servicio público de orientación, cuyo objetivo principal es mejorar la cualificación. La articulación entre las intervenciones de los organismos bilaterales y el servicio público de orientación, prevista en el ANI, desapareció en la ley, que reenvía a posteriores negociaciones sobre la formación profesional continua³³³. Uno de los temores expresados en el debate parlamentario se refería al riesgo de desarrollo de un negocio en este sector. Por esta razón, el monopolio del acompañamiento se queda en manos del servicio público, habiendo eliminado el proyecto de ley la disposición que preveía que la cuenta

consecuencia de la crisis. Al igual que los otros dispositivos de política de empleo, los contratos de profesionalización, sin embargo, no consiguen llegar a aquellos que tienen más necesidad”, Tribunal de cuentas, *Le marché du travail: face à un chômage élevé, mieux cibler les politiques*, Informe público temático, enero 2013, pp. 106-107.

³³³ Segunda sesión de 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3781.

personal de formación podría servir para financiar tal acompañamiento (posibilidad que había sido abierta por el ANI). Sin embargo, la posición del Ministro de trabajo Michel Sapin fue ambigua: “En el espíritu de todos los que se interesan en esta cuestión, es evidente que los trabajadores no deberían desembolsar dinero reduciendo su ya de por sí bajo salario, para acceder a este servicio. Sin embargo, este servicio necesita una financiación y, personalmente, no sería contrario a la idea de que cada uno pueda utilizar su propia cuenta personal”³³⁴. El nivel local, aparece claramente como el nivel principal de actuación de este servicio público. Al mismo tiempo, también el papel de las regiones es fundamental y hace referencia al futuro proyecto de ley de descentralización (acto III), que debería redefinir el servicio público de orientación profesional y empleo. La elección del nivel territorial se inscribe completamente dentro de una perspectiva de “localización” del derecho que responde a una demanda de la Unión Europea³³⁵. La información que se puede dar al trabajador se ha ampliado: hace referencia al ámbito profesional y a la evolución de las profesiones en el territorio, pero también incluye diversos dispositivos de formación. Esta se inscribe en el ámbito de un acompañamiento que debería consentir al trabajador valorar las propias competencias, y de ser el caso, facilitar su proyecto de evolución profesional. Se trata de “favorecer la iniciativa de formación de una persona activa, en su trayectoria profesional, ya sea un trabajador del sector privado, un funcionario público o una persona que está buscando trabajo y que, en el momento de su ingreso a la vida activa se ha podido beneficiar de formación dirigida a las personas que están de prácticas y a los jóvenes en el ámbito de los programas de inserción profesional”³³⁶. Emerge claramente en el debate parlamentario la idea de la creación de un consejo para la evolución profesional, ha sido proyectada en la misma línea que la cuenta personal de formación: “Estas disposiciones constituyen, en efecto, un sistema. Introducen, por un lado, un dispositivo a nivel territorial de promoción y acompañamiento en la cualificación – el consejo para la evolución profesional – y, por otra parte, un instrumento de acceso a la cualificación: la cuenta personal de formación”³³⁷. La institución del

³³⁴ *Ibidem*, p. 3778.

³³⁵ Cfr. Maggi-Germain, N., “La territorialisation du droit. L'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue”, *Droit et société*, nn. 69-70/2008, pp. 441-477; artículo de Maggi-Germain, N. y Caillaud, P., [Les évolutions du cadre juridique de la formation professionnelle continue: un changement de paradigmes?](#), Informe para el Ministerio de trabajo, políticas de vivienda y cohesión social, DARES, noviembre 2006.

³³⁶ Germain, J. M., *Informe, cit.*, p. 88 (objetivos).

³³⁷ Gille, J. P., Grupo socialista, republicano y ciudadano, segunda sesión de 4 abril 2013,

consejo para la evolución profesional debe analizarse a la luz de algunas reformas recientes, como la creación del “pasaporte de orientación-formación”³³⁸ o, también, del balance de las etapas profesionales introducido por la ley de 2009, “un análisis realizado conjuntamente por el trabajador y el empresario, que permita al trabajador evaluar sus propias capacidades profesionales y competencias y, al empresario determinar los objetivos de formación del trabajador (art. L. 6315-1, 2e al.)”³³⁹.

5. Conclusiones

Depositada por el gobierno socialista, después de haber llegado al poder después de 10 años de presidencia de Nicolas Sarkozy, procedente de la UMP, la ley recientemente promulgada tiene una cierta continuidad con el pasado. No hay una ruptura, desde el punto de vista jurídico³⁴⁰. Las reformas propuestas se inscriben perfectamente en el clima contemporáneo, traduciendo también un cierto consenso derivado del diálogo social. La cuenta personal de formación se inspira en otros proyectos. La proximidad con la cuenta de ahorro formación³⁴¹ es evidente. Su principal mérito es, sin duda, su fuerza simbólica: al igual que el DIF en su tiempo, la cuenta personal de formación debería contribuir a trivializar la idea de formación profesional a lo largo de toda la vida. A medida que avancemos en el tiempo, la noción de derechos relativos a la persona deberá hacerse más madura: no todos los dispositivos de formación se transformarán en derechos personales. La cuenta personal

JO de 5 abril, p. 3757.

³³⁸ Aunque este dispositivo no ha podido entrar oficialmente en vigor (la ley reenvía a un decreto del Consejo de Estado, que no ha todavía intervenido), algunos convenios colectivos lo han hecho suyo de todas maneras.

³³⁹ El coloquio, reservado a los trabajadores que tienen, al menos, dos años de antigüedad, se realiza con una periodicidad de 5 años. La ley ha reenviado las condiciones de aplicación a los convenios colectivos, que no ha tenido lugar todavía.

³⁴⁰ “Los senadores de la UMP habrían preferido llegar todavía más lejos, con una reforma radical del Código de trabajo, introduciendo más flexibilidad, previendo la anualidad de los horarios, suprimiendo las 35 horas, para crear un choque de competitividad, que el Gobierno proclame querer hacer – y deje de hablar! –, desafortunadamente sin llegar nunca al fondo. [...] Todas estas reformas van en la dirección justa, y es por esto que, faltando el coraje del que he hablado, la UMP ve de buen grado este proyecto de ley que transcribe el ANI de enero 2013”. Intervención de Cardoux, J. N., Senado, sesión de 17 abril 2013, JO del 18, p. 3386.

³⁴¹ Seillier, M. B., *Groupe du Rassemblement Démocratique et Social européen, Le fonctionnement des dispositifs de formation*, Informe a nombre del grupo de trabajo del Senado sobre la Formación profesional – n. 365 tomo I (2006-2007) – 4 julio 2007, pp. 201 e ss.

de formación no puede acabar siendo un mero receptáculo de dispositivos y financiación. Al contrario, los dispositivos de formación deben ser distintos en base a su finalidad. Al ser distintos, pueden colocarse sucesivamente en orden jerárquico y calificarse como derechos personales, solo si reúnen las características. Solo con esta condición, un derecho ligado a la persona podrá, en lo relativo a la categoría jurídica, adquirir consistencia real.

La ley de 2013 no ha sido más que la primera etapa que precede a una concertación entre Estado, regiones, organizaciones empresariales y los sindicatos más representativos a nivel nacional e interprofesional, sobre la introducción de la cuenta personal de formación (art. 5, IV), antes de la apertura de las negociaciones a nivel nacional e inter confederal sobre la formación profesional prevista el 1 de enero de 2014 (art. 5, V). “Creamos el marco, creamos una estrategia, damos una dirección. Vendrán otras leyes. No se ha acabado ni el primer año de la legislatura y tenemos muchas ambiciones en materia de formación profesional y seguridad social profesional para el país y para los trabajadores franceses”³⁴².

¿Cómo la consagración de un derecho a la formación a lo largo de toda la vida, por ejemplo?

6. Bibliografía

Aristóteles, *Ética Nicomachea*, GF-Flammarion, 1992.

Beck, U., *La société du risque*, Aubier, 2001.

Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2004.

Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, LGDJ, éd. La mémoire du Droit, 2001.

Descamps, R., “Le DIF: la maturité modeste”, *Bref Céreq*, n. 299-2, mayo 2012.

Dumas, M., “Sécurité sociale professionnelle et nouveau statut du salarié: le projet de la CGT”, *Les cahiers Bernard Brunhes*, febrero 2004.

Gobin, C., “Dialogue social”, en Durand, P., (una obra de), *Les Nouveaux Mots du pouvoir*, 2007.

Le Digou, J. C., *Demain le changement : Manifeste pour un nouveau syndicalisme*, Armand Colin, Paris, 2005.

³⁴² Intervención de Paul, M. C., Grupo socialista, republicano y ciudadano, Asamblea nacional, sesión 4 abril 2013, JO de 5 abril, p. 3765.

- Le Digou, J. C., “Vers une sécurité sociale professionnelle”, *Alternatives Économiques Poche*, n. 052, noviembre 2011.
- Maggi-Germain, N. y Caillaud, P., *Les évolutions du cadre juridique de la formation professionnelle continue: un changement de paradigmes?*, Informe para el Ministerio de trabajo, políticas de vivienda y cohesión social, DARES, noviembre 2006.
- Maggi-Germain, N., “À propos de l’individualisation de la formation professionnelle continue”, *Droit social*, julio-agosto 1999.
- Maggi-Germain, N., “La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés”, *Droit social*, mayo 2004.
- Maggi-Germain, N., *Formation professionnelle continue et sécurisation des parcours professionnels*, Semaine sociale Lamy Supplément, 7 abril 2008, n. 1348 (número especial sobre *La sécurisation des parcours professionnels*).
- Maggi-Germain, N., “La territorialisation du droit. L’exemple des politiques de l’emploi et de la formation professionnelle continue”, *Droit et société*, nn. 69-70/2008.
- Maggi-Germain, N., “La capacité du salarié à occuper un emploi”, *Droit social*, diciembre 2009, pp. 1234-1245.
- Maggi-Germain, N., “Sur le dialogue social”, *Droit social*, julio-agosto 2010.
- Mauss, M., “L’essai sur le don”, *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1966.
- Quélin, B., “L’analyse fondée sur les ressources et les compétences”, en *Le management. Fondements et renouvellements*, Ed. Sc. Humaines.
- Supiot, A., “Du bon usage des lois en matière d’emploi”, *Droit social*, 1999.
- Supiot, A., “Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail”, en *Europe Rapport pour la Commission Européenne*, Paris, Flammarion, 1999.
- Supiot, A., *L’esprit de Philadelphie*, éd. Du Seuil, 2010.
- Supiot, A., “La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, *Droit social*, 2010.
- Radé, C., “La loi négociée: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale”, *Droit ouvrier*, 2010.
- Villey, M. “Le droit subjectif en question”, en *Archives de philosophie du droit*, tomo IX, 1964.

Reforma de la Negociación Colectiva ¿Hacia dónde vamos?

Antonio COSTA REYES*

RESUMEN: El autor hace un análisis sobre las recientes reformas laborales en relación con la negociación colectiva en España, destacando que éstas no han establecido un equilibrio mínimo entre la denominada flexibilidad interna y la de los extremos, ya que se han favorecido ambas, y específico al poder empresarial en ellas. Asimismo se destaca que estas reformas pretenden en el fondo mutar el modelo constitucional, tanto de las relaciones laborales en general, como de la negociación colectiva en particular y, que de esta forma la negociación colectiva puede ser un instrumento para la flexibilización de las relaciones laborales.

