

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*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García 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*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), 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*)

*Coordinadora de este número especial de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:*

Dra. Lourdes Mella Méndez

Profesora Titular (Catedrática Acreditada)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela (España)

ÍNDICE

Lourdes Mella Méndez, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*

Artículos

- José Luis Gil y Gil, *Justicia social y acción normativa de la OIT*.....1
- Miguel Ángel Martínez Badenes, *Presente y Futuro de los Derechos Sociales en el ámbito internacional*.....51
- Tatsiana Ushakova, *El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?*.....74
- Esperanza Macarena Sierra Benítez, *El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?*.....93
- M^a José Cervilla Garzón y Carmen Jover Ramírez, *Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales*.....119
- Nancy Sirvent Hernández, *Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España*.....148
- Fernando Ballester Laguna, *¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE*.....173
- M^a Cristina Aguilar González, *El sistema “alternativo” de formación profesional dual para el empleo en España: perspectivas de evolución*.....198
- Adrián Todolí Signes, *La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?*.....224
-

Introducción al número especial por parte de la Coordinadora

Los pasados días 6 y 7 de noviembre de 2015 tuvo lugar en Bérgamo (Italia) el importante Congreso Internacional “La Gran Transformación del Trabajo” (VI edición), organizado, conjuntamente, por la Escuela de Doctorado en Formación de la persona y Relaciones laborales de la Universidad de Bérgamo y la siempre activa *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali* (ADAPT), con sedes en Roma, Módena, Bérgamo y Bari. Dicho Congreso reunió a expertos y profesionales del mundo del trabajo de más de quince países, que aportaron multitud de trabajos en diferentes lenguas. Una selección de los mejores artículos en lengua española – unos 18 – van a ser publicados en dos números consecutivos de la ya reconocida *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (RICRLDE), promovida por ADAPT University Press, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En este sentido, tengo el honor de coordinar el primero de esos números – correspondiente al volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre 2015 –, que da a conocer a la comunidad científica nueve de los referidos dieciocho trabajos seleccionados. Los otros nueve verán la luz en el siguiente número, ya el primero de 2016. Vaya por delante, pues, mi agradecimiento a la Dirección de la Revista, especialmente a los miembros de su comité de gestión editorial (Profesores Michele Tiraboschi y Alfredo Sánchez-Castañeda) y, en particular, a la Dra. Serrani, por ofrecerme la posibilidad de coordinar este número de la RICRLDE.

Los nueve trabajos de este número se agrupan en cuatro grandes bloques temáticos. El primero de ellos versa sobre los derechos sociales y su protección en el ámbito internacional, y está integrado por dos estudios: uno del Prof. Gil y Gil (Universidad de Alcalá de Henares) y otro del Letrado en ejercicio y Doctorando Martínez Badenes (Universidad de

Valencia). El primero de esos trabajos (“Justicia social y acción normativa de la OIT”) analiza, con profundidad, la acción normativa de la OIT como un medio para el logro de la justicia social. En los últimos años, junto al enfoque tradicional, consistente en la elaboración de normas internacionales del trabajo, el referido Organismo ha adoptado otro nuevo, más funcional y centrado en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Distinta valoración ha merecido tal nuevo enfoque, pues mientras que para unos es positivo, para otros no, en cuanto debilita la acción normativa de la OIT. El autor del trabajo ofrece algunas interesantes propuestas en orden a reforzar la acción normativa de aquella, en cuanto estima que la consecución de la justicia social es su fin primordial y la mencionada acción normativa su principal instrumento para lograrla. Además, se concluye que los nuevos métodos de acción normativa de la OIT no suponen un abandono del *hard law*, en beneficio del *soft law*, sino un paso del *self-service* normativo a un orden público social internacional. Como es comúnmente aceptado, la Declaración de la OIT de 1998 es el primer paso para el establecimiento de ese orden público, por lo que ahora corresponde a la Comunidad internacional ampliar el consenso mediante la inclusión de otros derechos básicos, como el de la protección de la seguridad y salud en el trabajo.

El segundo e interesante artículo versa sobre el “Presente y futuro de los derechos sociales en el ámbito internacional”. El punto de partida del autor es la superación del viejo modelo, en el que la legislación nacional era la única fuente de creación de los derechos sociales, y su evolución hacia el actual marco, en el que los referidos derechos gozan de reconocimiento internacional como Derechos humanos y, por lo tanto, su fuente se halla en los tratados y convenios supranacionales. Se examinan – con acierto – determinados puntos críticos de tales derechos, como el representado por el impacto que la actual crisis económica y sus exigentes medidas de austeridad han causado en los mismos. Desde tal perspectiva, se analiza la situación en el espacio geopolítico europeo, en el que confluyen dos realidades institucionales vinculantes y contradictorias: el Consejo de Europa y la Unión Europea. La primera institución – y su documento básico: la Carta Social Europea – tiene como objetivo principal la protección y garantía de los derechos humanos en los países miembros, a través del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, en la Unión Europea, el modelo económico y social ha evolucionado hacia la estabilidad financiera y el libre mercado, de manera que priman la economía y la competitividad empresarial frente a los derechos sociales, lo que exige nuevas reflexiones críticas. También se abordan los derechos sociales bajo la perspectiva de las Naciones Unidas,

con especial atención a la posición adoptada frente a las medidas anticrisis. En fin, se concluye con una llamada de atención a la actual encrucijada en la que se hallan los derechos sociales, cuya protección requiere de una decidida voluntad política global encaminada a la misma, dado el actual contexto global en el que nos encontramos.

El segundo bloque temático se centra en el trabajo a distancia y el teletrabajo como nuevas maneras de trabajar en la sociedad el siglo XXI y comprende tres importantes trabajos. El primero de ellos – por ir de lo más general a lo específico – se titula “El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?” y el objetivo de la autora – la Dra. Ushakova – es indagar sobre el potencial del Convenio núm. 177 OIT, sobre trabajo a domicilio, para afrontar los actuales desafíos del trabajo a distancia. Así, se estudia – con brillantez – el concepto convencional de trabajo a domicilio y su adecuación a las distancias modalidades del nuevo trabajo a distancia, incluido el teletrabajo, al mismo tiempo que su aborda la protección emanada del mencionado Convenio para tal tipo de trabajo. A partir de ahí, la autora plantea diversas hipótesis de acción para la OIT, que van desde un replanteamiento de la figura del trabajo a distancia y la modificación del citado convenio o la elaboración de otro nuevo o, incluso, de un instrumento específico de *soft law*. El segundo trabajo es de máximo interés y actualidad, pues analiza “el tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital”, y la autora – la Prof. Sierra Benítez – se pregunta qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI. Se parte del estudio del concepto clásico de dependencia industrial, característica de los albores del Derecho del Trabajo, y se sigue su evolución hacia la dependencia tecnológica y digital, derivada esta última del reciente surgimiento de empresas digitales, deslocalizadas y que funcionan con un mínima estructura organizativa, si acaso con una plataforma informática. Es el caso, por ejemplo, de la conocida y polémica empresa Uber, que facilita conductores a los clientes que lo solicitan a través de aquella, y que niega que sus conductores sean trabajadores dependientes vinculados por una relación laboral. Sin embargo, frente a esta nueva apariencia externa de relación bilateral entre las partes, que despista a la hora de valorar los tradicionales indicios de la dependencia o subordinación, ya empiezan a surgir voces críticas que defienden una adaptación de aquellos indicios a las nuevas realidades laborales y apuestan por el carácter laboral de dicha prestación de servicios como única vía de evitar el empleo informal y la economía sumergida. Habrá que estar atentos a los próximos e inevitables pronunciamientos judiciales en la materia.

El tercer trabajo de este segundo bloque monográfico analiza la delimitación de las contingencias profesionales en el teletrabajo. Las autoras – las Profesoras Cervilla y Jover – estudian, con rigor, los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico español para apreciar la concurrencia de una contingencia profesional, así como su posible traslación a los supuestos del nuevo trabajo a distancia. Se profundiza, así, en los conceptos clásicos y amplios de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con inclusión de los supuestos considerados como tales por decisión del legislador o por mera presunción, a la vez que se reflexiona sobre posibles circunstancias excluyentes de tales nociones. Posteriormente, se indaga sobre la adaptación del concepto de contingencias profesionales a los distintos supuestos de teletrabajo. En este ámbito, uno de los problemas clave en la valoración de este tipo de daños para la salud y su calificación jurídica, a efectos de su protección desde el ámbito de la Seguridad social, va a ser la configuración formal del contrato de trabajo, especialmente en cuanto a sus precisiones sobre el lugar y tiempo en que deba efectuarse la actividad laboral, así como, en su caso, en la posterior comunicación puntual de las modificaciones de tales variables por parte del trabajador al empresario.

El tercer bloque de este número de la Revista se dedica al contrato de investigación en la universidad y está integrado por dos estudios. El primero de ellos analiza la progresiva “laboralización” del trabajo en el ámbito de la investigación, destacando su autora – la Prof^a Sirvent Hernández – sus luces y sombras. Como sabiamente destaca aquella, las últimas reformas introducidas en España en el referido ámbito han servido para incluir al personal investigador en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, sustituyendo el anterior sistema de becas por contratos laborales, con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo. En esta línea, un punto de inflexión es la aprobación de la Ley 14/2001, de 1 junio, de la ciencia, tecnología e innovación, que introduce contratos laborales específicos para estos trabajadores, según la etapa en la que se encuentren dentro de su carrera profesional. Así, destacan los contratos predoctorales; de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación; de investigador distinguido y de realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica. Como sombras destacables, cabe comentar, por ejemplo, la diversidad de regímenes jurídicos aplicables al personal investigador en función del carácter público o privado de la entidad empleadora, pues, en el segundo caso, esta última solo puede recurrir a las modalidades contractuales previstas en el ET.

El segundo estudio de este bloque es del Prof. Ballester Laguna y, en él, el

autor reflexiona, de manera exhaustiva, sobre la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación española, a efectos de determinar su ajuste o no a la Directiva 1999/70 CE y su transposición al Derecho español. La conclusión es la de que el legislador español no ha hecho lo suficiente para eliminar la precariedad laboral del personal investigador en el sector público, por lo que puede encadenar varios años seguidos de contratos temporales, lo que empobrece su situación laboral y personal. En tal sentido, una clara disfunción puede ser la que afecta al contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación, el cual está exceptuado de la prohibición de encadenamiento contractual cuando el empleador es un ente público, sin que ninguna causa objetiva lo justifique, por lo que está claro que la regulación legal puede ser mejorada, lo que debe hacerse en el futuro.

El cuarto y último bloque temático aborda, también, un tema de suma actualidad: la formación dual para el empleo. Se aportan aquí dos importantes trabajos: uno, de la Prof^a Aguilar González y, el otro, del Prof. Todolí Signes. La primera autora reflexiona sobre el origen del subsistema de formación profesional para el empleo, creado en 2007, y al que, en 2012, se le añade (por RD 1529/2012, de 8 noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual) la calificación de “dual”, a la vez que se le considera un sistema alternativo al que ya se venía desarrollando en nuestro ordenamiento con carácter general. Se analizan, también, las novedades de la Ley 30/2015, de 9 septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, y que busca una urgente adecuación entre la oferta formativa y la demanda de cualificaciones en el mercado de trabajo. Especial atención se dedica al papel desempeñado por algunos sujetos implicados en el mencionado sistema, como la empresa o los servicios públicos de empleo. De otro lado, la perspectiva del segundo trabajo temático ahonda más – de manera crítica – en la comparación del modelo alemán de formación dual y el contrato español de formación y aprendizaje, centrándose en aspectos clave, como son, por ejemplo, los objetivos, los medios, los sistemas utilizados y los agentes que intervienen en la formación del sujeto. Adicionalmente, el autor enriquece su trabajo con la aportación de diversas propuestas de mejora de la regulación actual, y que parten de la premisa de que la formación dual no debe tratarse como un simple contrato de trabajo más, en cuanto su regulación afecta a distintas partes del ordenamiento jurídico y a todos los sujetos protagonistas del ámbito social.

Como se puede apreciar, todos los bloques temáticos apuntados integran

trabajos de rabiosa actualidad e interés para el investigador del mundo del trabajo, por lo que esperamos que su lectura merezca igual valoración por parte del lector, a la vez que le resulte amena y productiva.

Lourdes Mella Méndez

Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela (España)

Justicia social y acción normativa de la OIT

José Luis GIL Y GIL*

RESUMEN: La acción normativa es el medio principal de que dispone la OIT para el logro de la justicia social. En los últimos años, junto al enfoque tradicional, consistente en la adopción de normas internacionales del trabajo, la OIT ha seguido otro funcional, centrado en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Mientras que algunos han aplaudido el cambio de orientación, otros han considerado que debilita la acción normativa de la organización. Para ofrecer algunas propuestas sobre el modo de reforzar la acción normativa de la OIT, el artículo parte de la premisa de que la consecución de la justicia social es el fin primordial de la organización, y la acción normativa, el medio por excelencia para lograrla. Y concluye que los nuevos métodos de acción normativa de la OIT no suponen un abandono del *hard law*, en beneficio del *soft law*, sino un paso del *self-service* normativo a un orden público social internacional. Al suponer la Declaración de la OIT de 1998 un primer paso para el establecimiento de un orden público social universal, corresponde ahora a la comunidad internacional la tarea de ampliar el consenso, mediante la inclusión de otros derechos básicos, como la protección de la seguridad y salud en el trabajo, a fin de extender el conjunto de principios y derechos fundamentales en el trabajo que constituyen las reglas de juego en un mundo globalizado.

Palabras clave: OIT, justicia social, globalización, acción normativa, principios y derechos fundamentales en el trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La acción normativa de la OIT, medio para el logro de la justicia social. 3. ¿Del *hard law* al *soft law*? 4. ¿Del *self-service* normativo a un orden público social internacional? 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá.

1. Introducción

La OIT se creó en el Tratado de Versalles, de 1919, con el fin de promover el progreso social y resolver, a través del diálogo y la cooperación, los problemas sociales y económicos que generaban los conflictos de intereses¹. A lo largo de su historia, mediante la elaboración de normas internacionales, la OIT ha luchado por la mejora de la condición de los trabajadores y por la justicia social como condición previa para una paz universal y duradera. Para el logro de la justicia social, la OIT dispone de la acción normativa como medio principal. En los últimos años, la organización ha tratado de acomodar su acción normativa a un mundo globalizado, dominado por el capitalismo financiero y azotado por la crisis económica. Y así, junto al enfoque tradicional, consistente en la adopción de normas internacionales del trabajo, ha seguido otro funcional, centrado en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. El nuevo enfoque ha suscitado una polémica. Mientras que algunos han aplaudido el cambio de orientación, otros entienden que, de ese modo, la OIT relega la acción normativa tradicional, que se basa en la elaboración de instrumentos de carácter vinculante, y recurre a instrumentos de *soft law*, poniendo el acento no ya en la aplicación, sino en la promoción y el fomento. Para ofrecer algunas propuestas sobre el modo de reforzar la acción normativa de la OIT, partiré de la premisa de que la consecución de la justicia social es el fin primordial de la organización, y la acción normativa, el medio por excelencia para lograrla¹. Analizaré luego si se ha producido un desplazamiento del *hard law* al *soft law*² o si, por el contrario, se ha pasado del *self-service* normativo a un orden público social internacional³.

2. La acción normativa de la OIT, medio para el logro de la justicia social

En no pocos casos, la controversia acerca de los nuevos métodos de acción normativa de la OIT se apoya en un dilema artificial: que la OIT renuncia a su razón de ser original para asegurar su supervivencia en tiempos de globalización y crisis económica². La polémica se basa entonces en la confusión entre los fines que debe alcanzar y los medios de

¹ La Constitución original de la OIT era la Parte XIII (Labour) del Tratado de Versalles, que se firmó el 28 de junio de 1919 para poner fin a la primera guerra mundial. Cfr., por todos, Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 2 y 3).