Palabras clave: reforma laboral, negociación colectiva, empleo.

SUMARIO: 1. Introducción: propósitos y despropósitos 2. Breves apuntes sobre los aspectos reformados 3. *¿Quo vadis* negociación colectiva? 4. Bibliografía.

* Profesor del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UCO.

1. Introducción: propósitos y despropósitos

Como ha venido subrayándose, las reformas laborales con incidencia en materia de Derecho colectivo desarrolladas durante los últimos años (particularmente, RD-L 10/2010 y la posterior L. 35/2010; RD-L 7/2011, y RD-L 3/2012 y posterior L. 3/2012), mantienen entre ellas una línea de continuidad o conexión (Sangüinetti)³⁴³, si bien ello no excluye que en el caso de la operada por el L. 3/2012 suponga a su vez una enmienda a las anteriores basándose en que las mismas no han conseguido lo pretendido (*vid.* EMM IV).

Esta línea de continuidad se manifiesta no sólo en cuanto a los objetivos que se pretenden, sino también y en gran medida, tanto en el diagnóstico como en las justificaciones o exigencias generales que dichas normas utilizan para imponer tales cambios³⁴⁴. Respecto a los objetivos a los que sirven, se señala expresamente y una vez más, el reducir el desempleo (o más acertadamente, en 2012, crear “las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo”), incrementar la productividad y mejorar la competitividad de las empresas (EMM L. 35/2010, RD-L 7/2011 y L. 3/2012), todo lo cual se consigue a través de mayores dosis de flexibilidad (“el objetivo es la flexiseguridad”, EMM L.3/2012). Sobre la justificación última, la norma señala que responde en gran medida a exigencias externas altamente consensuadas: una reforma de envergadura – particularmente de la negociación colectiva – “debe servir para seguir consolidando la confianza externa (...) en la economía española” (EMM RD-L 7/2011), ya que “continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación (y) por los mercados internacionales” (EMM I L 3/2012). Este aspecto nos parece importante subrayarlo, pues en nuestra opinión, la forma y modelo de reformas que se operan en nuestro marco laboral responde sobre todo y en primer término no a los objetivos

³⁴³ “¿Cuándo se jodió el Derecho del Trabajo? (A propósito de la reciente reforma laboral española)” (en http://www.mintra.gob.pe/boletin/documentos/boletin_15/doc_boletin_15_01.pdf).

Igualmente, Navarro Nieto, F., *La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*, Ponencia en el **XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Donosti, 17 y 18 de mayo de 2012**.

Resulta particularmente criticable la normalización del uso del RD-L para proceder en materia laboral, Goerlich Peset, J. M., “El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 11 y 12.

³⁴⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, n. 7833, 2012.

que (en materia de empleo o de mejora del sistema negocial) se señalan expresamente, sino más bien a las imposiciones que desde esas instancias externas (los llamados *mercados* o la propia UE³⁴⁵), reclaman de manera incesante proseguir en la reforma global, en este caso, de nuestro modelo negocial, con el objetivo de que la negociación colectiva sirva para aumentar las posibilidades de flexibilidad para la empresa (nivel prioritario en todo caso) o de que los salarios se conecten exclusiva o especialmente con la productividad (y no con el incremento del coste de la vida –IPC–)³⁴⁶.

En cuanto al diagnóstico respecto a la situación del mercado laboral español, si bien en un primer momento las normas laborales reformadoras señaladas consideraban que los problemas de empleo en nuestro país derivaban sobre todo de nuestra estructura productiva y en algunas particularidades estructurales de (la regulación de) nuestro mercado laboral; finalmente se ha terminado concluyendo que esos problemas lo que evidencian es la “insostenibilidad” de nuestro modelo laboral (marco regulador), y en particular, de negociación colectiva. Sobre ésta, y en aras a

³⁴⁵ *Vid.* al respecto las conclusiones respecto de nuestro país de la Cumbre Europea de 23 y 24 de junio de 2011. Sobre la relevancia de la presión de ambos elementos, Montoya Melgar, A., “La reforma laboral de 2012: los fines y los medios”, en AA.VV. (Montoya, Melgar y García Murica, dir.), Comentario a la reforma laboral de 2011, *Civitas/Thomson Reuters*, 2012, p. 9.

³⁴⁶ Pese a que otra cosa pudiera deducirse del texto normativo, debe subrayarse que en nuestro país, “salvo raras excepciones, el crecimiento de los salarios brutos percibidos por los trabajadores en términos reales en la última década ha sido inferior al crecimiento de la productividad por ocupado (...)”; Pérez Infante, J. I., “La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, V. 29, 2011-2, p. 301.

Con todo, la pretensión es que la fijación de salarial vaya perdiendo su consideración *político social*, esto es, como valor del medio de vida fundamental de la mayoría de la población trabajadora, de manera que responda exclusivamente o al menos de manera preferente, a su vertiente *coste de producción* (y también macroeconómica – aunque sin incluir si quiera aquí tampoco su papel en la *demanda* y por ende en el crecimiento, como recuerdan Bhaduri, A. y Marglin, S., “Unemployment and the real wage: the economic basis for contesting political ideologies”, *Cambridge Journal of Economics*, n. 14, 1990, pp. 375-393).

Adviértase los efectos, en términos de *working poors*, que este fenómeno lleva parejo, ya que es más que posible que en ocasiones el equilibrio oferta-demanda se encuentre por debajo de la exigida suficiencia salarial (art. 35 CE) o incluso de los mínimos vitales. Sobre el desarrollo de este fenómeno desde los años '80; BECK, U., *Un nuevo mundo feliz*, Paidós, 2000, p. 94, y su relación con la pérdida del papel normativo la negociación colectiva en esta materia y por ende, en su función socio-política, *vid.*, Lucifora, C., “Working Poores? An Analysis of Low Wage Employment in Italy”, 1997 (en www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL1997/NDL1997-093.pdf).

concluir la necesidad de una reforma radical de la misma, se califica de obsoleta y alejada así de las necesidades del ámbito empresarial (algunos autores llegan a afirmar que es propia de la época *franquista*³⁴⁷), y por ende, responsable en gran medida de la falta de un mínimo u óptimo nivel de flexibilidad que necesita nuestro mercado de trabajo para no destruir empleo o reducir la segmentación existente (EMM L 3/2012).

En nuestra opinión, esta conclusión es a todas luces una simplicidad o en todo caso, parece carecer de unos mínimos criterios de objetividad³⁴⁸, y por ello parece responder a una idea preconcebida: hacer de la normativa laboral (y a la negociación colectiva en particular) el culpable último de los problemas señalados³⁴⁹. Con ello, además, se pretende ocultar tanto el papel esencial que en la actual situación tienen otros responsables (mercado económico, empresas – y su escasa inversión en innovación –, la banca y la falta de financiación o crédito, etc.), como otros ámbitos de actuación donde debe incidirse (modelo productivo, sistema financiero, etc.)³⁵⁰.

³⁴⁷ Criticando este argumento *per se* para justificar la reforma de la negociación colectiva, Goerlich Peset, J. M., “La reforma de la Negociación Colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios”, en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, MTI, 2008, p. 93.

³⁴⁸ “Muchos de los análisis que ofrece la literatura internacional sobre los efectos macroeconómicos de los diferentes modelos nacionales de negociación colectiva adolecen de una definición heterogénea, con diferentes elementos, del concepto de centralización de la negociación, así como de formas dispares de estimación del parámetro que represente el concepto; habitualmente está definido en una escala ordinal, basándose en muchas apreciaciones subjetivas, interpretativas de la regulación específica, no apoyándose en definiciones previas de sus componentes, susceptibles de cuantificación”; AA.VV. (Ruesga, Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, p. 185.

³⁴⁹ Palomeque López, M. C., “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en AA.VV. (García-Perrote y Mercader, Direc.), *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, 2012, p. 37. En línea con el criticado planteamiento que pretende conectar creación de empleo y norma laboral, en extenso, Lyon-Caen, G., “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”, en AA.VV., *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, 1997, pp. 269 y 270.

³⁵⁰ Ciertamente, como señalábamos más arriba, que la reforma 2012 afirma no que la reforma legal de la normativa laboral permita crear empleo, sino que con ella se pretende crear las condiciones para ello, pero creemos que, por lo que señalamos a lo largo del texto y se infiere de otros apartados de la reforma así como de lo que precisamos en el párrafo siguiente, nada hace pensar que el legislador considere que para dicha creación la reforma laboral sea algo secundario o complementario (como parece inferir de aquella expresión Montoya Melgar, A., *La reforma laboral de 2012...*, *cit.*, p. 13), sino más bien el central en este aspecto.

En este sentido nos parece revelador de lo que tratamos de señalar el contraste que en

En resumen, se concluye, estas reformas son necesarias debido a que la crisis lo que ha evidenciado es que nuestro modelo laboral (regulación) es insostenible y por ende y en gran medida, causante de la situación de desempleo, la cual, reiteramos, precisa encauzarse a través de un cambio profundo de nuestro marco legal.

Sin embargo, debe señalarse que, pese a tales afirmaciones, la realidad es tozuda y expresa a las claras que los problemas de desempleo dependen sobre todo de aspectos que tienen que ver más con el modelo productivo y las políticas macroeconómicas que con la regulación laboral³⁵¹. En este sentido, y en relación a nuestro país, como recuerda Baylos Grau, tal afirmación “(...) no resiste la comparación histórica con los ciclos de creación y destrucción de empleo en nuestro país, ni puede explicar las diferencias abismales entre las distintas regiones españolas en razón del nivel de empleo correspondiente” (*v.gr.*, País Vasco *vs* Andalucía, por ejemplo)³⁵². Y al respecto no debe pasar por alto que en este aluvión de continuas reformas para alcanzar los objetivos que se marcan y nunca se consiguen “está el reconocimiento mismo de su fracaso (...), al tiempo que asienta un modelo económico de baja productividad” (Casas Baamonde)³⁵³.

Por concluir esta introducción, queremos subrayar las trascendencia que todo ello implica³⁵⁴, pues en gran medida viene a querer simplificar el problema para con ello mutar el modelo de manera que los problemas no

este aspecto existe entre la culpabilización y la dureza con la que la E.M.M. L. 3/2012 se refiere al marco laboral como responsable principal de los problemas que nos afectan en términos de desempleo, falta de competitividad de las empresas, etc.; y la nula crítica que al respecto se hace al sistema bancario en el RD-L 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, que son referidos no como responsables de la situación, sino como *víctimas* de la misma.

³⁵¹ Goerlich Peset, J. M., *El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general*, *cit.*, p. 42. Recuérdese que la OCDE (Employment Outlook, 2006, pág. 212) concluyó que “de nuestros análisis de los países de la OCDE podemos afirmar que el impacto de las medidas proteccionistas de empleo es estadísticamente insignificante para explicar el nivel de desempleo en un país de la OCDE”.

³⁵² *Tiempos Difíciles (II) para el Derecho del Trabajo*, 07/02/2012 (en <http://baylos.blogspot.com.es/2012/02/tempos-dificiles-ii-para-el-derecho.html>).

³⁵³ *Discurso de investidura como Doctora Honoris Causa*, Universidad Carlos III, enero de 2012. Sobre ese carácter fallido de las reformas, expresamente, EMM L. 35/2012. Sobre ese carácter fallido de las reformas, también, Ribes Moreno, M. I. y Fernández Allés J. J., “La necesidad de un marco normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulación de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012”, *REDT*, 157, 2013, p. 193

³⁵⁴ Molina Navarete, C., “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercaderes del templo?”, *REF-DTSS*, 340, 2011, pp. 13 y 14.

derivan del sistema de relaciones laborales (cuya configuración depende en última instancia de la complejidad y diversidad de intereses, sujetos y elementos que lo componen, y por tanto, con múltiples “culpables” o “responsables”), sino simplemente del mal funcionamiento del mercado (de trabajo), y en concreto, de la normativa que lo regula³⁵⁵. Se comprende así la afirmación de que la reforma normativa es precisa para alcanzar la gestión eficaz de las relaciones laborales, la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo (EMM L 3/2012). Adviértase que este cambio en la consideración conlleva aceptar que, como en todo mercado, lo esencial para resolver el problema del desempleo es el equilibrio dentro del mismo derivado del libre encuentro entre oferta y demanda, lo que se consigue (en línea con la simplificada visión liberal de la economía) a través del ajuste del precio o coste (en nuestro caso, las condiciones laborales), y si ese equilibrio no llega a producirse es debido a una regulación laboral que lo impide o dificulta en gran medida³⁵⁶.

Se entiende así la afirmación contenida en Ley 3/2012 (EMM), de que, por un lado, el problema de la competitividad de las empresas españolas se resuelve facilitando (a través de la norma) la reducción de costes (laborales)³⁵⁷, y por otro, que las reformas normativas en las instituciones laborales (particularmente la regulación en materia de negociación colectiva) han de servir al objetivo de que las mismas sean un instrumento de adaptabilidad para facilitar el desempeño empresarial y por ende, concluyen, para crear empleo³⁵⁸.

2. Breves apuntes sobre los aspectos reformados

Conviene comenzar subrayando que la necesidad de cambios en el marco

³⁵⁵ Este cambio corre paralelo de la diferencia entre empleo y trabajo que tan acertadamente expresara Lyon Caen (citado en Raso Delgue, J., *Derecho del Trabajo y Derecho del Empleo: de la protección del trabajo subordinado a la tutela de los trabajos* (en www.sindominio.net/afe/dos_rentabasica/dertrabajo.pdf). Y en este sentido, no debe pasar por alto en nuestro país el cambio nominal del Ministerio de Trabajo a Ministerio de Empleo.

³⁵⁶ *Vid.* al respecto FEDEA, *Propuesta para la Reactivación Laboral en España*, mayo de 2009.

³⁵⁷ Con una crítica rotunda al respecto, afirma Valdés Dal-Ré (“La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *RL*, 23-24, 2012, p. 254): “no parece aventurado afirmar que la reforma de 2012 ha recuperado esa cruel, devastadora y avejentada práctica del *dumping social*”

³⁵⁸ Criticando esta visión del Derecho del Trabajo, Lyon-Caen, G., “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”, en AA.VV., *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, 1997, pp. 269 y 270.

de la negociación colectiva venía siendo admitido y diagnosticado desde hacía tiempo por los propios agentes socioeconómicos³⁵⁹. De ahí que también nos resulte “especialmente llamativo que haya sido la primera ocasión, dentro de nuestra larga experiencia de reformas laborales, en la que el Gobierno no ha abierto un previo proceso de consultas, ni siquiera de información, a las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos, contenidos y efectos de las medidas que se contienen en (la reforma de 2012), especialmente cuando se trata de medidas cuya efectividad depende en gran medida de las actitudes posteriores de quienes las aplican y de quienes negocian los convenios colectivos”³⁶⁰. Tanto más criticable si, a diferencia de lo sucedido en las reformas de 2011 y 2012, en esta ocasión se disponía de propuestas consensuadas por patronal y sindicatos en aspectos clave de la reforma (v.gr., estructura, flexibilidad interna, etc.), y sobre las que además hacen una declaración expresa considerando que corresponden “fundamentalmente al espacio bilateral de negociación”³⁶¹.

En todo caso, como sabemos, la reforma de 2012 entra también en esas materias pero obviando dichos acuerdos bipartitos, y lo hace, como en las anteriores reformas, no tanto a través de una regulación directa (si bien en algunas cuestiones sí impone normas de derecho necesario absoluto)³⁶², sino mediante una regulación legal supletoria, que en todo caso favorece el ámbito y poder empresarial, consciente quizás, por un lado, de la dificultad de una intervención legal más directa como consecuencia de los importantes límites constitucionales en este ámbito (particularmente, el derecho a la autonomía colectiva); y por otro, que en la práctica y como ha

³⁵⁹ Vid. *Declaración para el Dialogo Social 2004. Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social*, julio de 2004, especialmente, III-11. También, Olarte Encabo, S., “La reforma legal de la negociación colectiva y el cambio de modelo productivo”, en AA.VV. (Castiñeira, Coord.), *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, 48, 2011, p. 238.

³⁶⁰ Cruz Villalón, J., *Una profunda reforma laboral* (en <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es/2012/02/una-profunda-reforma-laboral.html>). En la misma línea, Goerlich Peset, J. M., *El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general*, *cit.*, p. 15.

³⁶¹ Vid. *Acuerdos bilaterales (Documento sobre el diálogo social bipartito entre el 9 de noviembre de 2011 y el 9 de enero de 2012)* y *II AINC 2012-2014* (BOE 06/02/2012). Adviértase que con ellos se evidenciaba una aceptación implícita de los objetivos y planteamientos planteados por el RD-L. 7/2011, al menos en materias tan relevantes como estructura y contenidos (en especial, el impulso de la flexibilidad interna). También, Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, 57, 2012, pp. 10 y 11.

³⁶² Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, *cit.*, pp. 229 y 230.

venido constatándose, esa supletoriedad de la solución legal deviene en la práctica en la regulación aplicable³⁶³. En definitiva y en línea con lo señalado más arriba sobre el nuevo objeto del Derecho del Trabajo (en este caso, en materia de negociación colectiva), lo que en gran medida hace la reforma es cambiar el centro de atención de la norma laboral, preferenciando ahora el interés empresarial en lo que antes se establecía – también supletariamente – en favor de la parte social³⁶⁴.

Entrando en las materias concretas sobre las que las reformas de 2010-2012 han operado, y en línea con el consensado diagnóstico sobre cuáles son los elementos esenciales de la negociación colectiva que precisaban de reforma, se incide en: estructura de la negociación colectiva y reglas de concurrencia; legitimación negocial, con la finalidad de resolver el problema de la falta de adecuación de las reglas existentes a la realidad empresarial, económica (sectores emergentes) y de organización de la producción (ante el desarrollo de la descentralización); el proceso negociador, ante el interés por favorecer procesos más dinámicos de negociación y de rápida adaptación de lo negociado a la realidad cambiante³⁶⁵; y su contenido, para resolver lo que entiende como falta de un óptimo nivel de flexibilidad y adaptabilidad a la concreta realidad empresarial. En esta materia también cobra especial interés la función que se pretende para los instrumentos y procedimientos extrajudiciales de

³⁶³ Cruz Villalón, J., “*Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva*”, cit., pág.33.

³⁶⁴ Valdés Dal-Ré, F. “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”, cit., pp. 253 y 254. Como muestra, puede verse el claro efecto advertido en el reducido número de convenios renovados desde estas reformas (2010-2012), lo que parece explicarse por el interés empresarial en no renegociar y esperar a que concluyan los periodos de ultraactividad o forzar con ello una mejor posición por su parte (no en vano se constata que el incremento salarial en los convenios nuevos es sensiblemente inferior – menos de la mitad – a los renovados, vid. UGT, *Informe de situación de la negociación colectiva hasta diciembre 2012* 2013, pp. 2 y 3), con lo que además, en este caso, lejos de favorecer lo que se afirma en ellas pretender (una negociación dinámica ágil y rápida), lo que se está provocando es precisamente un vacío de regulación colectiva, que viene afectando a un creciente número de trabajadores (vid. *Informe Estadístico de la Negociación Colectiva en Andalucía* 4, 2012, CARL, pp. 6 y 7). No nos parece razón suficiente acharar esa disminución a una mera continuidad de la tendencia derivada de la crisis (como se señala en el Boletín del Observatorio de la negociación colectiva, nn. 36 y 37, CCNCC-MESS, 2012, p. 2), por cuanto que si se observan con detenimiento los datos se constata una caída sin parangón tras 2011, por lo que parece razonable entender que debería pensarse en otras causas adicionales. Diversos autores han destacado que el sistema anterior, pese a sus problemas, trajo consigo importantes beneficios en términos de paz social o escasa conflictividad social, moderación salarial, etc.; en extenso, AA.VV. (Ruesga, Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, especialmente, pp. 185 y ss.

³⁶⁵ Vid. nota anterior (22).

solución de conflictos, y que no iría tanto en la lógica de que las partes resuelvan sus discrepancias y favorecer así la autocomposición, sino facilitar la decisión empresarial; lo que sin duda puede dañar la credibilidad de aquellos³⁶⁶.

De manera muy resumida, señalan las normas reformadoras, se pretende, por un lado, superar la criticada atomización y descoordinación entre las diversas unidades de negociación, y por otro, favorecer la descentralización y particularmente, el nivel empresarial, y para ello además se excluye la posibilidad de que los agentes socioeconómicos con representatividad puedan cambiar esa orientación, por entender (EMM L. 3/2012) que se trata de aquella que mejor permite velar por la defensa productividad tal y como deriva del art. 38 CE, y en definitiva, porque subyace la idea de que se trata de un modelo más eficiente³⁶⁷.

Adviértase que, de esta forma, se configura el ámbito empresarial como un espacio autosuficiente en la regulación de las relaciones laborales, ajeno a intervenciones externas (legales, administrativos y en particular, vía convenios – provinciales – sectoriales, que han de perder su actual centralidad)³⁶⁸, al entender que es la mejor manera de favorecer la tan manida adaptabilidad-flexibilidad³⁶⁹. Sin embargo, habría que señalar varias cuestiones que me parecen de especial relevancia en estos momentos: por un lado, que no existe ninguna evidencia que acredite que una mayor descentralización como la impuesta (empresarial) pueda “conferir al

³⁶⁶ Sánchez Trigueros, C. y Sempere Navarro, A. V., “Caracterización formal del Real Decreto-Ley”, en “Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio”, *AS*, 5, 2011 (BIB 2011/1156). No puede pasar por alto en este sentido la poca consideración que la reforma de 2012 hace del importante esfuerzo de los negociadores en esta materia, plasmado en el V ASAC, ya que pese a ser firmado antes (7 de febrero) de dicha reforma, desconoce los resultados ahí alcanzados; Valdés Dal-Ré, F., “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”, *cit.*, pp. 238.

³⁶⁷ Resumiendo las tesis que lo sustentan, Izquierdo M., Jimeno, J. F., Thomas C., “La relación entre el grado de centralización de la negociación colectiva y la tasa de desempleo: nuevos resultados”, *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2012, pp. 60 y ss.