² Maupain (2012: 2 ss).

acción de que dispone la OIT. De manera más o menos explícita, muchas de las críticas consideran evidente que la identidad de la OIT se funda en la acción normativa. Ahora bien, las normas de la OIT no son un fin en sí mismo, sino el medio más importante de que dispone la OIT para la consecución de sus fines y objetivos y la concreción de los principios que establecen el Preámbulo de la Constitución y la Declaración de Filadelfia³. En efecto, la acción normativa es el proceso mediante el cual la OIT traduce los objetivos y principios que enuncian el preámbulo de su Constitución y la Declaración de Filadelfia en dos clases de instrumentos internacionales del trabajo: los convenios, o tratados que obligan a los Estados miembros si los ratifican, y las recomendaciones, que carecen de valor vinculante, y ofrecen un modelo de regulación a los Estados, que sirve para orientar las políticas y la acción de las autoridades nacionales. En uno y otro caso, los instrumentos que adopta la OIT solo crean efectos jurídicos en la medida en que los Estados miembros aceptan incorporarlos al ordenamiento jurídico interno⁴. Así definida, la acción normativa constituye la columna vertebral de la OIT, y sostiene y dirige el conjunto de actividades de la organización al servicio de sus objetivos constitucionales. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, reafirma el papel central de las normas internacionales del trabajo, como uno de los medios importantes gracias a los cuales la OIT alcanza sus objetivos. En efecto, el último párrafo del preámbulo de la Declaración afirma que la organización debe “promover la política normativa de la OIT como piedra angular de sus actividades realizando su pertinencia para el mundo del trabajo, y garantizar la función de las normas como medio útil para alcanzar los objetivos constitucionales de la Organización”. La Declaración recuerda que, si bien las normas internacionales del trabajo son una de las muchas herramientas de que dispone la organización para ayudar a los Estados Miembros, el sistema normativo y el tripartismo representan la ventaja única de la organización⁵. Por medio de la acción normativa, la OIT ejerce un verdadero magisterio sobre los Estados miembros, dando un contenido preciso a los objetivos

³ Como subraya Michel Hansenne, el Director general de la OIT, en 1997, en su informe a la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, “les normes de l’OIT ne sont en effet pas une fin en soi; elles sont l’un des moyens – incontestablement le plus important – dont l’Organisation dispose pour atteindre ses objectifs et concrétiser les valeurs énoncées dans sa Constitution et la Déclaration de Philadelphie”: Cfr. OIT (1997: 3) y, asimismo, OIT (2007), párrafo 23, Maupain (2012: 7) y Torres (2012: V).

⁴ Maupain (2012: 7).

⁵ Parte II, A. Cfr., asimismo, OIT (2011a), párrafo 8 y Gil y Ushakova (2007) acerca de la OIT y el diálogo social.

de progreso y justicia social enunciados en su Constitución⁶. Las normas internacionales del trabajo son la meta que permite armonizar la legislación y la práctica nacionales en un ámbito determinado⁷. Asimismo, la acción normativa ofrece el patrón incontestable con el que cabe medir, de manera objetiva, la realidad del progreso en los Estados miembros⁸. Ahora bien, la acción normativa no basta por sí sola⁹. Carecería de impacto sobre la realidad de las condiciones de vida y trabajo en el mundo sin la legitimidad que le confiere el debate tripartito universal del que resulta, y sin el marco institucional que le da su eficacia, al llevar a los Estados miembros a traducir los instrumentos en su legislación nacional. En virtud de su mandato constitucional, incumbe a la OIT no solo indicar a los Estados el camino hacia sus objetivos de progreso, sino también hacerles el trayecto hacia la virtud, si no agradable, al menos lo más transitable posible. Eso significa que la OIT ha de tener la capacidad para actuar sobre el sistema de relaciones entre los Estados, y transformarlo en cierto modo, a fin de crear las condiciones propicias para que modifiquen su legislación, ratifiquen o no los convenios correspondientes.

Así, cabe discernir las dos funciones y apuestas institucionales que dotan de identidad a la OIT entre las organizaciones internacionales¹⁰. La primera función, de orden político, consiste en difundir y promover un modelo tripartito de progreso social, cuya legitimidad se funda en la libre conciliación de los intereses de los trabajadores y empresarios, bajo el arbitraje de los gobiernos. La segunda, de orden económico, es conciliar los avances hacia los objetivos de progreso social que enuncia su Constitución y las exigencias inherentes a la apertura e interdependencia de las economías, que deben impulsar ese progreso social. La apuesta institucional de la primera función es la universalidad, y la de la segunda, la persuasión o, de manera más precisa, la de lograr ese objetivo de conciliación por medios normativos cuya eficacia reposa, en último extremo, en la capacidad de persuasión de la OIT. El verdadero dilema a que se enfrenta la OIT se refiere a su capacidad para cumplir sus objetivos constitucionales en un nuevo contexto, de economía globalizada y

⁶ Cfr. Maupain (2012: 7), quien añade: “Ce «magistère» n’est donc pas seulement d’ordre moral, mais comporte un intérêt pratique très tangible, en particulier celui d’offrir aux pays qui n’ont pas de législation du travail dans certains domaines, ou qui souhaitent la réviser, ou, encore, qui manquent de tradition en la matière un «modèle» de réglementation agréé par la communauté internationale sur une base tripartite” (nota 15).

⁷ OIT (2014: 21).

⁸ Maupain (2012: 7)

⁹ Sigo a Maupain (2012: 7 y 8) en lo que queda de párrafo.

¹⁰ Acepto el planteamiento de Maupain (2012: 8 ss).

capitalismo financiero, basándose en las decisiones y apuestas institucionales que realizaron sus fundadores en 1919, mediante un compromiso entre lo deseable y lo posible, y que no han cambiado desde entonces.

Según el Preámbulo de la Constitución de la OIT, el objetivo inicial de la organización era lograr la paz, la justicia social y una competencia económica equitativa¹¹. Las tres finalidades se sitúan en planos diferentes: la paz, en el político; la justicia, en el social, y la concurrencia económica, en el económico. La competencia económica se menciona como un obstáculo posible al progreso de la legislación social; de ahí que convenga adoptar medidas uniformes para garantizar la equidad de las condiciones de la competencia en el ámbito internacional. En el texto del preámbulo, el objetivo de la justicia social tenía un carácter central, por contribuir a la consecución de los dos objetivos restantes. Con todo, no se precisaba el alcance de esa relevancia, ni existía un acuerdo explícito sobre la jerarquía de los tres objetivos mencionados¹². Si las pretensiones pueden parecer un tanto utópicas, al menos en su formulación, los objetivos generales y los ámbitos de actuación que se asignan a la organización son, por el contrario, concretos¹³. A modo de ejemplo, de forma desordenada, el preámbulo menciona nueve, como la reglamentación de la jornada diaria y semanal, o el reconocimiento del principio de la libertad sindical¹⁴. En cualquiera de esos ámbitos, los Estados parte deben lograr la adopción de “condiciones de trabajo humanas”¹⁵. De igual modo, el artículo 427 del Tratado de Versalles contiene nueve principios y métodos, de importancia

¹¹ El preámbulo afirma: “Whereas the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice”; “whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship, and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required”; “whereas also the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries”.

¹² Bonvin (1998: 23).

¹³ Subrayan este hecho Hennion, Le Barbier-Le Bris y Del Sol (2013: 8).

¹⁴ “(...) as, for example, by the regulation of the hours of work, including the establishment of a maximum working day and week, the regulation of the labour supply, the prevention of unemployment, the provision of an adequate living wage, the protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment, the protection of children, young persons and women, provision for old age and injury, protection of the interests of workers when employed in countries other than their own, recognition of the principle of freedom of association, the organisation of vocational and technical education and other measures”.

¹⁵ “(...) to adopt humane conditions of labour”.

especial y urgente. Así, el preámbulo de la Constitución de la OIT identifica la justicia social con la mejores condiciones materiales de trabajo, e indica las materias cuya regulación es objeto de la competencia de la OIT. En el preámbulo, la presentación de los objetivos de la organización adolece de un defecto fundamental: la enumeración no exhaustiva y más o menos aleatoria puede dar la impresión de que se trata de la simple yuxtaposición de objetivos independientes entre sí¹⁶. Con un programa tan diversificado, siempre ha resultado un desafío, para la OIT, mantener unos métodos y una filosofía coherentes e integrados¹⁷. En no pocos casos, ha faltado una coordinación entre los diferentes programas y departamentos.

Frente a la barbarie de la segunda guerra mundial, la Declaración de Filadelfia de 1944 relativa a los fines y propósitos de la OIT especificó y desarrolló aún más el objetivo de promover la justicia social¹⁸. En 1946, la Declaración pasa a constituir un anexo y parte integrante de la Constitución de la OIT, y sustituye a los principios generales del artículo 427 del Tratado de Versalles. El instrumento reafirma el principio esencial en que se basa la Organización: “el trabajo no es una mercancía” [I, a)]¹⁹,

¹⁶ Maupain (2009: 17).

¹⁷ Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 11).

¹⁸ Acerca de la Declaración de Filadelfia, cfr., por todos, Lee (1994), Trebilcock (2009: 11 ss) y Supiot (2010a).

¹⁹ Al suprimir el adverbio “simplemente” (“*merely*”), y señalar que “labour is not a commodity” [I, a)], el documento expresa de forma más nítida una idea ya presente en la Constitución original de la OIT. Bajo la rúbrica “General Principles”, el artículo 427 de la Parte XIII (“Labour”) del Tratado de Paz de Versalles mencionaba una serie de “methods and principles”. El primero de ellos rezaba así: “The guiding principle [...] that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce”. Mediante esa afirmación solemne, y como destacan Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 8), la Declaración de Filadelfia reafirma el principio esencial de la OIT y reconoce la dignidad y el valor del trabajo, en respuesta a la noción de inspiración marxista de que, en el capitalismo, el trabajo se convierte en una mercancía. Según la concepción de la OIT, todas las formas de trabajo pueden ser fuente de bienestar e integración social, si se hallan debidamente reglamentadas y organizadas. No puede negarse que el trabajo se vende y se compra, pero los mecanismos del mercado de trabajo deben someterse a fines más elevados. La Declaración protege la dignidad del trabajador, destaca la dimensión subjetiva del trabajo, y afirma la preeminencia de la persona del trabajador, como sujeto que trabaja, sobre la dimensión objetiva del trabajo, es decir, sobre el fruto, resultado o producto final del trabajo humano. El trabajador no puede tratarse como un simple medio. El trabajo no se agota en los aspectos meramente materiales, sino que debe permitir la realización personal, el progreso material, la integración en la sociedad y la participación en la comunidad. Así pues, la Constitución original de la OIT y la Declaración de Filadelfia exigen la protección de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, del trabajador. La actividad normativa de la OIT debe

señala que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante” [I, b)], y reitera que “la paz permanente solo puede basarse en la justicia social” (II). La Declaración reconoce la primacía de la dimensión social sobre la económica. Además, consagra la competencia de la OIT en el ámbito de los derechos humanos, con lo que la organización asume un papel pionero en la materia. La Declaración proclama la importancia de la dignidad del ser humano y el respeto de los derechos humanos. Según la sección II, a), de la Declaración, “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. La concepción de los derechos humanos de la Declaración de Filadelfia combina las perspectivas material y espiritual, y se articula alrededor de cuatro ideas fundamentales: la libertad, la dignidad, la seguridad económica y la igualdad de oportunidades. La Declaración no se limita a reconocer la libertad o la igualdad de oportunidades, sino que destaca también la importancia de la seguridad económica. En este sentido, la sección III de la Declaración recomienda la adopción de “un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo”²⁰, y “extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa”²¹. La ampliación del campo de competencia material a las condiciones de vida se comprueba por la mención de la necesidad de “suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados”²².

De este modo, y al tiempo que reafirma la competencia de la organización acerca de las condiciones de trabajo, el texto de la Declaración acredita la extensión del campo de acción de la OIT, que engloba también los aspectos económicos y humanos. En cada uno de esos ámbitos, la

encaminarse a la protección de la persona del trabajador, y a garantizar el derecho de asociación o el principio de la no discriminación por razón de sexo. Acerca de los posibles orígenes e implicaciones de la expresión “el trabajo no es una mercancía”, cfr. O’Higgins (1996), Grandi (1997), Ballestrero (2010: 6 ss) y Evju (2012). En palabras de Ballestrero (2010: 8), “la *querelle* sulla paternità e sul significato originario è certamente interessante per gli storici del diritto, ma lo è meno per gli studiosi del diritto positivo, per i quali ciò che conta è che l’espressione «il lavoro non è una merce» abbia acquistato successivamente il più ampio significato etico e giuridico di recisa negazione del valore mercantile del lavoro, spostando la protezione dal lavoro in astratto ai diritti fondamentali della persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale”.

²⁰ Sección III, d).

²¹ Sección III, f).

²² Sección III, i).

Declaración de Filadelfia define un cierto número de principios, que constituyen, desde entonces, los fundamentos axiológicos que inspiran la actividad de la OIT²³. A partir de la Declaración de Filadelfia, la OIT no ha circunscrito su misión a los aspectos económicos o sociales, sino que se ha esforzado por promover el desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad y dignidad. Si bien las tareas de la OIT no se limitan a la tutela de los derechos humanos, los principios que contiene la Declaración orientan todas las acciones de la organización, y constituyen un umbral mínimo que permite alcanzar otros objetivos. Así, el centro de la actividad de la OIT no es tan solo el trabajador, sino el propio hombre²⁴. La Declaración buscó establecer un umbral de protección que pudiera adaptarse a los diferentes contextos sociales, políticos, religiosos o culturales. Para lograr un amplio consenso, la Declaración solo recogió principios y derechos que se consideraban trascendentales. La validez universal de la Declaración se funda así en su carácter razonable y mínimo²⁵. El tiempo no ha hecho sino confirmar lo acertado de esa perspectiva. Desde que se aprobó, la Declaración apenas se ha puesto en entredicho. A fin de salvaguardar el consenso en torno a la Declaración de Filadelfia, se ha considerado preferible, en vez de ampliar el catálogo de derechos, trabajar para que se respeten los derechos ya reconocidos²⁶. El espíritu de Filadelfia no ha perdido su vigencia, y sigue siendo válido como punto de vista para esgrimir la justicia social frente a la tiranía de los mercados²⁷.

La justicia social es una noción amplia, que engloba muchos aspectos²⁸. De los esenciales se ocupa la OIT, como organismo especializado de la ONU²⁹. Con carácter objetivo, el ámbito competencial de la OIT abarca

²³ Bonvin (1998: 52 y 53).

²⁴ Bonvin (1998: 56).

²⁵ Bonvin (1998: 59 y 60).

²⁶ Bonvin (1998: 63).

²⁷ Supiot (2010a y 2010b).

²⁸ En palabras de la ONU (2006: 13), “in the contemporary context, social justice is typically taken to mean distributive justice. The terms are generally understood to be synonymous and interchangeable in both common parlance and the language of international relations”.

²⁹ El artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas, de 1945, dispone:

“1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63.

2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante “los organismos especializados”.

los derechos en el trabajo y la política social. Ahora bien, en cuanto organización internacional universal, la propia ONU tiene competencia para regular aspectos sociales que afectan a la protección de los trabajadores. Las migraciones laborales ofrecen un buen ejemplo. Que puede darse una competencia concurrente entre la OIT y la ONU, como organización con competencias universales, lo demuestra el Acuerdo de 1947 entre ambas, que delimitó las competencias de una y otra, y adjudicó a la OIT el campo de las migraciones laborales, o de los migrantes como trabajadores, y a la ONU, el estatus como no nacionales³⁰. La OIT adoptó, en 1949, el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) y la Recomendación núm. 86 del mismo nombre que lo acompaña, y en 1975, el Convenio núm. 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) y la Recomendación núm. 151 sobre los trabajadores migrantes³¹. Por su parte, para proteger los derechos humanos de una categoría vulnerable de personas, la ONU ha regulado también las migraciones laborales³². Así, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la ONU en 1990, constituye la expresión normativa del enfoque de la política migratoria basado en los derechos³³.

³⁰ Ushakova (2013a: 25 ss).

³¹ Gil (2009 y 2013).

³² Cfr. Ushakova (2013a).