³⁶⁸ De forma más gráfica y contundente, se afirma que con este planteamiento se está “rescatando del baúl de la memoria (...) la figura del empresario como el “Señor de su casa”, en principio propio de sistema autoritarios y que se suponía desterrado en nuestro marco constitucional con la cláusula del art. 1.1 CE del Estado social y democrático de Derecho, Valdés Dal-Ré, F., “*La reforma de la negociación colectiva de 2012*”, *RL*, 23-24, 2012, p. 223.

³⁶⁹ Merino Segovia, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *RDS*, 57, 2012, pp. 250 y 252.

sistema un mayor grado de eficiencia en términos macroeconómicos”³⁷⁰. Por otro lado, que teniendo en cuenta la dimensión general de las plantillas de nuestro país (85% de las empresas tienen menos de 10 trabajadores y el 75% menos de 5), posiblemente podamos concluir que el convenio de empresa no es una solución real (para dar cobertura cierta a empresas y, particularmente, trabajadores afectados)³⁷¹, y si a ello añadimos que el mecanismo de representación ad hoc de los trabajadores previsto de manera general para proceder a derogaciones de acuerdos o convenios colectivos en empresas que carezcan de representantes legales (art. 41.4 LET) no responde a la idea de contrapoder colectivo (al punto que ni siquiera se les reconocen derechos de información y garantías para quienes negocian)³⁷²; parece acertado concluir que el carácter de negociada de dicha flexibilidad sólo podría llevarse a cabo realmente en la mayoría de casos, desde el nivel sectorial (si bien como señalaremos posteriormente, con la regulación de 2012 no se pretende ya que la flexibilidad sea negociada). Y en la misma línea, debe señalarse que es difícilmente aceptable que se pretenda potenciar ese dinamismo negocial y la ágil respuesta de los negociadores, por cuanto que, por ejemplo, la regulación de los plazos en los que deben tener lugar los procedimientos de consultas en los procesos de reestructuración (modificación sustancial, descuelgue, despido colectivo, etc.), hacen que quede más que cuestionado que realmente puedan permitir tal negociación (Escudero Rodríguez)³⁷³. Obviamente, a nadie escapa que este profundo cambio va a suponer, entre otros aspectos, por un lado, una mayor dificultad en el gobierno de nuestro sistema de relaciones laborales ante el previsible desarrollo de una fuerte atomización negocial (que es ya un problema en nuestro modelo,

³⁷⁰ AA.VV. (Ruesga, Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, especialmente, p. 185; y Molina Navarrete, C., “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, *Estatuto del Trabajo Subordinado*”, *CEF-RTSS*, n. 348, 2012, pp. 141 y 142.

³⁷¹ A modo de ejemplo y gráficamente, pueden verse los datos del *Informe Estadístico de la Negociación Colectiva en Andalucía* n. 4, 2012, CARL, p. 12 (en www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=d2bd3f7c-a662-43c6-94f0-0ad2057002ae&groupId=10128).

³⁷² Navarro Nieto, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *cit.* Concluyendo que con este sistema de representación *ad hoc* de los trabajadores en la empresa se “hace presumible una menor oposición al acuerdo de inaplicación hasta casi hacer desaparecer a una de las partes (señaladamente la laboral)”; Guerrero Vizueté, E., “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 33, 2013, p. 106.

³⁷³ Escudero Rodríguez, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV. (Escudero, Coord.), *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Ed. Cinca, 2012.

vid. EMM RD-L 7/2011), y paralelo a ello, una menor eficacia de los denominados “pactos en la cumbre”, esenciales para favorecer un cierto nivel de estabilidad macroeconómica que tan buenos resultados se afirma han conseguido³⁷⁴. Y por otro lado, no sólo una nueva crisis – quizás definitiva – del valor normativo del convenio estatutario, sino incluso el de la propia eficacia jurídica de la negociación colectiva en general (art. 37 CE – también en relación al art. 28 CE –)³⁷⁵, ya que se admitirá la alterabilidad esencial del mismo por otras fuentes y otros sujetos (incluso por decisión unilateral del empresario y sin que tan sí quiera sea preciso ya la apertura de un periodo de consultas, ex art. 41.2 LETI)³⁷⁶.

3. *¿Quo vadis negociación colectiva?*

Si bien no se llega a explicitar, de lo señalado hasta el momento podemos concluir que, desde nuestro punto de vista, las reformas operadas pretenden en el fondo mutar el modelo constitucional (Baylos Grau) tanto de relaciones laborales en general (participadas, ex art. 129 CE), como de negociación colectiva en particular, que no olvidemos parte de la idea de promoción de la autonomía colectiva (en todas sus manifestaciones: autoorganización, art. 7 y 28.1 CE; autonormación, art. 37 CE; y autotutela, arts. 28.2 y 37.2 CE), y en especial del fenómeno sindical (ex

³⁷⁴ AA.VV. (Ruesga, coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, cit., pp. 185 y 186.

³⁷⁵ Vid. Valdés Dal-Ré, F., “La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada”, *R.L.*, nn. 21 (I), y 22 (II), 2004.

³⁷⁶ Respecto a la posible modificación unilateral de lo contenido en pactos colectivos (incluidos los convenios extraestatutarios) distintos a los convenios estatutarios o los acuerdos de empresa supletorios de los mismos – favorable, Llano Sánchez, M., “La negociación colectiva, en AA.VV. (Montoya y García, Coord.), cit., p. 348 –, vid. la crítica a la jurisprudencia (y doctrina) al respecto (enredada quizás en una errada mezcla entre eficacia y naturaleza jurídica, Valdés Dal-Ré, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, 2012, especialmente pp. 90 y ss.), en Román De La Torres, M. D., *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Comares, 2000, pp. 107 y ss., y Gutiérrez-Solar Calvo, B., “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario”, *REDT*, 94, 1999, pp. 221 y ss. Con el nuevo sistema se traspasan las *líneas rojas* que sobre la cuestión del alcance en la modificación del convenio preveían incluso los defensores de un modelo descentralizado y flexible: modificar vía acuerdo de empresa lo previamente pactado en un convenio de dicho ámbito, o utilizar dicho instrumento para de manera sistemática alterar lo pactado en convenio o pacto supraempresarial; por todos, Durán López, F., “Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”, *Economía y Sociología del Trabajo*, 18, 1992, pp. 13 y 14.

conexión del art. 7 y 28 CE)³⁷⁷.

Dicho modelo constitucional viene a subrayar, en nuestra opinión, los valores o elementos definidores de la negociación colectiva en nuestro país (Molina Navarrete), de manera que la misma no puede considerarse sólo como una institución más al servicio del correcto funcionamiento del mercado (de trabajo), como parecen reflejar las recientes reformas (particularmente la reforma de 2012, que la considera una pieza/instrumento de dicho mercado), al punto de procurar que la función principal de la misma sea la eficiencia económica y la gestión flexible del trabajo, esto es, mejorar la competitividad y productividad empresarial³⁷⁸. Frente a ello, como decimos, pensamos que el referido modelo constitucional la concibe de manera más amplia, como un sistema social, donde su necesaria atención a la eficiencia, no debe olvidar sus funciones básicas: favorecedor de la cohesión y la paz social, y distributiva, esto es, reflejo de un pacto entre partes con intereses propios (arts. 7 CE, y 37 CE) y en pro del desarrollo social, entendido éste como mejora de los derechos y posición sociolaboral de los trabajadores³⁷⁹; lo que tradicionalmente suponía que a través de tal instrumento se garantiza que la competencia entre empresas no lo sea sobre la base de los costes laborales (Durán López). Funciones estas que se venían garantizando de algún modo a través de una cierta estabilidad y uniformización de las condiciones de trabajo y el reconocimiento de una fuerte eficacia del instrumento negocial³⁸⁰.

En definitiva, queremos subrayar que nuestro modelo constitucional afirma el protagonismo de la negociación colectiva en materia laboral y la potenciación y ampliación permanente de los ámbitos de actuación de la misma en detrimento del intervencionismo legal³⁸¹. Y precisamente en las

³⁷⁷ Baylos Grau, A., *¿Defender los derechos laborales es franquista?* (en <http://baylos.blogspot.com.es/2012/02/defender-los-derechos-laborales-es.html>). A modo de ejemplo, vid. STC 74/1996, de 30 de abril. También, Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *cit.*, pp. 252-253, y López López, J., “Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y Comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)”, en AA.VV. (Baylos, Coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Bomarzo, 2012, p. 52 y ss.

³⁷⁸ Molina Navarrete, C., “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último ‘botín’ de los mercaderes del templo?”, *RTSS*, 340, 2011.

³⁷⁹ Vid. AA.VV. (Ruesga, Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, especialmente, pp. 185 y ss.

³⁸⁰ Durán López, F., “Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”, *Economía y Sociología del Trabajo*, 18, 1992, p. 8.

³⁸¹ Valdés Dal-Ré, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, 2012, pp. 7-9.

circunstancias actuales, debe reiterarse la centralidad de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo, ya que no debemos olvidar que es ella la que ocupa espacios y papeles que hasta tiempos recientes realizaba la ley.

Ciertamente, para entender esta última afirmación consideramos importante recordar ahora el carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, pues si bien, por un lado, pretende la tutela o más acertadamente, un mínimo equilibrio ente los contratantes de la relación laboral a través del reconocimiento de ciertos derechos mínimos a la parte contratante débil (v.gr., arts. 35 y 28 CE); por otro lado, también viene a garantizar y legitimar el sistema de producción capitalista y por ende, el trabajo por cuenta ajena (v.gr., art. 38 CE). Al respecto, debemos subrayar cómo en los últimos años asistimos a la pérdida del protagonismo de la norma laboral “en cuanto instrumento central de la tutela del trabajo dependiente”³⁸², lo que se ve intensificado por el progresivo “desplazamiento del objeto del tradicional Derecho del Trabajo, la tutela del trabajo, a la tutela de la empresa y de la *productividad*” (como se observa, por ejemplo, en la alegación que la EMM IV L. 3/2012 hace para justificar el arbitraje obligatorio en caso de no alcanzar acuerdo para la inaplicación del convenio – art. 82.3 LET –: la necesidad de que los poderes públicos velen por la productividad ex art. 38 CE)³⁸³.

Consecuentemente, tras el repliegue legal en la determinación de las concretas condiciones de trabajo, las exigencias de seguridad jurídica y de cobertura o tutela concreta se plasman no tanto en la ley cuanto por la negociación colectiva³⁸⁴. Adviértase pues el problema que originan unas reformas que también permiten dejar sin efecto real lo pactado en convenio.

Y junto a ello, los referidos cambios en esta materia suponen potenciar la función “gestional” (organización del trabajo) o contractual de la negociación colectiva, en detrimento de su función homogeneizadora-normativa, justificándose en lo que viene siendo un lugar común: la crítica a nuestro sistema de negociación por ser responsable en gran medida de la falta de un nivel adecuado de flexibilidad que precisan las empresas – y

³⁸² Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, 57, 2012, p. 9.

³⁸³ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., *Flexibilidad interna y externa...*, *cit.*, y Rodríguez-Piñero, M., Valdés, F., Casas, M. E., “La nueva reforma laboral”, *RL* 5, 2012, pp. 3 y 4.

³⁸⁴ Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en AA.VV. (García-Perrote y Mercader, dir.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2011, p. 20.

por ende, afirman, del mantenimiento del empleo –. Y es precisamente por ello, se concluye, que los cambios que se introducen en su configuración “responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa” (EMM IV L. 3/2012).

No obstante, pese a esta crítica, los estudios que superan la mera generalización y una visión simplista de la negociación colectiva tienden a concluir, en contraposición al ya señalado consenso en su diagnóstico que afirman las reformas laborales, tanto una valoración positiva de su papel³⁸⁵, como un cuestionamiento respecto a la generalización de ciertas críticas al modelo negocial³⁸⁶, y confirman la existencia de una diversidad de situaciones en cuanto a la asunción de los cometidos que se le reclaman (cambios en la estructura, contenidos y funciones). Con lo señalado queremos simplemente subrayar que lo que se observa o concluye es que la norma no es la que principalmente condiciona los resultados, sino sobre todo la cultura negocial de los concretos agentes socioeconómicos³⁸⁷.

Ciertamente, nuestra negociación colectiva, con las diferencias y limitaciones señaladas, va asumiendo progresivamente (particularmente desde las reformas de 1994)³⁸⁸ esas nuevas funciones de acomodación (adaptabilidad) de la organización del trabajo a las cambiantes y concretas circunstancias empresariales³⁸⁹, lo que se traduce en un cierto protagonismo de este ámbito o nivel negocial³⁹⁰. Ahora bien dichas funciones flexibilizadoras habían sido llevadas a cabo, en menor medida al menos hasta ahora, vía convenio de empresa y sobre todo, a través del mecanismo de los acuerdos de empresa (descuelgue o modificación de las

³⁸⁵ Cruz Villalón, J., *Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011*, cit., p. 20; y Molina Navarrete, C., “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último ‘botín’ de los mercaderes del templo?”, *RTSS*, 340, 2011, pp. 38 y 39.

³⁸⁶ AA.VV. (Ruesga, coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, especialmente, pp. 183-185. De opinión contraria, afirmando que “nada ha cambiado”, Mercader Uguina, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en AA.VV. (García-Perrote y Mercader, dir.), *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2011, pp. 72 y 73.

³⁸⁷ Sala Franco, T., “La reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, cit., p. 44; y Navarro Nieto, F., *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Bomarzo, 2009, pp. 83 y ss.

³⁸⁸ Las razones para ello, *vid.* Durán López, F., *Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales*, cit., p. 9.

³⁸⁹ A modo de resumen, Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, cit., pp. 226 y 227.

³⁹⁰ Al respecto, Montoya Melgar, A., *La reforma laboral de 2012...*, cit., pp. 13 y ss.

condiciones de trabajo)³⁹¹; lo que por otro lado, ha supuesto una importante crisis del valor normativo del convenio estatutario, de su equilibrio interno – ya que vía acuerdo puede ser derogado en las más importantes materias –, y en definitiva, de su eficacia jurídica (fuerza vinculante, art. 37 CE)³⁹².

Dicho modelo se ha visto profundizado en las últimas reformas, de manera que si bien inicialmente esos acuerdos derogatorios de la norma convencional se admitían de manera excepcional, al objeto de atender a empresas en circunstancias especiales (dificultades reales o crisis), progresivamente ha ido reduciendo garantías y límites y ampliando las materias y circunstancias que justifican tal derogación (desde meras dificultades en el funcionamiento de la empresa, a simplemente evitar con ello problemas sobre el empleo en la empresa), hasta el punto de llegar a poder admitirse incluso en situaciones de gestión ordinaria, o al menos sin necesidad de que existan problemas actuales (carácter preventivo)³⁹³. Y junto a ello, la centralidad y preferencia del convenio empresarial, inmune a actuaciones externas vía art. 83.2 LET en materias o condiciones de trabajo clave (de gestión y organización del trabajo), se explica nuevamente para con ello permitir su rápido y continuo cambio en su contenido (en cualquier momento y con independencia de que exista cobertura convencional supraempresarial), y deviene en complemento añadido a esa función para aquellas estructuras empresariales que puedan alcanzarlos.

Se constata así una tendencia de convergencia (particularmente en la reforma de 2012) entre la denominada negociación colectiva formal o institucional (convenio colectivo), y la informal (vía acuerdos de empresa modificativos del convenio)³⁹⁴, en aras a favorecer en todas ellas la función

³⁹¹ Llano Sánchez, M., *La negociación colectiva*, cit., p. 354.

³⁹² Sobre el alcance de esta expresión a raíz de un reciente pronunciamiento del TC; García Murcia, J., “Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011”, *REDT*, n. 157, 2013, pp. 270 y ss.

³⁹³ *Vid.* Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, cit., pp. 234 y ss. También, Merino Segovia, A., *La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012...*, cit., p. 252.

³⁹⁴ Adviértase, en este sentido, que el procedimiento previsto en el reformado art. 41 LET no puede ser calificado en sentido estricto de negociación colectiva -a diferencia del previsto en el art. 82.3 LET-, sino de mera participación de los trabajadores en la empresa (STC 92/1992). Ciertamente, entendida la participación en su sentido genuino, lo previsto en el art. 41 LET respecto a las modificaciones colectivas no alcanza tal consideración ya que no deja de ser un mero mecanismo de información y consultas. Sobre estos conceptos, Pedrazzoli, M., “Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un’idea”, *RIDL*, n. 4, 2005, pp. 437 y ss.

organizacional, gerencial o contractual propia del llamado “modelo convencional productivista”³⁹⁵.

En definitiva, la lógica de las reformas podría ser resumida en los siguientes términos: la negociación colectiva debe actuar principalmente como un instrumento al servicio del interés empresarial, pues con ello “se espera una mejora en la economía que permitirá a las empresas crear y mantener empleo”³⁹⁶. De este modo, partiendo de una realidad profundamente inestable, debido a las llamadas circunstancias cambiantes del mercado, la conclusión será un sistema negocial cuyas manifestaciones (particularmente el convenio colectivo), sean igualmente inestables, variables, flexibles y menos controladoras/limitadoras del poder empresarial, al objeto de servir más adecuadamente a su pretendida función protagónica, esta es, la organizacional o gerencial³⁹⁷. Como reverso de todo ello, pierde centralidad la función normativa y distributiva³⁹⁸, y por ende los efectos que de ella se derivan: cohesión y paz social (procurando que el conflicto capital trabajo se mantenga dentro de unos límites aceptables), y que el coste (condiciones) del trabajo no sea un elemento para la competencia entre las empresas³⁹⁹. En conclusión, supone un cuestionamiento claro de “la función primigenia de la negociación colectiva”, hasta el punto de que la flexibilidad, como criterio de orientación de las reformas, “acaba por incidir profundamente en la

³⁹⁵ Molina Navarrete, C., *La decretada reforma de la negociación colectiva...*, cit., pp. 30 y 31.

³⁹⁶ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., *Flexibilidad interna y externa...*, cit.

³⁹⁷ Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, cit., pp. 225 y ss.

³⁹⁸ Fenómeno que con especial incidencia acontece paralelamente o con mayor incidencia, en países como Italia; Romagnoli, U., *Perché l'articolo 8 è una norma da cancellare* (en www.inchiestaonline.it/lavoro-e-sindacato/umberto-romagnoli-%c2%abperche-l%e2%80%99art-8-e-una-norma-da-cancellare%c2%bb/); y *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro* (en www.dirittisocialiecittadinanza.org/Documenti/Dalla%20cancellazione%20dell%27art.8%20alla%20ricostruzione%20del%20diritto%20del%20lavoro.pdf).

³⁹⁹ Molina Navarrete, C., “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, *Estatuto del Trabajo Subordinado*”, *CEF-RTSS*, n. 348, 2012, p. 125. Y Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, cit., pp. 225 y 226.

No deja de ser revelador de lo pretendido el hecho de que a partir de los años '80, precisamente cuando mayor desarrollo comienza a tener esta función gerencial de la negociación colectiva, se produce una creciente caída de la participación de las rentas del trabajo en relación a la renta nacional (que en España pasó del 60% a representar en torno al 45% en el año 2009), fenómeno que además corre paralelo a la creciente desigualdad salarial entre niveles profesionales y entre sexos. En extenso, OIT, *Informe mundial sobre salarios 2010/2011. Políticas salariales en tiempos de crisis*, 2010, especialmente, pp. 26 y ss. y 39 y ss. Sobre este particular, debemos subrayar el papel de la negociación colectiva como corrector de esos efectos y AA.VV. (Ruesga, Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010, especialmente, pp. 186 y ss.

morfología del sistema, en su marco institucional, en las funciones del sistema negocial y en el sistema normativo”⁴⁰⁰.

Obviamente, este cambio, como ya hemos adelantado, corre paralelo a considerar que existe un interés objetivo que merece una especial tutela y sobre el que debe gravitar la norma laboral (incluido el convenio): la competitividad y la adaptabilidad, que deja así de considerarse interés de parte (empresarial), para elevarse a la categoría de general (ex art. 38 CE), y que por tanto, justifica el sacrificio de los intereses propios (que a estos efectos, se refiere a los que pretendería defender el sindicato, art. 7 CE – y en general, los representantes de los trabajadores ex arts. 37 y 129 CE –)⁴⁰¹.

Siendo pues ese interés, ahora general, digno de tutela preferente, se explicará que se elimine lo que lo limite u obstaculice (v.gr., excluyendo la intervención pública o impulsando mecanismos que impidan el bloqueo de la decisión empresarial en caso de que sea precisa la aquiescencia de los representantes de los trabajadores); y al mismo tiempo, el fortalecimiento de todo aquello que mejor permita su cumplimiento (el poder unilateral del empresario)⁴⁰².

Adviértase también el cambio en este aspecto, pues frente quienes consideraban que la flexibilidad supondría un aumento de las fórmulas de participación de los trabajadores y por tanto, un sistema de relaciones de trabajo más libre y participativo⁴⁰³ (dando lugar a la llamada flexibilidad negociada – así denominada expresamente en las reformas de 2010 y 2011–); lo cierto es que, de nuevo, la tozuda realidad, expresada en el L. 3/2012, prescindiendo de tal calificativo (negociada), “incrementa el riesgo de la ausencia de un contrapoder colectivo en las pequeñas

⁴⁰⁰ Navarro Nieto, F., *La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*, Ponencia en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Donosti, 17 y 18 de mayo de 2012.

⁴⁰¹ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., *Flexibilidad interna y externa...*, *cit.* Adviértase que el pleno desarrollo de la libertad sindical (art. 28 CE) comporta la garantía de su actividad negocial, que presupone la existencia de intereses contrapuestos, y este aspecto queda claramente en peligro desde el momento en que la exigida colaboración en la gestión empresarial se basa en la tutela y unilateralidad del interés empresarial; Pedrazzoli, M., “Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un’idea”, *RIDL*, n. 4, 2005, p. 446.

⁴⁰² Sería también aplicable en nuestro caso la idea de que “(...) Il diritto dei lavoratori di partecipare alla gestione delle aziende si è impercettibilmente mutato nel diritto di collaborare alla gestione delle aziende”, Pedrazzoli, M., *Partecipazione, costituzione economica...*, *cit.*, p. 443.