³³ Desde la perspectiva internacional universal, la Convención representa uno de los resultados del proceso codificador de la ONU en materia de derechos humanos: forma parte de los nueve tratados fundamentales adoptados en ese ámbito, que comprenden tanto los dos pactos llamados a proteger los derechos civiles y políticos y económicos sociales y culturales de toda persona, como los instrumentos destinados a la protección de los derechos de diferentes grupos, llamados a veces colectivos vulnerables (mujeres, niños y, más recientemente, personas con discapacidad). Siguiendo la sistemática de la ONU, cabe distinguir entre la Carta Internacional de los Derechos Humanos y los nueve instrumentos fundamentales sobre los Derechos Humanos. La Carta incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también de 1966, y sus dos protocolos opcionales. Entre los tratados fundamentales, se encuentran: los dos Pactos, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, y la Convención internacional sobre la protección de todas las personas ante desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006. Además, la mayoría de estos tratados fundamentales cuentan con protocolos adicionales. Véase una

Por otro lado, las discusiones acerca de la dimensión social del comercio global han servido para aquilatar la competencia constitucional específica de la OIT, y no de otras organizaciones internacionales, como la OMC, en el logro de la justicia social en un mundo cada vez más interdependiente, debido a la globalización y a la liberalización del comercio³⁴. Sin entrar ahora en el problema de si las cuestiones laborales y el empleo entran o no en el mandato constitucional de otras organizaciones internacionales, como el BM, el FMI, o la OMC³⁵, interesa destacar que existe un consenso, en la comunidad internacional, acerca del papel protagonista que corresponde a la OIT en la materia. Cabe mencionar, en este sentido, las conclusiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, que tuvo lugar en Copenhague, en 1995³⁶, y, asimismo, la declaración final de la primera conferencia ministerial de la OMC, celebrada en Singapur, del 9 al 13 de diciembre de 1996³⁷. La respuesta de la OIT a esas invitaciones fue la Declaración de 1998, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo³⁸. Que la responsabilidad constitucional específica para el logro de la justicia social corresponda a la OIT, y no a otras organizaciones internacionales, como la OMC, implica que solo pueden utilizarse los mecanismos de supervisión y control de esa organización, fundados en la persuasión, y no, por ejemplo, los mecanismos sancionadores del sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin entrar ahora en la discusión

información más detallada en: <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm>.

³⁴ Como señala Galgano (2010a: 273 ss. y 2010b: 74 ss.), cabe distinguir tres modos de ser posibles de la economía de mercado, que corresponden a otros tantos estadios de su evolución: el mercado nacional, el mercado internacional y el mercado global.

³⁵ Cfr. Ushakova (2013b) acerca de la cooperación de la OMC y la OIT para promover el empleo.

³⁶ Cfr. ONU (1995), párrafo 98, apartado c), en el que se dice la aplicación de la Declaración de Copenhague y el Programa de Acción de la Cumbre entrañará la participación de muchas entidades del sistema de las Naciones Unidas, y que, con el fin de asegurar la coherencia de sus esfuerzos, la Asamblea General debe prestar atención a: “Pedir a la Organización Internacional del Trabajo, que por su mandato, estructura tripartita y experiencia tiene un papel especial que desempeñar en materia de empleo y desarrollo social, que contribuya a la aplicación del Programa de Acción”.

³⁷ La declaración renueva el compromiso de los Estados Miembros de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas; destaca que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuyen a promoverlas, y rechaza la utilización proteccionista que pudiera hacerse de las mismas; y afirma que la OIT es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y apoya su labor de promoción de las mismas: cfr. OMC (1996), párrafo 4. Queda, pues, claro el papel de primer orden de la OIT en la definición y puesta en práctica de las normas internacionales del trabajo.

³⁸ Cfr. *infra* el apartado 3.

acerca de la eficacia que tendrían los mecanismos sancionadores de la OMC, usados para proteger la justicia social en los intercambios comerciales, parece evidente que la comunidad internacional ha renunciado, por ahora, a una protección más intensa de la justicia social en el marco del sistema multilateral. Pero, por otro, ha despejado las dudas acerca del porvenir de la OIT. ¿Qué hubiera supuesto para la OIT el que la OMC se hubiese ocupado también de la dimensión social del comercio global? ¿No habría quedado reducida a un papel marginal? Así, el consenso acerca de la competencia de la OIT puede interpretarse de dos modos. Por un lado, cabe pensar que la comunidad internacional relega las cuestiones sociales a la OIT, una organización con menos recursos y con mecanismos de supervisión y control que, aun eficaces, carecen de la coerción de que gozan los de otras organizaciones internacionales, como la OMC. Pero, por otro, puede sostenerse que la comunidad internacional ha renovado su confianza en la OIT, una organización casi centenaria, con características únicas y una capacidad probada para adaptarse a los nuevos contextos históricos, políticos, sociales y económicos. El problema estriba en saber si la OIT será capaz de responder al desafío, y cumplir sus objetivos constitucionales en un nuevo contexto, de economía globalizada y capitalismo financiero.

Ya desde 1994, la OIT reflexiona sobre el modo más adecuado para que la acción normativa responda a los desafíos de la globalización, y ayude a conciliar el desarrollo económico y los derechos de los trabajadores³⁹. Como resultado de ese proceso, la organización ha actualizado su mensaje. Así, ha adoptado la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008. Además, desde 1999, promueve el concepto ético-jurídico de trabajo decente⁴⁰. Poco

³⁹ OIT (1994: 45 ss y 1997). Acerca del papel de la OIT, la justicia social y la globalización, cfr., por todos, Sengenberger y Campbell (dirs.) (1994), Maupain (1999), Sengenberger (2005a y 2005b), Sweptston (2005), Standing (2008) y Bogensee (2011).

⁴⁰ El término *trabajo decente* aparece por primera vez en 1999, en la memoria de ese título del Director General de la OIT, Juan Somavía, a la Conferencia Internacional del Trabajo: cfr. OIT (1999). El concepto integra o aglutina los objetivos estratégicos o pilares del mandato constitucional de la OIT: los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social, sin olvidar el objetivo transversal de la igualdad de género y la no discriminación. De este modo, el trabajo decente es un reflejo veraz de la Constitución de la OIT. En el concepto de trabajo decente, y como destacan Egger y Sengenberger (2001: 29), se halla implícita la idea expresada en la Constitución de que el trabajo no es una mercancía. Para Rodgers, Lee, Sweptston y Van Daele (2009: 239), la idea del trabajo decente proviene de la Declaración de Filadelfia, que promueve el desarrollo y el bienestar de las personas “en condiciones de libertad y dignidad, de

antes de que estallase la crisis financiera y económica, la OIT adoptó la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, que expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización, y reafirma los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación⁴¹. Tales valores, esenciales para el desarrollo social y la eficiencia económica sostenible, sustentan el Programa de Trabajo Decente y ponen de relieve el espíritu de las actividades y los compromisos de la OIT. La Declaración institucionaliza y consolida el concepto de trabajo decente, y lo realiza como la piedra angular y el principio que guía las políticas y tareas de la organización para alcanzar sus objetivos constitucionales⁴². De este modo, el elemento central de la Declaración es el reconocimiento de dos principios definitorios del Programa de Trabajo Decente. El primero es la universalidad de los objetivos de la OIT. Todos los miembros de la organización deben aplicar políticas basadas en los cuatro objetivos estratégicos: el empleo, la protección social, el diálogo social y los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁴³. El segundo es la indivisibilidad de esos objetivos⁴⁴. La Declaración propone que, entre las medidas de seguimiento, se investigue cómo interactúan los objetivos

seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. En este sentido, la noción hace suyos los elementos de otro concepto fundamental y más amplio de la OIT, la justicia social, que desarrolla la Declaración de Filadelfia de 1944. El concepto de trabajo decente sirve para promocionar una visión general más integrada de las actividades y programas de la OIT. Es, pues, un marco para armonizar y dotar de unidad a los diferentes departamentos de la OIT. Constituye quizá el mayor esfuerzo en la historia de la OIT por construir y poner en práctica un programa coherente e integrado, tanto a escala nacional como internacional. En suma, el trabajo decente es un concepto ético-jurídico, un marco integrador de los pilares del mandato constitucional de la OIT y la respuesta de la OIT a la globalización y la crisis financiera y económica: cfr. Gil (2012a). Acerca del trabajo decente, cfr., por todos, Egger y Sengenberger (2001), Ghai (2002, 2003 y 2005), Servais (2004, 2011b y 2012), Ghai (ed.) (2006), Peccoud (dir.) (2006), Bonnechère (2007 y 2008), Boutin (2010: 51 ss), Ferrante (2011: 203 ss), Hughes y Haworth (2011: 74 ss), Auvergnon (2012 y 2014), Gil (2012a) y Ushakova (2012).

⁴¹ OIT (2008 y 2009). Cfr. Maupain (2009) acerca de la importancia de la Declaración de 2008.

⁴² Apartados I, A) y B).

⁴³ El apartado I A) recoge los cuatro objetivos estratégicos, y el apartado I B) añade que la igualdad de género y la no discriminación deben considerarse cuestiones transversales en el marco de los objetivos estratégicos.

⁴⁴ El apartado I, B) reza así: “Los cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente. La falta de promoción de cualquiera de ellos menoscabaría el logro de los demás. Para obtener un máximo de impacto, los esfuerzos encaminados a promoverlos deberían formar parte de una estrategia global e integrada de la OIT en pro del trabajo decente”.

estratégicos entre sí, y se informe periódicamente de los progresos logrados para la consecución de los objetivos del trabajo decente. La Declaración de 2008 ordena los objetivos que aparecían en el preámbulo de la Constitución original de la OIT, y ofrece una concepción dinámica y proactiva de su contenido⁴⁵. Así, se pasa de la prevención del desempleo a la promoción del empleo; de la protección contra los riesgos, a la seguridad activa, y de la protección del tripartismo, a la promoción del diálogo social. Existe, pues, una dinámica de progreso, que se apoya en el estatuto reforzado de los derechos fundamentales. Además, la OIT reclama un desarrollo sostenible. La Declaración de 2008 subraya que solo mediante el desarrollo sostenible de las empresas, públicas y privadas, será posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos⁴⁶. Pero la OIT auspicia un equilibrio entre el desarrollo económico y la justicia social. El crecimiento y la mejora de la productividad no deben hacerse a costa de los derechos de los trabajadores. El crecimiento no puede basarse solo en unos salarios bajos, unas condiciones de trabajo flexibles y un despido fácil y barato. Para ser sostenible, el desarrollo económico debe fundarse en el trabajo decente. La crisis ha dado la razón al acento que pone la Declaración en la justicia social y la necesidad de los miembros de asumir activamente su responsabilidad en el objetivo de una mejor distribución de los beneficios y los costes de la globalización⁴⁷.

3. ¿Del *hard law* al *soft law*?

El esfuerzo de actualización de la OIT, mediante la adopción de las Declaraciones de 1998 y 2008 y la promoción del trabajo decente, ha dado a la organización una mayor visibilidad en el plano internacional, pero ha suscitado también reservas, e incluso críticas virulentas, fundadas en consideraciones de carácter jurídico, económico o sociológico que traslucen la misma inquietud: que, al centrar la acción normativa en los derechos fundamentales de los trabajadores, y en la estrategia del trabajo decente, la OIT se ha apartado de su vocación fundamental, e incluso la ha traicionado⁴⁸. Así, se ha reprochado a la OIT que ha relegado la acción normativa tradicional, consistente en la elaboración de instrumentos de carácter vinculante, y ha recurrido a instrumentos de *soft law*, poniendo el

⁴⁵ Maupain (2009: 13 ss.).

⁴⁶ Apartado I, A), i).

⁴⁷ Maupain (2009: 3 y 2012: 66).

⁴⁸ Maupain (2012: 5 y 6).

acento en la promoción y el fomento, en vez de la aplicación, y apoyándose en una normatividad difusa, propia de la noción de trabajo decente⁴⁹.

Resulta innegable que, en los últimos años, ha bajado el ritmo de producción de instrumentos y, en particular, de convenios. Basta comparar el número de instrumentos que se adoptaba en épocas anteriores, sobre todo tras la segunda guerra mundial, y el que se aprueba ahora. Las causas posibles de esa situación son múltiples: el mayor número y heterogeneidad de Estados miembros, que hace más difícil el consenso; el temor de los Estados a asumir nuevas obligaciones en tiempos de globalización y crisis económica, que supongan compromisos internacionales a largo plazo que lastren la productividad; el temor a que, en una época de neoliberalismo y fundamentalismo del mercado, en que los derechos han sufrido una regresión en las legislaciones de algunos países, como consecuencia de la crisis financiera y económica, la actualización de los instrumentos pudiera suponer que el acuerdo solo se lograra a costa de reducir la protección, por ejemplo frente al despido injustificado; la existencia de un derecho común internacional ya muy elaborado y, con frecuencia, poco ratificado por los Estados; la conveniencia de consolidar y perfeccionar las normas ya adoptadas, para acomodarlas a las nuevas necesidades, en vez de crear otras nuevas, que quizá pocos Estados ratificarían.

Junto al descenso en el número de adopción de instrumentos vinculantes, proliferan los instrumentos de *soft law*, tales como las declaraciones o los marcos no vinculantes. Así, cabe mencionar la declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en 1977, y enmendada en 2000 y 2006⁵⁰. En la década de los años 60 y 70, las actividades de las empresas multinacionales fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las empresas multinacionales y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las empresas multinacionales con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo. Las cuestiones relativas al trabajo y a la política social figuraban entre las preocupaciones suscitadas por las actividades de las empresas multinacionales. La búsqueda por parte de la

⁴⁹ Cfr. un análisis de esas críticas en Hughes y Haworth (2011: 45 ss.).

⁵⁰ Cfr. OIT (2006). El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo adoptó la declaración en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977), y la enmendó en sus 279.ª (noviembre de 2000) y 295.ª (marzo de 2006) reuniones.

OIT de orientaciones internacionales en lo tocante a los asuntos de su incumbencia se plasmó en la adopción, en 1977, por el Consejo de Administración, de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Los principios establecidos en ese instrumento internacional ofrecen a las empresas multinacionales, a los gobiernos, a los empresarios y a los trabajadores orientaciones en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida y relaciones laborales. Refuerzan sus disposiciones ciertos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, a cuyo respecto se insta a los interlocutores sociales a que los tengan presentes y los apliquen en toda la medida de lo posible. Asimismo, la OIT adoptó la Declaración sobre los principios y derechos en el trabajo, en 1998, y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, en 2008. Al respecto, conviene recordar que, pese a su relevancia y al hecho de que vinculan a la OIT, las Declaraciones de 1998 y 2008 se proclamaron en la Conferencia Internacional del Trabajo sin someterse al procedimiento de adopción de los convenios o recomendaciones que establece el artículo 19 de la Constitución. A diferencia de cuanto sucede con la Declaración de Filadelfia, que, desde 1946, pasó a constituir un anexo y parte integrante de la Constitución de la OIT, las Declaraciones de 1998 y 2008 no modifican las competencias, ni forman parte de la Constitución de la OIT. Con todo, conviene resaltar que la Declaración de 1998 se apoya en instrumentos vinculantes: deduce los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Constitución y la Declaración de Filadelfia y de los ocho convenios fundamentales que los han desarrollado.

En otros ámbitos, la OIT ha recurrido también a instrumentos de *soft law*. Así, en la actividad normativa de la OIT para la protección de los trabajadores migrantes, destaca la coexistencia de instrumentos vinculantes y no vinculantes. Junto a la actividad normativa tradicional, que se traduce en la adopción de convenios y recomendaciones, la OIT ha ensayado nuevos métodos de acción normativa, de carácter no vinculante, voluntario o promocional. En 1949 y 1975, la OIT adoptó dos Convenios y las Recomendaciones que los acompañan: el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) y la Recomendación número 86 del mismo nombre, y el Convenio número 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) y la Recomendación número 151 sobre los trabajadores migrantes. En el curso de sesenta años, los Estados que, tras la Segunda Guerra Mundial, estuvieron en el origen de la actividad normativa sobre la migración laboral, dudaron del principio de establecimiento de reglas vinculantes y, por último, lo rechazaron por completo. En 2004, luego de una discusión general en la Conferencia

Internacional del Trabajo, los Estados miembros decidieron adoptar un nuevo instrumento para la protección de los trabajadores migrantes. Sin embargo, se preocuparon de estipular que tendría un carácter no vinculante. Como lo llamaron marco multilateral, no era una recomendación internacional que diese lugar al compromiso implícito en esa forma de documento, según el artículo 19, apartado sexto, de la Constitución de la OIT. El marco multilateral no vinculante para las migraciones laborales contiene principios y directrices no vinculantes, y aporta un enfoque integrado y fundado en el respeto de los derechos⁵¹. En 1975, la mayoría de los Estados miembros de la Organización no se opusieron a la adopción de un convenio, aunque no lo ratificaron después, o incluso nunca tuvieron intención de hacerlo. No obstante, en 2004, tras la incorporación de cincuenta Estados a la OIT, un número importante de constituyentes consideraba inapropiado adoptar, como en 1949 y 1975, un instrumento que crease obligaciones, de la clase que fuesen.