⁴⁰³ Durán López, F., “El futuro del Derecho del Trabajo”, *REDT*, n. 78, 1996, pp. 609 y ss.

empresas en los procesos de gestión de la flexibilidad”⁴⁰⁴, y en gran medida confía tal flexibilidad, esencialmente, al poder unilateral del titular de la empresa⁴⁰⁵.

Para concluir, reiteramos que desde nuestro punto de vista el nuevo modelo reformista subraya la preponderancia del papel de la negociación colectiva como instrumento para la gestión (flexible) de las relaciones de trabajo⁴⁰⁶, con el consiguiente debilitamiento de su hegemonía y centralidad en el gobierno de las relaciones laborales, al quedar sometido a una constante inestabilidad y vulnerabilidad (e incluso la ruptura de su equilibrio interno)⁴⁰⁷. Añádase además a lo indicado que las continuas reformas de los últimos años no han establecido un equilibrio mínimo entre la denominada flexibilidad interna y la de los extremos (de entrada, contratación, y de salida, despido), ya que se han favorecido ambas y singularmente el papel del poder empresarial en ellas, y ante esta circunstancia cabe plantearse cómo pudiera ser negociada tal flexibilidad, pues no queda espacio para el tradicional intercambio entre los sujetos colectivos (v.gr., más flexibilidad interna a cambio de menor flexibilidad en los márgenes)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Navarro Nieto, F., La reforma del marco normativo de la negociación colectiva, *cit.*

⁴⁰⁵ Palomeque López, M. C., *La versión política 2012...*, *cit.*, pp. 47 a 49; y Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *RL*, nn. 23-24, 2012, pp. 222 y 223. También, Llano Sánchez, M., “La negociación colectiva”, en AA.VV. (Montoya y García, Coord.), *cit.*, p. 346.

Como señalara Rodríguez Crespo (*La administración del convenio colectivo*, CES-Andalucía, 2006, p. 30): “*La potenciación del mecanismo de colaboración pasa por la imposibilidad de reintroducir la discrecionalidad empresarial en el ámbito de las relaciones laborales, dejando siempre al margen de las decisiones de gobierno a la autonomía individual*”.

⁴⁰⁶ Vid. especialmente, E.MM. IV de la L. 3/2012. Favorable a este rol del convenio, Durán López, F., “Prologo” al libro de Rodríguez Crespo, M.J., *La administración del convenio colectivo*, CES-Andalucía, 2006, p. 19.

⁴⁰⁷ Y como efecto práctico de lo afirmado, un evidente empeoramiento de las condiciones de trabajo, Escudero Rodríguez, R., “Una propuesta de análisis sistemático y periódico de la negociación colectiva”, *RL*, 2005-I.

⁴⁰⁸ Valdés Dal-Ré, F. y Lahera Forteza, J., *La flexiseguridad laboral en España*, Fundación Alternativas, 2010, p. 49 (en www.falternativas.org/en/content/download/14088/423097/version/4/file/Doc157.pdf).

4. Bibliografía

- Baylos Grau, A., *¿Defender los derechos laborales es franquista?* (en <http://baylos.blogspot.com.es/2012/02/defender-los-derechos-laborales-es.html>).
- Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, n. 57, 2012.
- Beck, U., *Un nuevo mundo feliz*, Paidós, 2000, p. 94.
- Bhaduri, A. y Marglin, S., “Unemployment and the real wage: the economic basis for contesting political ideologies”, *Cambridge Journal of Economics*, n. 14, 1990, pp. 375-393).
- Cruz Villalón, J., *Una profunda reforma laboral* (en <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es/2012/02/una-profunda-reforma-laboral.html>).
- Durán López, F., “El futuro del Derecho del Trabajo”, *REDT*, n. 78, 1996, pp. 609 y ss.
- Durán López, F., “Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”, *Economía y Sociología del Trabajo*, n. 18, 1992.
- Escudero Rodríguez, R., *El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva*, Ed. Cinca, 2012.
- Escudero Rodríguez, R., “Una propuesta de análisis sistemático y periódico de la negociación colectiva”, *RL*, 2005-I.
- García Murcia, J., “Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011”, *REDT*, n. 157, 2013, pp. 270 y ss.
- Guerrero Vizuete, E., “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 33, 2013, p. 106.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B., “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos extraestatutarios: un aspecto más de la conflictiva figura del convenio colectivo extraestatutario”, *REDT*, n. 94, 1999.
- Izquierdo M., Jimeno, J. F., Thomas C., “La relación entre el grado de centralización de la negociación colectiva y la tasa de desempleo: nuevos resultados”, *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2012, p. 60 y ss.
- Lucifora, C., *Working Pooors? An Analysis of Low Wage Employment in Italy*, 1997 (en www.feem.it/userfiles/attach/Publication/NDL1997/NDL1997-093.pdf)

- Lyon-Caen, G., “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”, en AA.VV., *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, 1997, pp. 269 y 270.
- Lyon-Caen, G., “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”, en AA.VV., *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, 1997, págs. 269 y 270.
- Merino Segovia, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: Las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *RDS*, n. 57, 2012, pp. 250 y 252.
- Molina Navarete, C., “La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercaderes del templo?”, *REF-DTSS*, n. 340, 2011, pp. 13 y 14.
- Molina Navarrete, C., “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, Estatuto del Trabajo Subordinado”, *CEF-RTSS*, n. 348, 2012, p. 125.
- Navarro Nieto, F., *La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*, Ponencia en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Donosti, 17 y 18 de mayo de 2012.
- Olarte Encabo, S., “La reforma legal de la negociación colectiva y el cambio de modelo productivo”, en AA.VV. (Castiñeira, coord.), *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, n. 48, 2011, p. 238.
- Palomeque López, M. C., “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Direc.), *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, 2012.
- Pedrazzoli, M., “Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un’idea”, *RIDL*, n. 4, 2005.
- Pérez Infante, J. I., “La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, V. 29, n. 2, 2011.
- Ribes Moreno, M. I. y Fernández Allés J. J., “La necesidad de un marco normativo integrado de relaciones laborales: a propósito de la nueva regulación de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012”, *REDT*, n. 157, 2013, p. 193.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, n. 7833, 2012.
- Román De La Torres, M. D., *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Comares, 2000.

- Sánchez Trigueros, C. y Sempere Navarro, A. V., “Caracterización formal del Real Decreto-Ley”, en “Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio”, *AS* n. 5, 2011 (BIB 2011/1156).
- Ruesga Benito, S. M. (Coord.), *Análisis económico de la negociación colectiva*, CCNCC-MTI, 2010.
- Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *RL*, nn. 23-24, 2012.
- Valdés Dal-Ré, F., “La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada”, *RL*, nn. 21 (I), y 22 (II), 2004.
- Valdés Dal-Ré, F. y Lahera Forteza, J., *La flexiseguridad laboral en España*, Fundación Alternativas, 2010, p. 49 (en www.falternativas.org/en/content/download/14088/423097/version/4/file/Doc157.pdf).

La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo, por María del Mar Ruiz Castillo y Juan Escribano Gutiérrez. *Una reseña*

«Los derechos no se regalan, se conquistan con violencia. Y lo demás son cuentos Disney, moralizantes, que reproducen sin pausa la ideología dominante».

Fort Apache, *Disparen sobre Leyre Pajín*⁴⁰⁹

1.- Durante las primeras semanas de clase, el estudiante de Derecho suele enfrentarse a un recurso literario. El docente, aquel sobre el que, en ocasiones, se solapa un aura de grandeza poco realista, habla de agua, de emanar, de fuente, para explicar cómo, dónde y por qué surge el Derecho. De esta forma, el recién universitario – aunque suele prolongarse a lo largo de toda la carrera – escucha, quizás por primera vez – pero, insisto, es algo que se repite de una asignatura a otra y de un año a otro –, la palabra *fuelle(s) del derecho*. He aquí una metáfora que más allá de la eclosión creo que se dirige a la frontera, pues delimita los lindes de cada una de las disciplinas.

Lamentablemente, aquellas personas encargadas de *enseñar* a los estudiantes qué son las fuentes del derecho apenas se detienen con aproximaciones poco claras y muy pegadas al texto, quedándose en la mera descripción y desaprovechando la metafóricidad misma que nos brinda lo jurídico. Quizás porque consideran que las fuentes son algo demasiado básico o demasiado filosófico, prefieren sortearlas de la forma menos dañina para su imagen de profesional de la enseñanza⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Del disco *Cine, ideología y cultura de masas*, 2010.

⁴¹⁰ Sobre las actitudes escépticas a la hora de estudiar en profundidad las fuentes del derecho puede verse Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden*

Por este miedo, los trabajos académicos – entendiendo por académicos aquellos escritos publicados en espacios de divulgación entre profesores de disciplinas jurídicas, o, por decirlo de forma retórica, cartas para amigos y enemigos⁴¹¹ – tienden hacia la descripción, el comentario y, en el mejor de los casos, la crítica de la política legislativa. Pero falta mucho de teoría general. El libro de María del Mar Ruiz Castillo y Juan Escribano Gutiérrez, ambos docentes e investigadores en la Universidad de Almería, se enmarca precisamente en esa teoría general. No pretenden, ni se lo plantean, rellenar un vacío, si acaso existe este vacío. Su propósito se dirige hacia el vértigo que produce, ahora sí, ese otro vacío que se abre ante los pies de las fuentes del derecho; vértigo y vacío producidos en las últimas décadas.

2.- El problema que ponen sobre la mesa la profesora Ruiz Castillo y el profesor Escribano Gutiérrez puede sintetizarse como sigue: si la naturaleza del convenio colectivo – el derecho del trabajo no se entiende sin la autotutela – estuviera definida, bien como fuente normativa bien como contractual, los trabajadores podrían utilizar sus herramientas para la lucha de forma efectiva; por el contrario, con las diferentes reformas acaecidas desde 1994 hasta la actualidad⁴¹² – tentáculos de la revolución conservadora o contrarrevolución iniciada ya en la década de los 70 y desarrollada en los 80⁴¹³ que nos ha llevado hacia un Estado autoritario⁴¹⁴ – la negociación colectiva y el convenio están siendo aniquilados aprovechando su falta de definición normativa en el sistema de fuentes, debilitando la posición del trabajador y empoderando al empresariado.

No se trata, pues, de aprovechar la(s) crisis para tomar una posición de ventaja en el campo de batalla, sino de una estrategia de derribo iniciada mucho antes del estallido de la burbuja inmobiliaria y el crack financiero.

jurídico), Ed. Ariel, Barcelona, 2000, especialmente pp. 13 y 14. El libro del profesor Aguiló es ya, creo que no me equivoco, un clásico entre los teóricos del derecho.

⁴¹¹ Sobre las cartas para amigos/enemigos, la socialización y el pastoreo, Sloterdijk, P., *Normas para el parque humano*, Ed. Siruela, Madrid, 2000.

⁴¹² El material de trabajo viene configurado por: reforma de 1994; Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva; Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral y su conversión en Ley 3/2012, de 6 julio, así como la jurisprudencia que sobre estas reformas han vertido los tribunales.

⁴¹³ Puede verse, a modo de síntesis, Capella, J.-R., *Entrada en la barbarie*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 143-178.

⁴¹⁴ Horkheimer sigue vigente. Horkheimer, M., *Estado autoritario*. Ed. Itaca, México, 2006 (original de 1942).

Como señalan, «las sucesivas modificaciones legales terminan por cerrar un círculo perfecto: desde el acceso al mercado de trabajo y al contrato, hasta la extinción de este o la expulsión de aquel, la norma interviene con el único fin de hacer más fácil y rentable la explotación de trabajo» (p. 261).

¿En qué ha consistido esta estrategia, no olvidemos, legal? Un proceso convergente en el que «se debilita la posición contractual del trabajador y se impide que la autonomía colectiva palíe la desprotección» (p. 262). La ley hace que el trabajador quede al azar de la boca del lobo: se fulmina el status del convenio como fuente del derecho y de las obligaciones, se hiere gravemente a la libertad negocial, se redefine el papel de los sindicatos, se le confiere el papel protagonista y normativo al empresario. De esta forma se rompe el delicado equilibrio que el movimiento obrero, gracias a la negociación colectiva y la fuerza normativa del convenio colectivo, había conseguido con años de lucha.

El presupuesto de partida radica en que «no se han configurado taxativamente reservas competenciales de la ley, la negociación colectiva y la autonomía individual, por lo que, en principio, todos los instrumentos son idóneos para abordar las distintas cuestiones laborales, y es la cualidad de la intervención de las distintas fuentes la que determinará caso por caso la idoneidad o extralimitación de la fuente». Y ello con la complicidad del Tribunal Constitucional, cuya doctrina puede ser resumida así: «la ley puede intervenir lo que quiera, siempre que no vacíe de contenido el derecho a la negociación colectiva; el convenio puede hacer a su vez lo mismo con el contrato, y la inversa, siempre que la fuente inferior no contradiga a la superior, pero habiéndose perdido el motor de la interpretación que no debe ser otro que el de la naturaleza constitucionalmente autónoma del derecho del trabajo y sus rasgos diferenciales, no otros que la simple y nuda libertad sindical» (p. 266).

Con la paulatina degradación de la naturaleza normativa del convenio, el derecho del trabajo se retrotrae a aquella vieja fórmula del acuerdo de caballeros en el que el instrumento para hacer valer lo convenido residía en la fuerza y presión que cada una de las partes ejercía. De esta forma, el derecho del trabajo queda reducido a mero apéndice del derecho mercantil, instrumental a la empresa y arma de pacificación económica.

¿Qué naturaleza permitiría una mejor defensa del convenio? Quizás para evitar el precipicio al que han abocado al derecho del trabajo haya que reclamar, mal menor, las reglas del derecho de obligaciones, pero posicionarnos en una naturaleza obligacional nos haría correr el riesgo de hacer del convenio un contrato individual cuya fuerza radica en el poder de presión de los contratantes; en cambio, una naturaleza normativa deja

al albur de la manipulación del legislador. Cualquier naturaleza, ciertamente, nos aboca a un extremo u otro (éxito o fracaso) de la función de la negociación y el convenio. Como bien se preguntan los autores, «¿todo ello nos debe conducir a concluir que la eficacia del convenio no es un problema de legalidad, sino de fuerza de los trabajadores? ¿No será que nos hemos negado a ver esta realidad histórica?» (p. 268).

3.- Los días 3 y 4 de diciembre de 2010, hace ahora exactamente tres años, el espacio aéreo del territorio español cerró, se decretó el Estado de alarma por primera vez en democracia durante quince días y el Gobierno militarizó el espacio aéreo. ¿Acaso un ataque terrorista suscitó tales medidas excepcionales? No. Simplemente era la respuesta gubernamental a la huelga, encubierta o no, que los trabajadores ocupados del control aéreo estaban realizando en protesta por los recortes efectuados. Que su protesta fuera moral o no – dado el exorbitante salario de este tipo de trabajador – no es una cuestión que me interese resaltar. Tampoco si sus reivindicaciones llegaron a buen o mal puerto. Pongo este ejemplo, que los autores del libro reseñado también refieren en diversas ocasiones, para testimoniar la actitud del poder político ante una huelga que podemos decir fue, al menos, efectiva en su contestación gubernamental; pues no debe olvidarse que la huelga es un instrumento para dañar al empresario y conseguir, mediante la fuerza, la satisfacción de los intereses del trabajador. Otro ejemplo, que suscitó ciertamente más simpatías entre la ciudadanía, fue la reciente huelga de basuras en la capital del reino (noviembre de 2013). Tras varios días sin recoger los desperdicios de Madrid, se evitó el despido de más de mil trabajadores gracias en gran parte a la solidaridad mostrada por quienes debían sustituir a los trabajadores huelguistas.

La huelga, lamentablemente, ha sido reducida a un mero testimonio que acompaña a procesos de negociación. Con las *amenazadas* del actual gobierno de revisión a la baja de este derecho, no cabe esperar un futuro halagüeño ni para la huelga ni para la negociación. Si precisamente en el origen del derecho colectivo se halla el conflicto, este no puede poseer una mera función de acompañamiento testimonial a la negociación. «¿Hay que retomar la vía del conflicto como instrumento esencial, primario y único de la autonomía colectiva?» (p. 270). La pregunta que se hacen los autores posee en sí misma una respuesta afirmativa.

Al igual que los procesos de subjetivación no son los mismos que en el siglo XIX, tampoco se pueden pensar los mecanismos de resistencia como los del siglo XIX. Hay que *repensar* colectivamente e inventar nuevas prácticas de disidencia constituyentes en el marco del mercado neoliberal que eviten, precisamente, la neutralización del conflicto o su

desplazamiento a los márgenes de su propia reproducción. Pero en este repensar y estas nuevas prácticas, en un sistema de relaciones sociales de producción que poco ha cambiado, no puede olvidarse que el núcleo de la solidaridad se encuentra precisamente en el choque⁴¹⁵. Pero no en aquel puntual y episódico propio de un utilitarismo calculista, sino en el conflicto central, ahora ya olvidado, entre capital y trabajo. El diagnóstico de la profesora Ruiz Castillo y del profesor Escribano Gutiérrez presentado en esta monografía se sitúa exactamente en este lugar.

Daniel J. García López*

⁴¹⁵ Dejemos hablar al recientemente fallecido Pietro Barcelona: «El conflicto manifiesta la necesidad fundamental de tomar la palabra, de dar valor a algo que todavía no está definido, incluido en el orden existente, en los lenguajes codificados. El conflicto reproduce en la coyuntura histórica la estructura contradictoria de nuestra necesidad de individualidad (como individuos, como grupos sociales o clases, como etnias, como generaciones) y de nuestra necesidad de generalización, de comunicación. El conflicto no es el ejercicio del antagonismo en abstracto, sino el modo concreto en que se produce la sociabilidad de orden en que estamos insertos: éste se verifica en el conflicto; en él se pone a prueba la tensión entre la libertad y la irreductibilidad individual y el carácter vinculante del contexto social y de las condiciones materiales a las que se confía la producción y la reproducción de la vida. Por ello el conflicto se centra, tendencialmente, en la necesidad de un “orden nuevo”: en la forma de la vinculación social». Barcelona, P., *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, 3^o edición, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 132 y 133.

* Universidad de Almería.

Flexibilidad interna e innovación en la empresa, por Juan Pablo Landa

Una reseña

El libro del Doctor Juan Pablo Landa sobre la flexibilidad interna e innovación en la empresa, merece una especial atención no solo por su rico contenido científico y multitud de autores que analizan desde diversos puntos de vista el grado de aplicación de la denominada flexibilidad funcional o interna y como influye esta en el incremento o mejora de la competitividad de las empresas. También porque se analiza desde un ámbito más jurídico-político, los efectos de la aplicación de los mecanismos de flexibilidad en las organizaciones del trabajo sobre la tradicional función tuitiva del Derecho del Trabajo, o sobre la futura conformación del denominado modelo social europeo.

Hoy en día las empresas se encuentran determinadas por la innovación, la cual se introduce en la estructura organizativa interna para radicarla en un ámbito específico propio dentro de la empresa, aunque habitualmente se coloque al margen del ámbito de la producción directa. De este modo se estaría produciendo una nueva clase de segmentación laboral, esta vez, en función de la mayor o menor capacidad innovadora, de la cualificación técnica o la creatividad que aportan los trabajadores singularmente considerados.

Dotar de innovación requiere en la mayoría de los casos de una cultura empresarial que fomente la formación interna a la empresa, para lo cual es fácilmente predecible que, dentro de la política de formación continua, tal y como está actualmente regulada en España, los instrumentos de formación de demanda, en mayor medida que los instrumentos de formación de oferta, serán de más utilidad para favorecer la innovación.

Lo mismo sucede con las personas, entonces para poder tener a más trabajadores más y mejor cualificados y creativos se hace necesario que las empresas habrán sus instalaciones a la formación en alternancia.

El trabajo se encuentra estructurado en cinco partes, mostrando en una primera parte, desde diversas perspectivas de análisis pero partiendo de un mismo enfoque común – el de la operatividad de la estrategia europea sobre la flexiseguridad para hacer más competitivas a las empresas europeas – la cuestión general de la relación entre las técnicas de la denominada estrategia de flexiseguridad, y particularmente de las medidas de flexibilidad interna y las estrategias empresariales en favor de la innovación empresarial. Al hacer un recorrido sumario sobre el origen y desarrollo de la estrategia europea, se encuentra que la flexiseguridad se concibe como una respuesta al dilema de cómo mantener e incrementar la competitividad reforzando al mismo tiempo y mejorando el modelo social europeo. Sin embargo, para que la flexiseguridad pueda considerarse como una estrategia política que persigue, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como en el de la protección social, a favor de los trabajadores, son necesarios cinco requisitos: continuidad, coordinación, especialización, regulación laboral y transitoriedad.

Nos enseña el caso práctico de Holanda que es uno de los países que más ha adoptado políticas de innovación y de aprendizaje permanente como parte fundamental de las estrategias de flexiseguridad.

Tanto la política de innovación como de formación son claves para una implementación exitosa de la flexiseguridad, de manera que para conseguirla algunos países miembros de la UE han puesto en marcha algunas reformas a sus mercados de trabajo, así como otros han adoptado medidas temporales para preservar el empleo.

Lamentablemente los esfuerzos para desarrollar modelos de flexiseguridad en Europa no están avanzando, porque se sigue en un cúpula donde es cada vez más difícil llegar a un acuerdo entre los 27 estados miembros e impulsar una estrategia común. En el caso específico de España, debido a una segmentación de su mercado de trabajo, junto a los altos niveles de economía sumergida e índices de precariedad laboral, carencias de políticas de bienestar, escaso desarrollo innovador y dependencia de sectores de baja cualificación, los avances en términos de flexiseguridad se han introducido para facilitar la adaptación de las empresas a los ciclos económicos aligerando los costes para éstas.

Después el autor nos brinda un análisis desde un ámbito económico, de la relación entre flexibilidad interna – necesidad de la empresa para afrontar los desafíos del mercado y mantener su competitividad – y la estrategia innovadora de las empresas de producción.