Al analizar las críticas que se han dirigido a la nueva orientación, conviene poner de relieve, ante todo, los límites de la contraposición entre el *hard law* y el *soft law*, aplicados a la acción normativa de la OIT. En primer lugar, aun cuando son vinculantes, los convenios solo producen efectos, en el ordenamiento jurídico interno, si los ratifican los Estados miembros. La ratificación es voluntaria. Sin ella, un instrumento de *hard law*, como es el convenio, no produce efectos en el derecho interno. Una vez ratificado el convenio, el país está sujeto al sistema de control regular de la OIT, que se utiliza para garantizar que se aplica. En segundo lugar, desde sus orígenes, la acción normativa de la OIT se caracteriza por la coexistencia de instrumentos vinculantes y no vinculantes: aunque son instrumentos propios de la acción normativa tradicional de la OIT, previstos en la Constitución, las recomendaciones no tienen carácter obligatorio, pero sirven para orientar las políticas y la acción de las autoridades nacionales. En tercer lugar, el propio convenio puede contener partes no vinculantes, como sucede en el Convenio MLC núm. 186, de 2006, que distingue cuatro niveles. Los niveles tercero y cuarto, que constituyen el “código”, comprenden normas obligatorias (parte A) y pautas no obligatorias (parte B) sobre cómo hacer efectivos los requerimientos del convenio.

En cuarto lugar, los convenios de la OIT son instrumentos flexibles. Como es obvio, la flexibilidad ya existe en el principio de derecho internacional según el cual los Estados solo aceptan las reglas que desean. Ahora bien, los convenios que elabora la organización aspiran no solo a la

⁵¹ OIT (2005a).

universalidad, sino también a la flexibilidad⁵². Aunque no permiten reservas⁵³, los convenios de la OIT tienen en cuenta el hecho de que se dirigen a países con condiciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, y con distintos sistemas constitucionales y legales, y ofrecen a los Estados miembros la posibilidad de optar por distintos grados de compromiso, a través de fórmulas diferentes y, sobre todo, de las denominadas cláusulas de flexibilidad⁵⁴. Las cláusulas de flexibilidad permiten modular el alcance de las obligaciones⁵⁵, o el objetivo del instrumento⁵⁶. También permiten excluir a ciertas categorías de personas o de empresas⁵⁷, o a una parte del territorio del país⁵⁸. O habilitan al Estado a que defina una cierta rama, industria o sector⁵⁹. En otros casos, las definiciones de las personas a que se aplican deben basarse en un porcentaje específico de los asalariados o de la población del país⁶⁰. La flexibilidad afecta también a los métodos de aplicación⁶¹. Así, por poner algún ejemplo, el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad

⁵² Como destaca OIT (2014: 19), los convenios se adoptan por el voto mayoritario de dos tercios de los mandantes de la OIT, por lo que son la expresión de principios reconocidos universalmente. El proceso legislativo único de la OIT incluye a representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empresarios.

⁵³ Cfr. Servais (1986: 209 y 2011a: 76).

⁵⁴ Cfr. Servais (1986). La OIT (2014: 19) indica que las cláusulas de flexibilidad establecen normas provisionales más restringidas que las prescritas normalmente, para excluir a determinadas categorías de trabajadores de la aplicación del convenio, o para aplicar solo algunas partes del instrumento.

⁵⁵ Así, por ejemplo, el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social permite elegir, al tiempo de la ratificación, por medio de una declaración formal, el alcance de las obligaciones que asume el Estado.

⁵⁶ Así, los Estados pueden decidir por sí mismos, tras realizar ciertas consultas, cuál es el objetivo del convenio: cfr., por ejemplo, el Convenio núm. 26 sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, que no exige que los Estados miembros establezcan un salario mínimo específico, sino que instauren un sistema y los mecanismos necesarios para fijar los niveles salariales mínimos adecuados para su desarrollo económico: cfr. OIT (2014: 19).

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, el Convenio (revisado) núm. 41, sobre el trabajo nocturno (mujeres), y el Convenio núm. 89, sobre el trabajo nocturno (mujeres).

⁵⁸ Cfr., por ejemplo, los Convenios núms. 24, 25, 62, 63, 77, 78, 88, 94, 95 o 96.

⁵⁹ Cfr., por ejemplo, el Convenio núm. 106 sobre el descanso semanal (comercio y oficinas).

⁶⁰ Tal sucede en muchos de los convenios de seguridad social.

⁶¹ El Estado que ratifica un convenio debe adoptar cualquier acción que resulte necesaria para hacer efectivas las previsiones del convenio. Así, debe darse efecto a las disposiciones del convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que las disposiciones se apliquen por medio de convenios colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional, como la costumbre o las medidas administrativas.

social incluye una cláusula de flexibilidad, que permite la ratificación con la aceptación inicial por un Estado de determinadas partes o contingencias, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar la ratificación a otras contingencias en una etapa posterior. Asimismo, los instrumentos de protección de los trabajadores migrantes han ido adquiriendo, de forma paulatina, una gran flexibilidad en la forma y estructura, mayor que en otros casos, y que parece hallarse relacionada con el aumento del número de Estados miembros de la OIT⁶².

Aclarados ya los límites de la contraposición entre el *hard law* y el *soft law*, resulta evidente que la OIT puede: mejorar la política normativa y los instrumentos vinculantes ya existentes, para lograr un código internacional del trabajo más moderno y propio del siglo XXI; explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas; conseguir que el *soft law* no sea una alternativa, sino un complemento del *hard law* y, por último, propugnar una mejor articulación y coherencia entre las distintas iniciativas tendentes a lograr una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social.

En primer lugar, la OIT puede mejorar la política normativa⁶³, que, como todas las actividades de la organización, debe tender al logro de los cuatro objetivos de la estrategia del trabajo decente que institucionaliza la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008⁶⁴. Desde 2005⁶⁵, los componentes fundamentales de la

⁶² Awad (2010: 113) y Cholewinski (1997: 100 y 101). En veinticinco años, el sistema pasa de un convenio cuyas provisiones deben aplicar, en su totalidad, los Estados que lo ratifiquen, a un instrumento opcional por naturaleza: los Estados partes pueden obligarse a cumplir una sola de sus partes. Treinta años más tarde, no se aceptan ya las reglas obligatorias o coercitivas. Pero la flexibilidad afecta también al número de provisiones de los instrumentos, así como a las materias que tratan. El Convenio núm. 143, de 1975, tiene dos partes, contiene más artículos y regula un mayor número de aspectos que el Convenio núm. 97, de 1949. El marco multilateral para las migraciones laborales, opcional por completo, va más lejos. Incluye un número considerable de provisiones, y cubre un ámbito sustancialmente más amplio de temas.

⁶³ Actualmente, y como señala la OIT (2011a), párrafo 2, se considera que la política normativa de la OIT es uno de los cuatro componentes de la estrategia relativa a las normas. Los otros tres son: aumentar el impacto del sistema de control de la OIT y fortalecerlo; mejorar el impacto del sistema normativo mediante la asistencia y la cooperación técnicas, y aumentar la visibilidad del sistema normativo. Los cuatro componentes están relacionados entre sí y se refuerzan mutuamente. La política normativa y el sistema de control tratan de las cuestiones sustantivas que se contemplan en las normas internacionales del trabajo. La asistencia y la cooperación técnicas son, junto con la estrategia de comunicación, las herramientas que sostienen esos dos componentes fundamentales.

⁶⁴ OIT (2011a), párrafos 3 y 4.

⁶⁵ OIT (2005b).

política normativa de la OIT son objeto de consultas, las cuales se intensificaron en 2009 y 2010. Después de la discusión celebrada durante la 309ª reunión del Consejo de Administración, se determinó por consenso que la política normativa de la OIT consta de los siguientes elementos fundamentales: la determinación de los mejores medios para mantener el cuerpo de normas actualizado, de las normas que requieren revisión, de las normas actualizadas, y su promoción, y de nuevos temas y enfoques para las actividades normativas, así como la preparación y adopción de normas, y la aplicación efectiva de las normas de la OIT⁶⁶.

Como ocurre en el plano nacional, ciertas normas internacionales del trabajo pueden dejar de ser pertinentes como resultado de los cambios económicos, sociales, culturales y tecnológicos, y deben modificarse cuando ya no responden a las necesidades. Así, la promoción de la ratificación de los convenios no excluye la posibilidad de su revisión y actualización. En el marco de la OIT, el trabajo de revisión o adaptación se ha llevado a cabo mediante varios métodos⁶⁷. En primer lugar, la elaboración de instrumentos que revisan un convenio o una recomendación determinada puede inscribirse como un punto del orden del día de la Conferencia. En segundo lugar, han realizado esa tarea, de manera sistemática, grupos de trabajo y comisiones del Consejo de Administración, en el marco de un enfoque global para determinar qué instrumentos se hallan actualizados – y promover su ratificación – y cuáles deberían dejarse de lado, o ser objeto de una revisión o una solicitud de información. En ese contexto, cabe mencionar el Grupo de Trabajo de Ventejol, cuyos primer y segundo informes aprobó el Consejo de Administración en 1979 y 1987, respectivamente, y el Grupo de Trabajo Cartier, que adoptó sus informes en 1997 y 1998⁶⁸. Estaba previsto que la Oficina publicara, en 2002, una compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo⁶⁹. Esas labores, que incluían también la clasificación de los instrumentos de la OIT por temas, han

⁶⁶ OIT (2011a), párrafo 11. El documento aclara que la aplicación efectiva de las normas se añadió a raíz de las discusiones celebradas en noviembre de 2010, con el fin de reflejar los comentarios formulados por el Grupo de los Empleadores y los Gobiernos de Australia, Bangladesh, China y la India. Estos opinaban que el impacto de las normas no se limitaba a la ratificación, sino que también debían tenerse en cuenta las medidas de carácter general relacionadas con la aplicación de las normas del trabajo. Se destacó la importancia que revisten la cooperación y la asistencia técnicas con el fin de mejorar la aplicación, garantizando así la protección efectiva de los trabajadores en todo el mundo: cfr. OIT (2011a), párrafo 11, nota 14.

⁶⁷ Doumbia-Henry (2015: 13 y 14).

⁶⁸ Cfr. OIT (2002b) sobre los trabajos del Grupo de Trabajo Cartier.

⁶⁹ Cfr. OIT (2002a).

continuado en los últimos años a cargo de la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo del Consejo de Administración, cuyo informe de noviembre de 2012 es digno de mención. Por último, conviene recordar que, desde 1997, la Conferencia Internacional del Trabajo puede retirar instrumentos. La posibilidad de retirar convenios está prevista en una enmienda al Reglamento de la Conferencia, que se adoptó al mismo tiempo que una enmienda constitucional de 1997. De conformidad con el artículo 45 bis del Reglamento, la derogación se aplica a los convenios en vigor y el retiro a los convenios que no se hallan en vigor y a las recomendaciones.

Pues bien, durante las consultas sobre un enfoque encaminado a instaurar un mecanismo de examen de las normas, ha habido consenso en lo que hace a los principios generales que deberían orientar las discusiones sobre la política normativa y que, en última instancia, deberían constituir la base de las recomendaciones en relación con el mecanismo de examen de las normas. Así, las propuestas presentadas no deberían causar una reducción de la protección de que ya gozaban los trabajadores en virtud de los convenios ratificados. Debería preservarse escrupulosamente el patrimonio de derechos existentes, sin perjuicio de otras innovaciones que se considere oportuno introducir. Las decisiones deberían aportar respuestas y ser pertinentes para las necesidades del mundo del trabajo. Debería aplicarse un criterio holístico, teniendo en cuenta cada uno de los objetivos estratégicos, la necesidad de elaborar normas para las cuestiones nuevas, la necesidad de examinar las normas vigentes, así como promover las normas y prestar asistencia técnica para la ratificación y aplicación efectiva. Las decisiones deberían basarse en análisis detenidos. En fin, las decisiones deberían adoptarse por consenso. Se entendió que tales principios rectores se fundan en los principios de la buena fe y en el compromiso de todos los mandantes de velar por la aplicación efectiva de las conclusiones adoptadas. Asimismo, se invocó la existencia de un principio jurídico claro según el cual, a falta de una nueva decisión consensuada, la decisión previamente adoptada en relación con cualquier instrumento, seguirá en vigor hasta su sustitución⁷⁰.

De entre los esfuerzos recientes de la OIT para perfeccionar el código internacional del trabajo, cabe mencionar la publicación, en castellano, francés e inglés, de la *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*⁷¹. La publicación presenta, clasificados por temas, los convenios

⁷⁰ OIT (2011a), párrafo 14.

⁷¹ OIT (2015a). Vid., asimismo, en Gil y Ushakova (2015) una recopilación, en inglés, de los principales instrumentos de la OIT.

y las recomendaciones de la OIT que no se han revisado, reemplazado o considerado obsoletos, e indica su situación actual (actualizados, en situación provisoria, instrumentos respecto de los cuales se solicita información, pendientes de revisión, instrumentos respecto de los cuales no se han formulado conclusiones, o relacionados con los artículos finales)⁷². La compilación puede servir de base y referencia para la puesta en práctica del mecanismo de revisión de normas, que ha aprobado el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo.

En segundo lugar, la OIT puede explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas. Durante muchos años, el Convenio núm. 102, sobre la norma mínima de seguridad social, se ha considerado como un modelo insuperable para la acción normativa, al unir la sofisticación técnica y la flexibilidad⁷³. Con la adopción, en 2006, del Convenio MLC núm. 186, sobre el trabajo marítimo, que reagrupa instrumentos anteriores, la OIT ha iniciado una nueva línea para la elaboración de las normas internacionales del trabajo. El convenio es original desde distintos puntos de vista⁷⁴. Combina la firmeza de exigir la observancia de unos principios y derechos esenciales con la flexibilidad en su aplicación, mediante la atribución concreta de responsabilidades y la determinación del organismo encargado de obtener resultados. El estilo y la forma del convenio son una novedad para la OIT. El convenio se ha redactado en un lenguaje llano y con una nueva estructura, a saber, artículos, un reglamento y un código que consta de dos partes. Cada regla va seguida normalmente de una “norma” obligatoria, y una “pauta” no obligatoria, en la que se indica la forma en que debe aplicarse la norma⁷⁵. En el

⁷² El proceso de actualización de los instrumentos ha permitido determinar que, de los 189 convenios que ha adoptado la OIT, solo 82 están actualizados. De los 107 restantes, 23 están en situación provisoria, tres son objeto de una solicitud de información, 22 están pendientes de revisión, uno no ha sido objeto de conclusiones y dos están relacionados con los artículos finales; los demás convenios (56) se han retirado o dejado de lado. Los cinco protocolos adoptados están actualizados. En cuanto a las 204 recomendaciones de la OIT, 83 están actualizadas, 22 se hallan en situación provisoria, 12 son objeto de una solicitud de información, 13 están pendientes de revisión, una no ha sido objeto de conclusiones y otra no se ha clasificado todavía; las demás recomendaciones (72) se han revisado, considerado obsoletas, retirado o reemplazado. Cfr. el anexo de OIT (2012a: 3 ss), que contiene una lista de los instrumentos que no se reproducen en la *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*.

⁷³ Maupain (2012: 46) subraya este hecho.

⁷⁴ Cfr. OIT (2003a, 2003b y 2011b, párrafo 614) y, asimismo, Servais (2014: 41 ss.).

⁷⁵ En efecto, en lo que hace a la estructura, el convenio contiene cuatro niveles. El primero se presenta en la misma forma que los convenios internacionales del trabajo clásicos, con artículos que regulan los derechos básicos y las disposiciones sobre el instrumento como un todo, tales como la entrada en vigor y el procedimiento de

Convenio MLC, también se instaura un mecanismo de “seguimiento continuado de su aplicación”.

El documento tiene tres objetivos: establecer, en sus artículos y reglas, una serie firme de derechos y obligaciones; permitir, a través del código, flexibilidad en la manera en que los Estados los aplican; y, por último, asegurar que esos derechos y obligaciones se cumplan apropiadamente y que se controle su cumplimiento. Hay dos ámbitos principales para la flexibilidad en la aplicación. Uno es la posibilidad de hacer efectivos los requerimientos detallados de la Parte A del Código a través de una equivalencia sustancial (art. VI, párrafos 3 y 4). El segundo se recoge a través de la formulación de requerimientos obligatorios de varias disposiciones de la Parte A de modo general, dejando un ámbito más amplio a la discreción, como así también a la acción precisa que ha de adoptarse en el ámbito nacional. La guía que proporciona el Código para la aplicación, en la Parte B, no es obligatoria. En cualquier caso, la ley y las reglamentaciones nacionales deben respetar los derechos que menciona la Declaración de la OIT de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, como, por ejemplo, la libertad sindical y la eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación (art. III). La igualdad entre hombres y mujeres en el empleo supone todavía un problema en una serie de países que ha mantenido la prohibición del trabajo de las mujeres a bordo. Otra innovación se manifiesta en la manera de modificar el nuevo convenio, la cual se ha simplificado (arts. XIV y XV). Se han introducido cambios en el convenio mismo y en los artículos y el reglamento a través de enmiendas, en vez de por la adopción de un convenio revisado o un protocolo. El código puede modificarse por un acuerdo tácito, un procedimiento inspirado por el establecido en los instrumentos de otras organizaciones internacionales y, en particular, la Organización Marítima Internacional (OMI). El Convenio se halla sometido a una revisión continua por un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración de la OIT, con especial competencia en el área de las normas laborales marítimas (art. XIII).

revisión. El segundo nivel consiste en el “reglamento”, y enumera los derechos y obligaciones de las personas interesadas y las obligaciones de los Estados ratificantes. Los niveles tercero y cuarto, llamados conjuntamente el “código”, contienen detalles sobre la aplicación de las reglamentaciones: comprenden normas obligatorias (parte A) y pautas no obligatorias, que sirven de asesoramiento (parte B), sobre cómo hacer efectivos los requerimientos del convenio. El Estado que ratifica el Convenio se compromete a respetar los derechos y obligaciones expuestos en el reglamento y a aplicarlo del modo establecido en las previsiones correspondientes de la Parte A del código; además, debe considerar debidamente el desarrollo de sus responsabilidades, como se dispone en la Parte B (artículo VI del Convenio).

El convenio puede ofrecer un modelo para la actividad normativa futura de la OIT. Así, por ejemplo, la Comisión de expertos para la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT ha sugerido que la Conferencia internacional del trabajo utilice una técnica similar de consolidación para los instrumentos de seguridad social⁷⁶. Ha subrayado que también se necesita un lenguaje llano en el terreno de la seguridad social, puesto que se trata de una esfera en que se utilizan muchos tecnicismos. Ha señalado que una estructura de múltiples niveles, similar a la utilizada en el Convenio MLC, podría resultar adecuada para dar cuenta, en forma más clara, de la estructura de la legislación en materia de seguridad social, que consiste en normas obligatorias, normas de procedimiento y pautas dirigidas a los funcionarios encargados de tomar decisiones. Y ha concluido que la forma codificada de presentación adoptada por el Convenio MLC también podría utilizarse eficazmente en la seguridad social, ámbito en el cual, en el caso de las legislaciones desarrolladas, se registra una tendencia a la refundición de sus normativas, que se traduce en leyes orgánicas e integrales o en códigos de la seguridad social.

En tercer lugar, en los nuevos métodos de acción normativa, el *soft law* puede constituir no una alternativa, sino un complemento del *hard law*⁷⁷. Conviene advertir que la relación de complementariedad entre los instrumentos vinculantes y no vinculantes existe ya desde los orígenes de la OIT. Una de las funciones típicas de las recomendaciones consiste en desarrollar, ampliar y complementar los convenios. Pues bien, debe ponerse de relieve que, aun siendo instrumentos de *soft law*, las Declaraciones de 1998 y 2008 crean mecanismos de seguimiento y promoción originales, como los informes periódicos y globales, y vinculan a la propia OIT y, en ocasiones, a los Estados miembros. Así, la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo crea un mecanismo de seguimiento promocional (art. 4), que se apoya en la cooperación técnica para lograr la efectividad de los derechos. Los Estados miembros tienen la obligación de trabajar para alcanzar determinados valores básicos, inherentes a la pertenencia a la OIT. La obligación existe aun cuando todavía no hayan ratificado los convenios fundamentales que consagran esos principios. Asimismo, la propia OIT

⁷⁶ OIT (2011b), párrafo 614 y, asimismo, 605.

⁷⁷ En su propuesta para extender el ámbito de aplicación de la seguridad social, Supiot (2006a: 9) apunta la posibilidad de que el *soft law* no suponga una alternativa, sino un complemento de la *dura lex*. Y señala que, al regular el libre mercado y los derechos de los trabajadores, es conveniente combinar las reglas que se imponen a todos, con otras que tengan en cuenta las diferentes situaciones.

tiene la obligación de brindar la asistencia necesaria para la consecución de esos objetivos. Por otro lado, la Declaración de 2008 aplica a los derechos de los trabajadores que no tienen el carácter de derechos fundamentales un sistema de informes y exámenes periódicos calcado, en gran medida, en el de los informes globales de la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁷⁸. Y, aunque no crea obligaciones vinculantes para los Estados miembros, la visión del trabajo decente que expresa la Declaración de 2008 vincula a la Organización, en particular el Director General, en sus actividades y elaboración de programas⁷⁹.

De igual modo, el marco multilateral no vinculante para las migraciones laborales ilustra la posibilidad de que el *soft law* complemente el *hard law*. Mediante el marco multilateral, la OIT completa las aportaciones de los Convenios núm. 97 y núm. 143 y promueve un enfoque de la política migratoria basado en los derechos, que ha hallado su expresión normativa en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la ONU en 1990. Los trabajadores migrantes tienen la dignidad inherente a todo ser humano y son titulares de los derechos humanos universales y de los derechos laborales que establecen los instrumentos internacionales. Pero un enfoque basado en los derechos no solo es un imperativo ético y de derechos humanos. También resulta esencial para lograr un equilibrio entre los intereses de los países de origen y de destino, así como de los trabajadores migrantes, que mantenga la cohesión social y favorezca el desarrollo, sin olvidar la protección de los derechos de los trabajadores migrantes. De este modo, cabe apreciar un desplazamiento del centro de interés de la OIT. A lo largo de su historia, la OIT ha explorado los vínculos de la migración con el pleno empleo, el control de los flujos migratorios y los derechos humanos. Si en un principio se preocupó por facilitar el movimiento del excedente de la mano de obra, luego prestó una atención particular al control de los flujos migratorios y, por último, a la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. Maupain (2009: 23 y 24) y, asimismo, Maupain (2005a: 25 y 2005b).

⁷⁹ Servais (2011b: 77).

⁸⁰ En 1949, la OIT adoptó el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) y la Recomendación núm. 86 del mismo nombre que lo acompaña, con la finalidad de facilitar el excedente de la mano de obra de Europa a otras partes del mundo, en especial América. En esos dos instrumentos, las migraciones laborales se consideraron desde el punto de vista del pleno empleo, una cuestión de gran relevancia al final de la segunda guerra mundial. En 1975, a los Estados les preocupaba cada vez más el desempleo y el aumento de la migración irregular. Por eso, dejó de hacerse hincapié en facilitar la migración del excedente de mano de obra, y la atención se centró en controlar los flujos migratorios. De este modo, la OIT adoptó dos nuevos instrumentos: el

El marco multilateral lleva, como subtítulo, principios y directrices no vinculantes para un enfoque basado en los derechos de la migración laboral. Por tanto, el énfasis se sitúa explícitamente en el carácter indicativo y no vinculante del marco multilateral. La cuestión es qué efectividad puede tener un documento de esa naturaleza, si se compara con un convenio vinculante. Algunos autores ven el peligro de debilitar los acuerdos internacionales para la protección de los trabajadores migrantes. Otros niegan que tal sea el caso⁸¹. El marco multilateral puede verse como un intercambio que se lleva a cabo en interés de los trabajadores migrantes y de los países de origen y de destino. Es cierto que se ha abandonado el carácter vinculante; pero, como contrapartida, se ha dilatado el ámbito de materias en que se sugieren reglas. Además, la protección se concibe de manera más amplia que a través de la adopción de reglas legales. La ampliación se acompaña de medidas detalladas, que hubiesen estado fuera de lugar en un convenio. Aunque es voluntaria la aplicación de los principios y medidas que establece el marco multilateral, también lo es la ratificación de los convenios. En particular, la experiencia en la ratificación del Convenio número 143, de 1975, no se avenía bien con la adopción de un nuevo convenio. Por otra parte, los términos detallados del marco multilateral permiten a los Estados que lo deseen usarlos como base para formular y aplicar sus políticas migratorias. La adopción de un instrumento indicativo y voluntario no impide, en modo alguno, la adopción de un convenio vinculante, cuando las condiciones para hacerlo sean favorables en la comunidad internacional. El impacto de un marco regulador multilateral puede medirse según como lo usen los Estados parte⁸². La yuxtaposición de provisiones vinculantes y opcionales amplía las opciones que se ofrecen a los miembros de una organización internacional. No hace sino reflejar la naturaleza imperfecta del sistema internacional.

En suma, el marco multilateral constituye una herramienta importante para orientar la actuación de la OIT y las políticas nacionales. Sobre todo en tiempos de crisis, es de esperar que los principios y directrices que ha elaborado la OIT contribuyan a una mejora sensible de la situación jurídica, social y económica de los trabajadores migrantes, y que permitan reforzar la aplicación a los mismos de las normas internacionales del

Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151). Por su parte, el marco multilateral no vinculante completa los Convenios núm. 97 y 143 y consagra el enfoque de la política migratoria basado en los derechos.

⁸¹ Cfr., en este sentido, Awad (2010: 112 y 113).

⁸² Awad (2010: 113).

trabajo y de los derechos que aseguran⁸³. Aun así, se da la paradoja de la afirmación de un enfoque basado en los derechos, pero sin un compromiso vinculante. La nueva perspectiva, que pone el acento en la dignidad y los derechos humanos de los trabajadores migrantes, se impulsa mediante declaraciones y documentos de carácter programático e informativo. Cuanto más elevado es el ideal de protección de los trabajadores migrantes, más dificultades hay para que la OIT lo plasme en un instrumento vinculante y menor es el interés de los Estados miembros, en especial los países de destino de la migración, para ratificar una norma internacional que condicione sus políticas migratorias, sobre todo en lo que hace al control de la admisión y el régimen de la migración.

En fin, la OIT puede auspiciar una mejor articulación y coherencia entre las diferentes técnicas y enfoques para regular los aspectos sociales de la globalización. En la actualidad, la acción normativa no es un monopolio de la OIT, sino que se lleva a cabo también fuera de la organización. La mayoría de los acuerdos bilaterales o regionales de libre comercio contienen disposiciones sociales. Igual sucede con algunos acuerdos internacionales de inversiones y de ayuda al desarrollo, así como con los préstamos que conceden los bancos regionales de desarrollo. Tales acuerdos, ayudas y préstamos se hallan sometidos a la aplicación de un cierto número de derechos sociales. A veces, las disposiciones son condicionales; otras, promocionales. Y hacen referencia a los convenios de la OIT, o a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de 1998, o, tan solo, al derecho social nacional. Esa multiplicación de reglas más o menos vinculantes plantea el problema de la coherencia con las normas de la OIT. La eficacia del conjunto debe evaluarse de forma rigurosa, para identificar las complementariedades, pero también las posibles contradicciones. Más en general, sería útil reflexionar acerca de una mejor articulación entre las distintas iniciativas para lograr una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social⁸⁴.

4. ¿Del *self-service* normativo a un orden público social internacional?

El artículo 18 de la propuesta británica sobre la que trabajó la comisión de

⁸³ Rodríguez-Piñero (2004: 564).

⁸⁴ Tal es la conclusión a que llega Torres (2012: VII). Sobre el particular, cfr. Maupain (2012: 199 ss) y OIT (2015b).

legislación internacional del trabajo contenía una disposición radical, a cuyo tenor la Conferencia Internacional del Trabajo se hallaba dotada de la competencia necesaria para adoptar una legislación internacional del trabajo digna de ese nombre, por medio de convenios que se convertirían en obligatorios para todos los Estados miembros⁸⁵. Sin embargo, muy pronto, de forma realista, los fundadores de la OIT se dieron cuenta de que tal solución vinculante podía conducir a resultados opuestos a los objetivos de progreso universal que pretendía promover. En efecto, si la Conferencia Internacional del Trabajo adoptaba instrumentos internacionales avanzados, se corría el riesgo de disuadir a los Estados menos desarrollados para que formasen parte de ella. Pero, una vez adheridos a la OIT, los Estados podían ponerse de acuerdo para que las normas internacionales se alineasen sobre el mínimo común denominador. Como ninguna de las dos hipótesis era deseable, se optó por una solución clásica, que comportaba, aun así, elementos originales y progresistas: la de establecer acuerdos internacionales – convenios y recomendaciones – que debían ratificarse o aceptarse por los Estados miembros para que desplegasen efectos en el ordenamiento jurídico interno.

Desde un primer momento, la apuesta institucional de los fundadores de la OIT era arriesgada⁸⁶. Por un lado, pretendían conciliar la realización de los objetivos de progreso social que enuncia el preámbulo de la Constitución con la interdependencia de los Estados, ayudándolos a superar los temores inherentes a la apertura de los espacios económicos a través de las normas convenidas colectivamente. Pero, por otro lado, esas normas acordadas sobre una base voluntaria solo pueden convertirse en obligatorias para los Estados miembros si las aceptan formalmente, ya sea mediante la ratificación, en el caso de los convenios, o bien adoptando una legislación idónea, en el caso de las recomendaciones. Si nos situamos en la perspectiva de la época, la apuesta institucional no era irrazonable. En efecto, los fundadores podían pensar que la capacidad de la OIT para nivelar, al menos en parte, las condiciones de trabajo entre los diferentes países sería tanto más irresistible, cuanto que se ejercía con la ayuda de tres instrumentos poderosos: una legitimidad incontestable, vinculada a una estructura tripartita única, así como a una composición universal; la adaptación razonable a las exigencias y posibilidades de cada país y, en fin, la capacidad de presión residual que confiere a la OIT el artículo 19.5 c) de la Constitución sobre los Estados que se demoran en ratificar. Con

⁸⁵ En este párrafo, sigo a Maupain (2012: 16 y 17).

⁸⁶ Maupain (2012: 44).

todo, la libertad de ratificar o no los convenios se hallaba enmarcada por varios mecanismos, que pretendían dificultar el rechazo de un texto largamente negociado y adaptado a las realidades de cada país, sin romper los códigos de comportamiento entre los miembros de lo que era, en sus orígenes, un club. Entre tales mecanismos, cabe subrayar, en particular, la obligación de someter los convenios adoptados a la autoridad competente, que establece el artículo 19 (5) b) de la Constitución, y la obligación de informar de las medidas adoptadas o previstas para dar cumplimiento a tales convenios, incluso cuando no se ratifican, que prevé el artículo 19 (5) e) de la Constitución⁸⁷.

Pues bien, el carácter voluntario de la ratificación de los instrumentos vinculantes que elabora la OIT, a fin de que produzcan efectos en el plano interno, da lugar a un sistema de *self-service* o de *pick and choose* normativo. Los Estados miembros son libres para ratificar o no los convenios. La pertenencia a la OIT no conlleva la obligación de ratificar tal o cual convenio. Como ahora veremos, la OIT ha tratado de dar una respuesta original a ese problema, por medio de la Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Según el Preámbulo de la Constitución de la OIT, el objetivo inicial de la organización no era proteger los derechos humanos, en el sentido moderno del término, sino lograr la paz, la justicia social y una competencia económica equitativa⁸⁸. Para asegurar la paz por medio de la justicia social, así como una concurrencia justa entre las empresas y Estados, la OIT asume la competencia de elaborar normas internacionales sobre las condiciones de vida de todas las categorías de trabajadores, y aun sobre la situación de las personas necesitadas. Si bien pretende mejorar la condición de los trabajadores, la acción normativa tradicional de la OIT no ha seguido la forma de las declaraciones de derechos, ni se ha fundado en la diferencia de jerarquía entre unos y otros convenios. Aunque protegen los derechos de los trabajadores, los convenios de la OIT no suelen reconocer derechos fundamentales a los individuos, sino que imponen obligaciones a los Estados⁸⁹. Además, según el artículo 19 de la

⁸⁷ Maupain (2012: 44, nota 44).

⁸⁸ Cholewinski (1997: 80) subraya que los derechos humanos se han considerado siempre en el centro de la misión de la OIT, como parte del contexto, más amplio, de la justicia social. Cfr., asimismo, Swepston (1999: 1).

⁸⁹ Como sostienen Rogers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 44), los instrumentos de la OIT se refieren a las obligaciones de los gobiernos de garantizar ciertos resultados o procesos. El hecho de que se traduzcan en una mayor protección de los derechos humanos rara vez aparece reflejado en el propio instrumento, ni siquiera en los convenios fundamentales de la OIT sobre derechos humanos.

Constitución, todos los convenios tienen el mismo valor, e imponen las mismas obligaciones a los Estados miembros⁹⁰. Sea cual sea la cuestión que regulen, todos se elaboran en el mismo marco institucional, con la participación de representantes de los gobiernos, los trabajadores y empresarios; se aprueban con una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes en la Conferencia Internacional del Trabajo; se hallan sometidos al mismo sistema de control, y aspiran siempre a la ratificación de los Estados miembros. Tras su fundación, y en el ejercicio de su acción normativa, la OIT adoptó varios instrumentos que afectan a diferentes aspectos de los derechos laborales. Aun así, el único convenio anterior a la segunda guerra mundial que trata verdaderamente de un derecho humano es el núm. 29, de 1930, sobre el trabajo forzoso. En aquel periodo, la OIT no desarrolló los otros dos derechos humanos que mencionaba la Constitución: el derecho de asociación de los trabajadores y empresarios y el principio de la igualdad de remuneración entre el hombre y la mujer por un trabajo de igual valor⁹¹.

Con todo, desde que se inscribieron en su Constitución, por medio de la Declaración de Filadelfia, los derechos humanos han ocupado un puesto central en la acción normativa de la OIT⁹². Entre 1948 y 1958, la OIT elaboró varios convenios en ese terreno. Pocos meses antes de que la ONU adoptase la Declaración Universal de Derechos Humanos, la OIT adoptó el convenio número 87, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Antes de que la ONU redactase los dos Pactos de derechos humanos de 1966, la OIT había adoptado ya el Convenio número 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; el Convenio número 100, de 1951, sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres; el Convenio número 105, de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso, y el Convenio número 111, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Así pues, la labor de la OIT ha influido de forma decisiva en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. En sus instrumentos, la ONU

⁹⁰ Rogers, Lee, Swepston e Van Daele (2009: 44) subrayan que, en la mayoría de los casos, la propia OIT no establece diferencias entre las normas de protección de los trabajadores, aunque vela por que ninguna de sus acciones vaya en contra de la noción de derechos básicos.

⁹¹ La Constitución original de la OIT proclama “el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los obreros como para los patronos” (art. 427, 2º, del Tratado de Versalles), e incluye el principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor (art. 427, 7º, del Tratado de Versalles).

⁹² Swepston (1999). Cfr. Gil (2014b) para mayores detalles.

consagra los grandes temas de derechos humanos, pero no lo hace de una manera detallada. En general, si se comparan con los instrumentos de la ONU, los convenios de la OIT desarrollan de forma más exhaustiva los derechos fundamentales del trabajador. Así, el pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 22.3) y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 8.3) invocan el Convenio núm. 87 de la OIT, como la norma de referencia en la protección de la libertad sindical. En ocasiones, los instrumentos de la OIT ofrecen una protección más amplia. Así, ya desde 1919, la Constitución de la OIT reconoce el derecho de asociación también a los empresarios, mientras que la Declaración universal de derechos humanos solo se refiere al derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23.4). De igual modo, la Constitución original de la OIT reconoce el principio del salario igual entre el hombre y la mujer por un trabajo de igual valor, mientras que la Declaración universal de derechos humanos habla solo de un salario igual por un trabajo igual (art. 23.2).

En las últimas décadas, se ha reforzado el papel de la OIT en la protección de los derechos fundamentales, debido sobre todo a la mayor interdependencia económica, derivada de la globalización⁹³. En efecto, la necesidad de especificar en una nueva Declaración las obligaciones de los miembros de la OIT obedeció al auge de la globalización, en un contexto en que el crecimiento económico no es suficiente, por sí solo, para erradicar la pobreza y asegurar la equidad y el progreso social. En los últimos años, la OIT aborda la protección de los derechos fundamentales en el trabajo como un elemento central del concepto ético-jurídico de trabajo decente, parte de un marco integrado y respuesta a la globalización y a la crisis financiera y económica⁹⁴. Para evitar el escollo de la controvertida cláusula social, la OIT ha centrado el debate en torno a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y a la promoción del trabajo decente. A tal fin, la OIT adopta la Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁹⁵. En ella, los

⁹³ Rodríguez-Piñero (1999a: 2) aduce tres posibles razones: la llamada globalización; el desmoronamiento del sistema comunista, que permite no polarizar el debate en torno a los derechos fundamentales, y una mayor sensibilidad y cultura de protección de esos derechos, que ha legitimado a la OIT para proteger los derechos humanos relacionados con el trabajo. También Swepston (1999: 2) subraya la importancia de la globalización, y precisa que, cuando se creó la OIT, el trabajo y la economía eran fundamentalmente locales y se reglamentaban a nivel nacional, lo que ya no es el caso.

⁹⁴ Gil (2014).

⁹⁵ OIT (1998). Cfr. Kellerson (1998), Bonet (1999), Rodríguez-Piñero (1999a y 1999b), Swepston (1999), Gil y Ushakova (1999), Vega y Martínez (2002), Alston (2004, 2005 y 2006), Duplessis (2004), Langille (2005), Maupain (2005a, 2005b y 2012: 58 ss. y 157 ss.),

Estados miembros reconocen que tienen obligaciones jurídicas, y no solo morales, derivadas de la ratificación de la Constitución de la OIT. La característica esencial del documento es la universalidad. Establece los principios y derechos que todos los países deben respetar, en virtud de su pertenencia a la OIT, hayan ratificado o no los convenios que los desarrollan⁹⁶. El instrumento se apoya en el precedente de la libertad sindical. Señala que, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, todos los Estados miembros tienen el compromiso, que deriva de su mera pertenencia a la organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios y derechos fundamentales en el trabajo (arts. 1 y 2). Tales principios y derechos fundamentales, que desarrollan los ocho convenios esenciales de la OIT y constituyen un umbral de derechos en el trabajo, son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y, por último, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 2)⁹⁷. La Declaración crea un mecanismo de seguimiento promocional para fortalecer la aplicación de los cuatro principios y derechos asociados que se consideran fundamentales para alcanzar la justicia social (art. 4).

Supiot (2006), Bakvis y McCoy (2008), Servais (2008, 2011a: 99 ss, 2011b y 2012), La Hovary (2009: 181 ss.), Trebilcock (2009: 20 ss.), Bronstein (2010: 96 ss.) y Hughes y Haworth (2011: 46 ss.).

⁹⁶ Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 235).

⁹⁷ Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); la edad mínima, 1973 (núm. 138); las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100). Esos Convenios son más que simples reglas de derecho internacional, vinculantes para los Estados que los ratifican y con sistemas de control relativamente eficaces. Son instrumentos de protección de los derechos humanos, de los que se han deducido principios que pretenden vincular a todos los Estados miembros, por el mero hecho de pertenecer a la OIT. Rodríguez-Piñero (1999a: 2) señala que el Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ha alcanzado una relevancia que excede de su función propia de fijación de reglas jurídicas vinculantes para los Estados que lo han ratificado, al haberse deducido del mismo principios generales constitucionales. Más adelante, Rodríguez-Piñero (1999a: 3) indica que los principios basados en los Convenios sobre la libertad sindical, el trabajo forzoso, el trabajo infantil y la no discriminación forman un “bloque de constitucionalidad”, que se ha incorporado a la Constitución de la OIT. Cfr. OIT (2012a y 2012b) sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Algunos autores han criticado con virulencia la Declaración de 1998⁹⁸. Argumentan que, al proclamar el carácter fundamental de ciertos principios o derechos, la Declaración considera implícitamente el resto como secundarios, y los relega a un papel accesorio. La Declaración no consagra derechos esenciales para la protección mínima de los trabajadores, como el salario digno, la seguridad y salud laboral o la protección social. En este sentido, se ha criticado el retroceso neoliberal de la OIT y la interpretación “minimalista” de su mandato constitucional, agravada por una perspectiva de *soft law*, y se ha aducido que la Declaración podría tener efectos indeseados y debilitar la acción normativa de la OIT. Para defender la Declaración, se ha subrayado que los derechos que no se integran en el compromiso de 1998, lo hacen por completo en la noción de trabajo decente, y que los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo que proclama son una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de otros derechos: son derechos-condición o de realización de otros derechos (*enabling rights*)⁹⁹. También cabe entender que el mérito de la Declaración consiste en haber roto con el *self service* normativo, que autoriza el sistema de ratificaciones¹⁰⁰. De forma original, sin romper la igualdad formal de todos los convenios que establece el artículo 19 de la Constitución, la Declaración de 1998 ha puesto en entredicho el dogma de la voluntariedad en la ratificación de los convenios, al imponer a los Estados el respeto de ciertos principios y derechos fundamentales en el trabajo, por el mero hecho de pertenecer a la OIT. La innovación estriba en que, mediante un instrumento de carácter no vinculante, como es la Declaración, la OIT deduce los principios y derechos fundamentales en el trabajo que todo Estado debe respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, haya o no ratificado los convenios fundamentales en que se desarrollan. Aunque los principios derivan de la Constitución¹⁰¹, no tienen la misma formulación que en ella. Así, por ejemplo, la Constitución habla

⁹⁸ Alston (2004, 2005 y 2006).

⁹⁹ Brett (2001: 3), Maupain (2005a: 23 y 2009: 25) y Daugareilh (2005: XVII). En opinión de Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 42), cuando se estaba debatiendo la Declaración de 1998, algunos sectores propusieron que se incluyeran también temas como la seguridad y la salud en el trabajo, pero en última instancia se decidió limitarla solo a las primeras cuatro categorías de derechos, por considerarlos derechos “habilitadores”, es decir, básicos para el logro otros derechos. La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, recoge esa idea [I A), iv)].

¹⁰⁰ Cfr. Supiot (2006: 8) y, ya antes, acerca del *self service* normativo, Supiot (2004). Cfr. también Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 235).

¹⁰¹ Helfer (2006: 710) apunta: “in particular of the clause that requires states to report unratified conventions” [art. 19.5 e) of the Constitution].

solo de la discriminación por razón de sexo, raza y religión, mientras que el Convenio núm. 111 cubre cuatro motivos más¹⁰². Según lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución, no ofrece dudas el hecho de que, tras la adopción de un convenio, los Estados tienen obligaciones en el plano internacional, aunque no lo ratifiquen. En primer lugar, deben someterlo a las autoridades nacionales competentes para que formulen la legislación pertinente o adopten otras medidas, incluida la ratificación, y, si no lo ratifican, deben presentar informes. Pero de ahí a señalar que, de la mera pertenencia a la OIT, se desprende un deber de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, ciertos principios y derechos fundamentales en el trabajo que recogen los convenios fundamentales de la OIT, hay un abismo, que ha cubierto la propia Declaración de 1998. ¿Resulta obvio pensar, a la luz del Tratado de Versalles y de la Declaración de Filadelfia, que el solo hecho de pertenecer a la OIT impone la obligación de no recurrir al trabajo infantil, aunque no se hayan ratificado los Convenios fundamentales que desarrollan ese derecho humano? También cabe preguntarse por qué, de entre todas las condiciones de trabajo humanas imaginables, son precisamente esos cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo, y no otros tan básicos, como la protección de la seguridad y salud en el trabajo, los que obligan a los Estados miembros, por el solo hecho de pertenecer a la OIT. La respuesta de que la comunidad internacional no ha sido capaz, hasta ahora, de ir más lejos en la concreción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, pone de relieve el margen de creación jurídica con que actuó la OIT en 1998, al identificar esos y no otros principios y derechos fundamentales en el trabajo, y abre la puerta a la esperanza de que, en el futuro, la lista se amplíe e incluya otros derechos básicos, cuyo respeto resulta necesario para establecer unas reglas de juego aceptables en un mundo globalizado.

Teniendo en cuenta el carácter general de la llamada del artículo 1 a) a cumplir los instrumentos fundamentales de la OIT, la Declaración puede interpretarse como un primer paso hacia la construcción de una base normativa social universal para la economía mundial¹⁰³, o para la configuración de un verdadero orden público social internacional, que se imponga a todos los Estados, y no como un repliegue de la actividad

¹⁰² Sweptston (1999: 4). Cfr. el apartado I a) de la Declaración de Filadelfia. Conforme al artículo 1.1 a) del Convenio núm. 111, el término discriminación comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

¹⁰³ Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 235).

normativa de la OIT¹⁰⁴. Al respecto, cabe realizar una interpretación abierta de la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo. Así, en su 89ª sesión en 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo afirma que la seguridad social “es un derecho humano fundamental”¹⁰⁵. Emanada de la misma autoridad que la Declaración de 1998, esta afirmación significa claramente que la lista de los derechos fundamentales no se agota en los cuatro principios concernientes a los derechos fundamentales que fija el artículo 2 de la Declaración de 1998, y que la prioridad de acción de esos cuatro principios puede abrir paso a otras cuestiones: afrontando así los derechos de protección social, que trascienden el ámbito de las relaciones laborales, la Conferencia Internacional del Trabajo completa la Declaración de 1998, centrada en los derechos fundamentales en el trabajo¹⁰⁶. En fin, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, considera como uno de los cuatro pilares u objetivos estratégicos de la organización el respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁰⁷. La Declaración de 2008 desmiente la mayor parte de las críticas que se han dirigido a la de 1998, pues aplica a los derechos de los trabajadores que no tienen el carácter de derechos fundamentales un sistema de informes y exámenes periódicos calcado, en gran medida, en el de los informes globales de la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁰⁸. Demuestra así que la lógica de la Declaración de 1998 no es la de un repliegue, sino de una extensión de la capacidad de la OIT para promover el conjunto de sus objetivos estratégicos. La historia demostrará si prevalece esa interpretación. Sea como fuere, la opción estratégica de la OIT ha sido un éxito, en lo que hace al aumento del número de ratificaciones de los convenios fundamentales¹⁰⁹.

Pues bien: para la OIT, es esencial lograr el reconocimiento y el respeto de

¹⁰⁴ Cfr. Supiot (2006: 8), cuya argumentación sigo.

¹⁰⁵ OIT (2001b), conclusión segunda. Cfr. también OIT (2011c), párrafo 25 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Supiot (2006: 9).

¹⁰⁷ I A), iv).

¹⁰⁸ Sigo, en lo que queda de párrafo, a Maupain (2009: 23 y 24). Cfr., asimismo, Maupain (2005a: 25 y 2005b).

¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, OIT (2008c), apartado 25. Como señala la OIT (2012b: 13, apartado 31), “la tasa de ratificación de los convenios fundamentales supera el 90 por ciento. Al 31 de diciembre de 2011, se habían registrado 1.326 ratificaciones para los ocho convenios fundamentales, sobre el total de 1.464 ratificaciones que correspondería si los 183 Estados Miembros de la OIT los hubiesen ratificado. Desde el inicio de la campaña de promoción de la ratificación de los convenios fundamentales en 1995 [...], la tasa de ratificación ha aumentado un 68 por ciento”.

los derechos de los trabajadores, y en particular de los más desfavorecidos o pobres, que necesitan representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan y estén a favor, y no en contra, de sus intereses¹¹⁰. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo son universales y se aplican a todas las personas en todos los Estados, con independencia de su nivel de desarrollo económico. Configuran un umbral mínimo de decencia. Que no se incluyan entre ellos el derecho a un salario digno o a la protección en materia de seguridad y salud laboral, se debe a que no hay un consenso suficiente, en la comunidad internacional, acerca del carácter esencial de los mismos para configurar el umbral mínimo de decencia¹¹¹. Pero, junto a esa acepción estricta de los derechos en el trabajo, existe un argumento sólido para defender que la mayoría de las normas que establece la OIT pertenece a la categoría de los derechos humanos: los artículos 6 a 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966, constituyen una reafirmación abreviada de las normas que la OIT había aprobado hasta ese momento¹¹². De hecho, esos preceptos hacen referencia a una serie de temas relevantes para el ámbito del trabajo y, en concreto, a los derechos relativos a las condiciones de trabajo y de vida: la seguridad y salud en el trabajo, los salarios, el descanso y la protección de la familia. El Pacto confiere a todos ellos el rango de derecho. De igual modo, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, proclama también, por ejemplo, el derecho a un salario digno. En definitiva, en sentido estricto, los derechos en el trabajo se circunscriben a los que proclama la Declaración de 1998, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Pero, en sentido más amplio, los derechos en el trabajo incluyen todos los elementos que conforman la idea de trabajo decente. Así, en el Programa de Trabajo Decente, la protección de los derechos en el trabajo no solo incluye los principios y derechos fundamentales en el trabajo, sino también, con carácter general, los derechos de los trabajadores. A su vez, el Pacto Mundial para el Empleo, de 2009, destaca la importancia de todas las normas internacionales del trabajo, no solo las que recogen los principios y derechos fundamentales o aspectos esenciales para la gobernanza, y menciona, por ejemplo, los

¹¹⁰ Cfr. Sen (2000), Javillier (dir.) (2002), AA.VV. (2003), Javillier y Gernigon (dirs.) (2004), Heppel (2006) y OIT (2008b y 2014) acerca de los derechos en el trabajo y las normas internacionales del trabajo y Tajgman, Saget, Elkin y Gravel (2011) y Gil (dir.) (2014) sobre los derechos en el trabajo en tiempos de crisis.

¹¹¹ Cfr. Rodgers (2002: 20) y, asimismo, Wendeling-Schröder (2008), Zimmer (2008) y Lo Faro (2009) sobre el trabajo decente y los salarios dignos.

¹¹² Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele (2009: 42 y 43).

instrumentos sobre la relación de trabajo, los salarios, la jornada, la terminación de la relación de trabajo, la seguridad y salud laboral, los trabajadores migrantes o la seguridad social¹¹³.

En este sentido, no debe olvidarse que las normas internacionales del trabajo son un medio esencial para traducir y poner en práctica el conjunto de objetivos estratégicos, y no solo los derechos fundamentales¹¹⁴. La consecución de la meta del trabajo decente en la economía globalizada requiere la adopción de medidas en el plano internacional¹¹⁵. La comunidad internacional responde a ese desafío, en parte desarrollando instrumentos jurídicos internacionales sobre comercio, finanzas, medio ambiente, derechos humanos y trabajo. La OIT contribuye a ese marco jurídico elaborando y promoviendo unas normas internacionales del trabajo orientadas a garantizar que el crecimiento económico y el desarrollo vayan de la mano de la creación de trabajo decente. La estructura tripartita, única de la OIT, garantiza que los gobiernos, los empresarios y los trabajadores respalden tales normas. En consecuencia, las normas internacionales del trabajo establecen las normas sociales mínimas básicas acordadas por todos aquellos que participan en la economía global. Junto a la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la OIT pone el acento en otros instrumentos considerados como significativos para la gobernanza, y que tratan del tripartismo, la política de empleo y la inspección de trabajo¹¹⁶. De ahí que

¹¹³ En el apartado 14, 2), puede leerse: “Además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, la relación de trabajo, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social”.

¹¹⁴ Maupain (2009: 21 y 22, nota 53). Asimismo, Ghai (2005: 19) observa: “The rights at work component may refer to all rights, including those covered in other decent work components – employment, security and social dialogue”.

¹¹⁵ Cfr. <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/rights-at-work/lang-es/index.htm> y <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/the-benefits-of-international-labour-standards/lang-es/index.htm>.

¹¹⁶ A partir de la Declaración de 1998, existe una distinción clara entre los convenios que contienen los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo y el resto de convenios. Ya en 1994, en el marco de las aportaciones del Grupo de Trabajo Cartier, el Consejo de Administración identificó otro grupo de convenios prioritarios, y decidió que los Estados miembros deben presentar informes cada dos años no solo con respecto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, sino también con relación a cuatro convenios que se consideran como prioritarios, por cubrir instituciones y políticas importantes para la gobernanza: cfr. OIT (2002b), párrafos 4 y siguientes. Para los demás

la OIT ordene los convenios en fundamentales, de gobernanza (prioritarios) y técnicos¹¹⁷. La clasificación refleja la importancia que otorga la OIT a los distintos convenios, desde el punto de vista de la necesidad y urgencia en la ratificación y aplicación efectiva. En apariencia, esa jerarquía interna altera la igualdad formal de todos los convenios, los cuales tienen la misma vocación y aspiran siempre a la ratificación de los Estados miembros, según el artículo 19 de su Constitución de la OIT.

5. Conclusiones

La acción normativa no es un fin en sí mismo, sino el medio más importante de que dispone la OIT para la consecución de sus fines y, en particular, para el logro de la justicia social. Los objetivos de la OIT los han definido dos textos complementarios en dos momentos históricos, al término de las dos guerras mundiales: la Constitución originaria de la OIT, de 1919, y la Declaración de Filadelfia, de 1944. El preámbulo de la Constitución identifica la justicia social con las mejores condiciones materiales de trabajo, e indica las materias cuya regulación es objeto de la competencia de la OIT. El contenido de la justicia social se reafirma y enriquece en la Declaración de Filadelfia. La perspectiva de ese instrumento es más amplia, y combina los aspectos materiales y espirituales. Refuerza el principio de que el trabajo no es una mercancía, y consagra la competencia de la OIT en el ámbito de los derechos humanos. Por su parte, las Declaraciones de 1998 y 2008 destacan la importancia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, institucionalizan el

convenios, los informes deben presentarse cada cinco años, salvo que se requieran más a menudo. La Declaración de 2008 recoge la categoría de los convenios de gobernanza (prioritarios). Dentro de la rúbrica II *Acción por parte de la Organización para prestar asistencia a sus Miembros*, en el apartado sobre *Administración, recursos y relaciones exteriores*, A, vi), el Anexo sobre el seguimiento de la Declaración de 2008 indica que las medidas que adopte la OIT deberían tener en cuenta la necesidad de velar por “la elaboración, actualización y promoción de la lista de normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza”. Y menciona, en una nota a pie de página, el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), así como las normas que se indiquen en futuras listas actualizadas. La OIT (2011d) ha aprobado un Plan de acción (2010-2016) para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza.

¹¹⁷ El intento de “jerarquización” de los convenios se ha hecho ya visible en la página web oficial de la OIT: cfr. <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:0::NO::>

concepto de trabajo decente y actualizan el mensaje de la OIT en la era de la globalización.

Desde un punto de vista jurídico, la afirmación progresiva de la mayor relevancia de ciertos principios y derechos fundamentales en el trabajo ha tenido que superar dos obstáculos. El primero procede de la técnica legislativa. Con carácter general, y aunque protegen los derechos y mejoran la condición de los trabajadores, los convenios de la OIT no suelen redactarse en la lengua de los derechos humanos. Más que atribuir derechos fundamentales a los trabajadores, imponen obligaciones a los Estados. La segunda dificultad deriva de la igualdad formal que otorga a todos los convenios el artículo 19 de la Constitución. Con independencia del aspecto de que se ocupen, todos los convenios de la OIT se adoptan en el mismo marco institucional, se hallan sometidos al mismo sistema de control y aspiran siempre a la ratificación de los Estados miembros. Poco a poco, la OIT ha distinguido tres categorías de convenios: fundamentales, prioritarios o de gobernanza y técnicos. La Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otorga preeminencia a los convenios fundamentales, por considerar que los principios y derechos fundamentales que encierran son derechos-condición o de realización de otros derechos (*enabling rights*), es decir, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de otros derechos. En 2008, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa destaca la importancia de los convenios prioritarios en el terreno de la gobernanza. El resto de convenios tiene un carácter técnico. El enfoque de la OIT ha suscitado una polémica. Algunos han aplaudido el cambio de orientación. Otros entienden que, al centrar la acción normativa en los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la estrategia del trabajo decente, la OIT relega la acción normativa tradicional, consistente en la elaboración de instrumentos de carácter vinculante, y recurre a instrumentos de *soft law*, poniendo el acento en la promoción y el fomento, en vez de la aplicación, y apoyándose en una normatividad difusa, propia de la noción de trabajo decente.

En realidad, con la distinción entre los convenios fundamentales, prioritarios o de gobernanza y técnicos, la OIT no trata de establecer una jerarquía formal entre los instrumentos, sino de marcar ciertas pautas de aproximación a los estándares mínimos y de fijar prioridades en la ratificación de los convenios. Con la Declaración de 1998, la OIT pone el acento en ayudar a los Estados, por medio de la cooperación técnica, a que logren la conformidad con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que se hallan ya presentes, de forma directa o indirecta, en la

Constitución de la OIT. Como consecuencia de la globalización, se ha reforzado el papel de la OIT en la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. En los últimos años, la OIT aborda la protección de los derechos fundamentales en el trabajo como un elemento central del concepto ético-jurídico de trabajo decente, parte de un marco integrado y respuesta a la globalización y a la crisis financiera y económica. Por eso, los nuevos métodos de acción normativa de la OIT no suponen un abandono del *hard law*, en beneficio del *soft law*, sino un paso del *self-service* normativo a un orden público social universal. Así, la OIT puede: mejorar la política normativa y los instrumentos vinculantes ya existentes, para lograr un código internacional del trabajo más moderno y propio del siglo XXI; explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas; conseguir que el *soft law* no sea una alternativa, sino un complemento del *hard law* y, asimismo, propugnar una mejor articulación y coherencia entre las distintas iniciativas tendentes a lograr una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social. Es mérito de la OIT destacar que no cabe un desarrollo sostenible sin un mínimo de justicia social y sin respetar los derechos de los trabajadores. Al suponer la Declaración de 1998 un primer paso para el establecimiento de un orden público social universal, corresponde ahora a la comunidad internacional la tarea de ampliar el consenso, mediante la inclusión de otros derechos básicos, como la protección de la seguridad y salud en el trabajo, o el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona en la relación laboral, a fin de extender el conjunto de principios y derechos fundamentales en el trabajo que constituyen las reglas de juego en un mundo globalizado.

4. Bibliografía

- AA.VV. (2003), *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2003, 175 pp.
- Alston, P. (2004), “Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, *European Journal of International Law*, v. 15, n. 3, 2004, pp. 457-521.
- Alston, P. (2005), “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *The European Journal of International Law*, 2005, v. 16, n. 3, pp. 467-480.

- Alston, P. (2006), “Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, en Leary, V.A. y Warner, D. (Eds.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions. Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2006, pp. 1-87.
- Auvergnon, P. (2012), “De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización”, en el monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera, Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 121-139.
- Auvergnon, P. (2014), “À propos de la promotion du ‘travail décent’ par l’OIT”, en Mestre, C., Sachs-Durand, C. y Storck, M. (Dir.), *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie. Hommage en l’honneur du Professeur Nikitas Aliprantis*, PUS, 2014, pp. 343-364.
- Awad, I. (2010), “International Labour Migration: Developments in the Multilateral Regulatory Framework”, en Kuptsch, C. (Ed.), *The internationalization of labour markets. The social dimension of globalization*, International Institute for Labour Studies, International Labour Organization, Geneva, 2010, pp. 107-113.
- Ballestrero, M.V. (2010), *Le “energie da lavoro” tra soggetto e oggetto*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo (C.S.D.L.E.) “Massimo D’Antona”, Working Papers, 99/2010, Catania, 17 pp.
- Bakvis, P. y McCoy, M. (2008), “Core Labour Standards And International Organizations: What Inroads Has Labour Made?”, *Friedrich Ebert Stiftung*, Briefing Papers, n. 6/2008, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/05431.pdf>, 12 pp.
- Bogensee, M. (2011), *The role of international labour standards in a global economy*, Master’s Thesis, GRIN, Verlag für akademische Texte, Norderstedt, 2011, 31 pp.
- Bonet, J. (1999), *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*, Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n° 5, 1999, Instituto de Derecho Humanos, Bilbao, 89 pp.
- Bonvin, J.M. (1998), *L’Organisation internationale du travail. Étude sur une agence productrice de normes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, 338 pp.
- Bonnechère, M. (2007), “L’optique du travail décent”, *Droit Ouvrier*, février 2007, pp. 57 a 74.
- Bonnechere, M. (2008), “Travail décent et ‘modernisation’ du droit du travail”, *Travail et Emploi*, n. 113, pp. 91 a 115.

- Boutin, C. (2010), *De la mondialisation à l'universalisation: une ambition sociale*, Mission présidée par Christine Boutin, Rapport intermédiaire au Président de la République, La documentation française, Paris, décembre 2010, 357 pp.
- Brett, W. (2001), "Core labour standards: A level playing field for all countries", en *Fundamental rights at work: Overview and prospects*, Labour Education 2001/1, n. 122, pp. 1-3.
- Bronstein, A. (2010), *International and comparative labour law. Current challenges*, ILO, Palgrave Macmillan, Geneva, 2010, 285 pp.
- Cholewinski, R. (1997), *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 465 pp.
- Daugareilh, I. (2005), "Avant-propos. L'impact de la mondialisation sur les droits fondamentaux de l'homme au travail", en Daugareilh, I. (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, pp. XI a XXXIX.
- Doumbia-Henry, C. (2015), "Prefacio", en *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1151 pp. 13-14.
- Duplessis, I. (2004), "La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail: une nouvelle forme de régulation efficace?", *Relations industrielles/Industrial Relations*, v. 59, n. 1, 2004, pp. 52-72.
- Egger, P. y Sengenberger, W. (2001), "Problemas y políticas del trabajo decente", *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, Boletín Cinterfor/OIT*, 2001, n. 151, pp. 27 a 68.
- Evju, S. (2012), *Labour is not a Commodity: A Reappraisal*, UiO, Institutt for privatrett Det juridiske fakultet, Arbeidsrettsgruppen, Arbeidsnotater, Working Papers in Labour Law, 2012:6, 11 pp.
- Ferrante, V. (2011), "Dignità dell'uomo e diritto del lavoro", *Lavoro e diritto*, XXV, n. 1, 2011, pp. 201-213.
- Galgano, F. (2010a), *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2010, 306 pp.
- Galgano, F. (2010b), *Dogmi et dogmatica nel diritto*, Cedam, Padova, 2010, 153 pp.
- Ghai, D. (2002), *Decent work: Concepts, models and indicators*, International Institute for Labour Studies, Discussion Paper Series, n. 139, Geneva, 2002, 48 pp.
- Ghai, D. (2003), "Trabajo decente. Concepto e indicadores", *Revista Internacional del Trabajo*, v. 122, 2003/2, Número monográfico sobre *La medición del trabajo decente*, pp. 125 a 160.
- Ghai, D. (2005), *Decent work: Universality and Diversity*, International Institute for Labour Studies, Discussion paper, Geneva, 2005, 23 pp.

- Ghai, D. (Ed.) (2006), *Decent work: Objectives and Strategies*, International Institute for Labour Studies, International Labour Office, Geneva, 2006, 241 pp.
- Gil, J.L. y Ushakova, T. (1999), “La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Documentación Laboral*, n. 59, 1999, pp. 99-112.
- Gil, J.L. y Ushakova, T. (2007), “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en Martin, P. (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, Droit Européen, Bordeaux, 2007, pp. 97-130.
- Gil, J.L. (2009), “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en Escudero, R. (Coord.), número especial *inmigración y movilidad de los trabajadores*, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, ISSN 0213-0556, n. 15-16, agosto de 2009, pp. 125-148.
- Gil, J.L. (2012a), “Concepto de trabajo decente”, en el monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 77-120.
- Gil, J.L. (2013), “La OIT y las migraciones laborales”, en Gil, J.L. (Dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, ISBN: 978-989-712-216-3, pp. 53-104.
- Gil, J.L. (2014a), “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, ISSN 1889-1209, n. 11, febrero 2014, pp. 39-82.
- Gil, J.L. (2014b), “The Protection of Fundamental Rights at Work: The ILO Decent Work Approach”, en Carby-Hall, J. (Ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, Warsaw, 2014, pp. 193-230.
- Gil, J.L. (2014c), “La OIT y las migraciones laborales”, en Gil, J.L. (Dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, pp. 53-104.
- Gil, J.L. (Dir.) (2014), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, 379 pp.
- Gil, J.L. y Ushakova, T. (2015), *Social Justice as Expressed in International Labour Standards. Documents and Materials of the ILO*, Juruá, Lisboa, 2015, 400 pp.
- Grandi, M. (1997), “‘Il lavoro non è una merce’: una formula da rimeditare”, *Lavoro e diritto*, XI, n.4, autunno 1997, pp. 557-580.
- Helfer, L.R. (2006), “Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO”, Vanderbilt University Law

- School, Public Law and Legal Theory, Working Paper Number 06-09, *Vanderbilt Law Review* [Vol. 59:3:649], 2006, pp. 649-726.
- Hennion, S., Le Barbier-Le Bris, M. y Del Sol, M. (2013), *Droit social européen et international*, 2^e édition mise à jour, Puf, Thémis droit, Paris, 2013, 504 pp.
- Hepple, B. (2006), “Rights at Work”, en Ghai, D. (Ed.), *Decent work: Objectives and Strategies*, International Institute for Labour Studies, International Labour Office, Geneva, 2006, pp. 33 a 75.
- Hughes, S. y Haworth, N. (2011), *The International Labour Organization (ILO). Coming in from the cold*, Routledge, Global Institutions, London and New York, 2011, 123 pp.
- Javillier, J.C. (Dir.) (2002), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, 725 pp.
- Javillier, J.C. y Gernigon, B. (Dirs.) (2004), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Organisation International du Travail, Genève, 2004, 709 pp.
- Kellerson, H. (1998), “The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future”, *International Labour Review*, Vol. 137, 1998, n. 2, 223 ss.
- La Hovary, C. (2009), *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, The Graduate Institute Publications-Presss Universitaires de France, Paris, 2009, 338 pp.
- Langille, B. (2005), “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, *The European Journal of International Law*, 2005, v. 16, n. 3, pp. 409-437.
- Lee, E. (1994), “The Declaration of Philadelphia: Retrospect and Prospect”, *International Labour Review*, v. 133, 1994, n. 4, pp. 467 a 484.
- Lo Faro, A. (2009), “Is a Decent Wage Part of a Decent Job? Answers from an Enlarged Europe”, en Ales, E., Jaspers, T., Lorber, P., Sachs-Durand, C. y Wendeling-Schröder, U. (Eds.), *Fundamental Social Rights in Europe. Challenges and Opportunities*, Intersentia, Anwerp, Oxford and Portland, 2009, pp. 65-79.
- Maupain, F. (1999), *L'OIT, la justice sociale et la mondialisation, Recueil des Cours*, Académie de Droit International, Tome 278, 1999, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2000, pp. 201-396.
- Maupain, F. (2005a), “La ‘valeur ajoutée’ de la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l’efficacité de l’action normative de l’OIT”, en Daugareilh, I. (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 1-56.

- Maupain, F. (2005b), "Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights", *The European Journal of International Law*, 2005, v. 16, n. 3, pp. 439-465.
- Maupain, F. (2009), "Nouvelle fondation ou nouvelle façade ? La déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable", *Droits fondamentaux*, n. 7, janvier 2008-décembre 2009, 38 pp., disponible en <http://www.droits-fondamentaux.org/>
- Maupain, F. (2012), *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ?*, Institut International d'Études Sociales, Organisation Internationale du Travail, Genève, 2012, 311 pp.
- O'higgins, P. (1996), "Il lavoro non è una merce'. Un contributo irlandese al diritto del lavoro ", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 70, 1996, 2, pp. 295-305.
- OMC (1996), Declaración Ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996, Conferencia Ministerial, Singapur, 9-13 de diciembre de 1996, WT/MIN(96)/DEC, 18 de diciembre de 1996, 9 pp.
- OIT (1994), *Preservar los valores, promover el cambio: La justicia social en una economía que se mundializa: Un programa para la OIT*, Memoria del Director General, 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1994, 120 pp.
- OIT (1997), *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation*, Conférence Internationale du Travail, 85^{ème} session, 1997, Rapport du Directeur général, Bureau international du Travail, Genève, 1997, 85 pp.
- OIT (1998), *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, Ginebra, junio de 1998.
- OIT (1999), *Memoria del Director General: Trabajo decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, junio de 1999, 82 pp.
- OIT (2001b), 89ª Conferencia Internacional del Trabajo, Tema: Seguridad Social, Conclusiones relativas a la Seguridad Social, junio de 2001.
- OIT (2002a), Publicación de los resultados de las labores del Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas, Consejo de Administración, 283.ª reunión, Ginebra, marzo de 2002, Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas (LILS/WP/PRS), Cuarto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, GB.283/LILS/WP/PRS/4, 6 pp.
- OIT (2002b), Grupo de Trabajo sobre Política de Revisión de Normas (Grupo de Trabajo Cartier). Seguimiento de las decisiones del Consejo de Administración. Nota de información sobre el estado de las labores y las decisiones que se han adoptado en materia de revisión de normas (actualizada en junio de 2002), junio de 2002, 45 pp.

- OIT (2003a), Proyecto de convenio refundido del trabajo marítimo: características principales, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 286ª reunión, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo, octavo punto del orden del día, GB.286/LILS/8, Ginebra, marzo de 2003, 7 pp.
- OIT (2003b), Orden del día de las reuniones de 2005 de la Conferencia Internacional del Trabajo, b) Conferencia Técnica Marítima Preparatoria (2004) y fecha, lugar y orden del día de la 94ª reunión (marítima) de la Conferencia Internacional del Trabajo (2005), Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 286ª reunión, GB.286/LILS/3/2, Ginebra, marzo de 2003, 3 pp.
- OIT (2005a), *ILO Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, TMMFLM/2005/1(Rev.), International Labour Office, Geneva, 47 pp.
- OIT (2005b), *Mejora de las actividades normativas de la OIT: descripción de una futura orientación estratégica para las normas y la aplicación de las políticas y procedimientos en relación con las normas*, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 294ª reunión, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), Cuarto punto del orden del día, GB.294/LILS/4, Ginebra, noviembre de 2005, 16 pp.
- OIT (2006), *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 4ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, 22 pp.
- OIT (2007), *El fortalecimiento de la capacidad de la OIT para prestar asistencia a los Miembros en la consecución de sus objetivos en el contexto de la globalización*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Informe V, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, 80 pp.
- OIT (2008a), *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, Ginebra, 24 pp.
- OIT (2008b), *Guía sobre las normas internacionales del trabajo*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2008, 319 pp.
- OIT (2008c), *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa. Plan de aplicación preliminar*, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, GB.303/SG/DECL/2, 303ª reunión, Ginebra, noviembre de 2008, 15 pp.
- OIT (2009), *Plan de aplicación: Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de

- Administración, GB.304/SG/DECL/1 (Rev.), 304ª reunión, Ginebra, marzo de 2009, 20 pp.
- OIT (2011a), *Mejora de las actividades normativas de la OIT. Política normativa de la OIT. Enfoque para lograr un código internacional del trabajo sólido y eficaz*, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 310.ª reunión, Ginebra, marzo de 2011, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), Tercer punto del orden del día, GB.310/LILS/3/1 (Rev.), 30 pp.
- OIT (2011b), *La seguridad social y la primacía del derecho*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Estudio General relativo a los instrumentos de seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Tercer punto del orden del día: información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 312 pp.
- OIT (2011c), *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011, Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011 Sexto punto del orden del día, Informe VI, ILC.100/VI, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 201 pp.
- OIT (2011d), *Plan de acción (2010-2016) para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza*, adoptado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 306ª sesión (noviembre 2009), Ginebra, 2011, 46 pp.
- OIT (2012a), *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012, Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), ILC.101/III/1B, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 446 pp.
- OIT (2012b), *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*, Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y con arreglo al seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, Sexto Punto del orden del día, Informe VI, ILC.101/VI, 127 pp.

- OIT (2014), *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, 3ª edición revisada, Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2014, 131 pp.
- OIT (2015a), *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, 1151 pp.
- OIT (2015b), *Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio*, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, 2015, 140 pp.
- ONU (1995), *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995, A/CONF.166/9, 19 de abril de 1995, 145 pp.
- ONU (2006), *Social Justice in an Open World. The Role of the United Nations*, The International Forum for Social Development, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development, ST/ESA/305, New York, 2006, 146 pp.
- Peccoud, D. (Dir.) (2006), *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, Madrid, 2006, 193 pp.
- Rodgers, G. (2002), “El trabajo decente como una meta para la economía global”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, Boletín Cinterfor/OIT*, n. 153, 2002, pp. 9-28.
- Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L. y Van Daele, J. (2009), *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, Ginebra, 2009, 292 pp.
- Rodríguez-Piñero, M. (1999a), “OIT, derechos humanos y libertad sindical”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, Quincena del 1 al 15 de enero de 1999, tomo 1, p. 3, en <http://laleydigital.es>, 7 pp.
- Rodríguez-Piñero, M. (1999b), “La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, Quincena del 1 al 15 de enero de 1999, tomo 1, p. 122, en <http://laleydigital.es>, 24 pp.
- Rodríguez-Piñero, M. (2004), “La OIT y los trabajadores migrantes”, en JAVILLIER, JEAN-CLAUDE; GERNIGON, BERNARD (dir.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau International du Travail, Genève, 2004, pp. 541 a 564.
- Sen, A. (2000), “Trabajo y derechos”, *Revista Internacional del Trabajo*, v. 119, 2000, n. 2, pp. 129 a 139.
- Sengenberger, W. y Cambell, B. (Dirs.) (1994), *Normes de travail internationales et interdépendance économique*, Institut international d'études sociales, Genève, 1994.

- Sengenberger, W. (2005a), *Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards*, 2nd revised and extended revision, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2005, 135 pp.
- Sengenberger, W. (2005b), “Le rôle des normes internationales du travail dans la gestion de l'internationalisation de l'emploi”, en Auer, P., Besse, G. y Méda, D. (Dir.), *Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, La Découverte, Paris, 2005, pp. 261 a 282.
- Servais, J.M. (1986), “La souplesse et la rigueur dans les normes internationales du travail”, *Revue internationale du Travail*, vol. 125, n. 2, 1986, pp. 201-216.
- Servais, J.M. (2004), “Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, *Revista Internacional del Trabajo*, v. 123, 2004/1-2, pp. 18-53.
- Servais, J.M. (2008), “La Déclaration adoptée par l'OIT en 1998, nouvelle méthode de régulation?”, en AUVERGNON, PHILIPPE (dir.), *Les régulations sociales en devenir. Espaces, acteurs, modalités*, Chronique Soale, Lyon, 2008, pp. 186 a 190.
- Servais, J.M. (2011a), *International Labour Law*, Third Revised Edition, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, 372 pp.
- Servais, J.M. (2011b), “La OIT et le travail décent. La difficile médiation entre croissance, création d'emploi et protection des travailleurs”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2011/1, pp. 71 a 80.
- Servais, J.M. (2012), “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, en el monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 141-166.
- Servais, J.M. (2014), “Los estándares laborales de la OIT en el contexto de la crisis”, en Gil, J.L. (Dir.), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, 379 pp.
- Standing, G. (2008), “The ILO: An Agency for Globalization?”, *Development and Change* 39(3), 2008, pp. 355-384.
- Supiot, A. (2004), “Du nouveau au *self service* normatif: la responsabilité sociale des entreprises”, en AA.VV., *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 541-558.
- Supiot, A. (2006), “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail”, *Semaine Sociale Lamy*, Supplément, 4 septembre 2006, n. 1272, pp. 7-10.
- Supiot, A. (2010a), *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, 186 pp.

- Supiot, A. (2010b), "A legal perspective on the economic crisis of 2008", *International Labour Review*, v. 149, 2010, n. 2, pp. 151-162.
- Swepston, L. (1999), "La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo", *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, Quincena del 1 al 15 de enero de 1999, tomo 1, p. 117, en <http://www.laleydigital.es>, 4 pp.
- Swepston, L. (2005), "ILO Standards and Globalization", en BLANPAIN, ROGER (ed.), *Confronting Globalization. The Quest for a Social Agenda*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2005, n. 55, pp. 11-20.
- Tajgman, D., Saget, C., Elkin, N., Gravel, E. (2011), *Rights at work in times of crisis: Trends at the country level in terms of compliance with international labour standards*, ILO, Employment Sector, Employment Working Paper No. 101, Economic and Labour Market Analysis Department, International Labour Standards Department, 2011, 47 pp.
- Torres, R. (2012), "Préface", en MAUPAIN, FRANCIS, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ?*, Organisation Internationale du Travail, Institut International d'Études Sociales, Genève, 2012, pp. V-VII.
- Trebilcock, A. (2009), *From social justice to decent work: An overview of the ILO's guiding ideals 1919-2008*, ILO Century Project, International Institute for Labour Studies, International Labour Organization, Geneva, 2009, 65 pp.
- Ushakova, T. (2012), "El trabajo decente en el contexto de la migración internacional", en el monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 235-258.
- Ushakova, T. (2013a), "La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: Un intento fallido de regulación universal", en Gil, J.L. (Dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Editorial Juruá, Lisboa, 2013, pp. 11-51.
- Ushakova, T. (2013b), "La cooperación de la OMC y la OIT para promover el empleo", *Aranzadi social. Revista doctrinal*, 10, 2013, pp. 267-295.
- Ushakova, T. (2014), "International Labour Migration and Decent Work: Reaffirming the ILO Rights-Based Approach", en CARBY-HALL, JO (ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr. Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, Warsaw, 2014, pp. 493-519.
- Vega, M. L. y Martínez, D. (2002), *Fundamental Principles and Rights at Work. Value, viability, incidence and importance as elements for economic progress and social justice*, Working Paper, WP.9, InFocus Programme on Promoting the Declaration

on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Organisation, Geneva, July 2002, 42 pp.

Wendeling-Schröder, U. (2008), “Decent Work – Fair Wages: New Questions for European Labour Law”, en Pennings, F., Konijn, Y. y Veldman, A. (Eds.), *Social Responsibility in Labour Relations. European and Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 171-182.

Zimmer, M.J. (2008), “Decent work with a Living Wage”, en Blanpain, R.; Tiraboschi, M. (Dir.), *The Global Labour Market. From Globalization to Flexicurity*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2008, n. 65, pp. 61-80.

Presente y Futuro de los Derechos Sociales en el ámbito internacional*

Miguel Ángel MARTÍNEZ BADENES**

RESUMEN: Superada la época en la que las respectivas legislaciones nacionales suponían la fuente exclusiva y suprema de la legislación social, y desde su reconocimiento como Derechos Humanos, los Derechos Sociales han sufrido un proceso de reconocimiento internacional, aceptando como nuevas fuentes de los mismos los tratados y convenios supranacionales a los que se obligaban los respectivos Estados. Pero dicho proceso no ha devenido exento de polémicas, como la generada en torno a la justiciabilidad de tales derechos. Además, las actuales crisis económicas (tanto globales como regionales) han llevado a que diversos organismos supranacionales impongan en muchos países medidas de austeridad que suponen ataques directos contra los estándares sociales mínimos. En esta ponencia pretendemos abordar la situación actual de los derechos sociales, tratando los diversos puntos de vista nacionales e internacionales. A tales efectos, haremos especial hincapié en el ámbito europeo. Igualmente, nos pararemos a reflexionar en torno al nuevo rol desempeñado por la INU en relación a los derechos sociales frente a la crisis y la globalización. Por último, efectuaremos un análisis de la dirección a la que se dirigen los Derechos Sociales, los retos que van a tener que afrontar en un futuro próximo y sus perspectivas de desarrollo.

Palabras clave: Derechos sociales, crisis, globalización, PIDESC.

SUMARIO: 1. Introducción: Breves antecedentes de la actual situación de los Derechos Sociales. 2. Principales argumentos en contra de la justiciabilidad de los Derechos