La doctrina sostiene que mercados de trabajo más flexibles no solo

ayudarían frente al desempleo sino que también permitirían un mayor crecimiento económico y de productividad. La pregunta gira en torno a como esa mayor flexibilidad influye en la innovación de las empresas, por lo que se hace una distinción entre los diferentes tipos de flexibilidad para, de acuerdo a ellas, explicar la relación entre flexibilidad e innovación en relación a dos modos de producción: la innovación de procesos y la innovación de productos, de modo que el tipo de innovación parece determinar las formulas de flexibilización de las relaciones de trabajo.

Es importante ver y analizar el papel de la negociación colectiva en la adopción de soluciones de flexibilidad interna con el fin de adaptar a las empresas a los cambios mediante estrategias de innovación.

Se analiza el caso específico de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAV), donde al examinar los convenios a nivel sectorial y de empresa, se desprende que la negociación colectiva en la CAV representa una regulación de la clasificación profesional y de la movilidad funcional bastante alineada a los parámetros legales por lo que no representa grande innovación. También que existe un escaso numero de convenios que contienen clausulas específicas sobre flexibilidad en el caso de la formación del trabajador y la movilidad funcional, por lo que los convenios colectivos en el ámbito de la CAV, ya sean provincial o de empresa, adolecen de defectos, lagunas, imprecisiones e incluso obsolescencias.

La negociación colectiva, es el instrumento laboral más adecuado para conseguir la flexibilidad en una reforma del mercado de trabajo, en donde la actuación de los agentes sociales es indispensable para cumplir los objetivos que se quieran implementar con la reforma.

Esta obra nos muestra que el trabajador y la trabajadora necesitan no solo una cierta dosis de flexibilidad por parte de su empresario, sino también de una cierta seguridad para hacer planes de futuro en un mundo en constante cambio. En consecuencia, flexiseguridad no solo es algo que el Estado debería garantizar al empleador y a los mercados del trabajo, sino también un deber del empleador con respecto a sus trabajadores individualmente considerados.

Es adecuado señalar que la flexibilidad interna tiene clara incidencia en una organización del trabajo innovadora. Es importante decir que la innovación es el verdadero valor añadido de la actividad productiva moderna, porque como bien lo señala la presente obra, un trabajador eficiente, mucho o poco, lo será aún más si la empresa organiza el trabajo de manera que permita conciliar el tiempo de trabajo con el tiempo de vida personal y familiar. Posiblemente este sea el elemento central de una organización innovadora del trabajo de nuestro tiempo. Sin embargo es

importante anotar que otro de los elementos de las políticas de flexibilidad interna para una organización innovadora es la implementación por la empresa de una política adecuada de formación en el trabajo.

La mejora de la formación en la empresa permite una mayor efectividad en los resultados buscados por decisiones adoptadas en el marco de la movilidad profesional.

El libro nos da un análisis de cuales podrían ser los aspectos normativos a tener en consideración para diseñar una ordenación del tiempo de trabajo que promueva la compatibilización de los tiempos de trabajo y de vida privada.

Con la lectura de la presente obra podremos tener una visión mucho más crítica sobre los intentos reguladores que se han venido dando en Europa en torno a la flexibilidad laboral, que a partir de evidencias empíricas extraídas de un conjunto de prácticas nos ofrecen una visión unitaria a esta compleja combinación de perspectivas de análisis, destacando la reforma laboral española, examinando su aportación al desarrollo de la flexibilidad interna como un instrumento al servicio de la innovación y de la mejora de la competitividad de las empresas españolas.

Maria Alejandra Chacon Ospina*

* Estudiante de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado del Trabajo ADAPT-CQUIA de la Universidad de Bérgamo (Italia). Colaboradora de ADAPT.

La Revisión Salarial, por Adrián Todolí Signes *Una reseña*

El libro “*La Revisión Salarial*” es básicamente un estudio sobre la revisión salarial desde dos perspectivas: la económica y la jurídica. La perspectiva económica se refiere a que las revisiones salariales no sólo afectan a los trabajadores, sino que repercuten de igual manera en la economía en general, mientras que, desde la perspectiva jurídica el autor realiza una importante exposición de esta figura, presentando cuáles son los diferentes tipos de revisión salarial, sus diferencias y problemáticas para después realizar un estudio de derecho comparado.

En el capítulo primero, intitulado “*Salarios e Inflación: Una Perspectiva Económica*”, el autor presenta la evolución y los efectos de los salarios y la inflación, los efectos de las cláusulas de revisión salarial, realizando un estudio detallado de la evolución de los salarios pactados en la negociación colectiva en relación con la inflación, una exposición de los modelos de revisión salarial y de los modelos que tratan de explicar las causas de inflación, para después continuar con un estudio comparando veintitrés países europeos más EEUU y Japón, en los que Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Eslovenia, Luxemburgo, Polonia y EEUU tienen un tipo especial de indexación sobre la inflación, destacando que aún entre ellos existen diferencias. Por ejemplo, Bélgica, Chipre, Francia, Luxemburgo y EEUU utilizan mayoritariamente métodos de indicación respecto a la inflación media del año anterior como referencia para aumentar los salarios de año siguiente, en cambio Estonia y Eslovenia utilizan la inflación esperada como método de revisión salarial pero sin una posterior revisión conforme a la inflación real, tal y como ocurre en España. Mientras que Finlandia, Italia e Irlanda se benefician de una combinación de métodos que tienen en consideración la inflación esperada pero modificada por un ajuste en caso de que existieran

imprevistos pasados. Este método es similar al de España ya que tiene en consideración la inflación esperada y, a la vez, toma en cuenta los desajustes ocurridos durante el año anterior entre la inflación prevista y esperada.

El autor continúa el capítulo estableciendo la tipología de cláusulas de la revisión salarial en el que se concluye que dichas cláusulas no son inflacionarias por sí solas, ya que funcionan como mecanismo que puede asimilarse a un seguro por el cual los trabajadores acepten menores incrementos iniciales de salario, a cambio de tener asegurado un incremento mínimo conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) real.

En el capítulo segundo, se indica que una de las principales cuestiones para abordar la interpretación y aplicación de las cláusulas de revisión salarial es la existencia o no del Índice de Precios al Consumidor (IPC) previsto por el Gobierno, ya que, prácticamente, todas las cláusulas de revisión parten de un incremento a los salarios en enero de cada año correspondiente a un IPC previsto, más un diferencial y una regulación posterior conforme al IPC real de ese año, que se producirá en el momento en que el Instituto Nacional de Estadística lo dé a conocer; de igual manera, los sindicatos y los trabajadores han exigido el cumplimiento del aumento salarial conforme se venía realizando con anterioridad al empeoramiento de la situación económica, basándose en la negociación de la inexistencia de IPC previsto por el Gobierno o la previsión del IPC establecida en los Presupuestos Generales del Estado, aunque se destaca que la última previsión se realizó en el 2002; sin embargo, muchos convenios colectivos no se cambiaron y se continuó haciendo referencia a este IPC previsto de manera oficial por el Gobierno, ahora inexistente, exponiendo la posición de la parte patronal, sindical y de los tribunales, analizando sentencias relevantes para el tema: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 12 de enero de 2010, y las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, del 25 de febrero de 2010, del 8 de febrero de 1995 y la del 17 de junio de 2010.

En el capítulo tercero "*La revisión salarial. El supuesto ordinario*", se analiza el verdadero objeto de las cláusulas de revisión salarial, en otras palabras, se analiza el ajuste de los salarios a los aumentos de precios sufridos durante el año con objeto de que el trabajador no pierda su poder adquisitivo, de esta forma, se hace una revisión de la cláusula de revisión salarial directa e indirecta, estudiando también cada una de sus subdivisiones.

El capítulo cuarto se dedica a presentar un caso en particular, es decir, qué es lo que sucede cuando el IPC real sea inferior al IPC previsto aplicado en las tablas salariales de ese año, especificando cuál es la postura de los

tribunales al respecto.

El capítulo “*Las cláusulas de revisión salarial en supuestos especiales*” realiza el análisis de la cláusula de revisión salarial en un supuesto específico, por ejemplo un cambio imprevisible de la coyuntura económica, con la finalidad de modificar o dejar sin eficacia la cláusula de revisión salarial, lo que significa la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” para exonerar a la empresa de pagar los aumentos pactados y, aunque se admita la posibilidad de aplicación de dicha cláusula, el autor concluye que ésta no es aplicable a los convenios colectivos estatutarios por su carácter de norma jurídica, al ser ésta una cláusula solamente aplicable a los contratos; refiriéndonos a los convenios colectivos extraestatutarios, en teoría, sería posible la aplicación de la cláusula, pero, en la práctica, refiere el autor que las exigencias impuestas por los requisitos de aplicación son tan elevadas que hacen prácticamente inasequible su aplicación para modificar o dejar sin efecto una cláusula de revisión salarial.

El capítulo que en seguida se comenta, hace referencia a la ultraactividad y las cláusulas de revisión salarial, en las que los tribunales exigen como requisito para su utilización que no se extraiga un veto a la aplicación de ésta y que no suponga el nacimiento de nuevas obligaciones contenidas en el texto cuya obligatoriedad de prórroga, es decir, que cualquier referencia al ámbito temporal para el que se pacte, sea un veto para la aplicación de ultraactividad con fundamento a un equilibrio negociable que incite a las partes a renovar el convenio lo antes posible.

El libro cierra su estudio con el capítulo denominado “*La Cláusula de Actualización Salarial*”, en donde autor señala que los acuerdos firmados en el 2012 y 2013 son innovadores por la adición de elementos que hoy en día no se habían incluido de manera general en la negociación española: el IPC subyacente y el IPC armonizado de la Zona Euro, además de una serie de cambios y recomendaciones, por ejemplo, la inclusión de la cláusula de actualización salarial, que se aplicará sobre el exceso del objetivo de inflación del Banco Central Europeo y que se tomará en cuenta para el IPC real español o el IPC armonizado de la Zona Euro (el que sea menos de los dos). La problemática de esta nueva cláusula es que muchos términos son más económicos que jurídicos, lo que crea una inseguridad jurídica con la que los negociadores deberán lidiar y, probablemente, será una de las razones que evitará que se extienda, además de que simultáneamente es un híbrido en el cual se mantiene la referencia al IPC (de forma nominal), pero no busca mantener el poder adquisitivo de los trabajadores, finalizando que, aunque el acuerdo tenía el objeto de vincular los salarios al poder adquisitivo de los trabajadores, debió de haber sido más claro y haberse olvidado del IPC para que

facilitara la homogenización y la buena recepción de este tipo de cláusulas. Sin lugar a dudas, el tema estudiado de la revisión salarial es por sí solo interesante, ya que afecta directamente a los trabajadores al garantizar la capacidad adquisitiva de sus salarios frente al efecto de la inflación, pero el valor de esta obra aumenta, ya que hoy en día en España existe un debate sobre cuál debe ser el modelo de revisión salarial que debe seguirse, toda vez que se defiende el modelo actual, pero al mismo tiempo se proponen cambios de modelo, los cuales vinculen el crecimiento salarial al crecimiento de la productividad. Es por esto que la obra del joven y brillante autor es una lectura obligada, tanto para los economistas como para los estudiosos del derecho laboral.

Alma Elena Rueda Rodríguez*

* Estudiante de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado del Trabajo ADAPT-CQIA de la Universidad de Bérgamo (Italia). Colaboradora ADAPT.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo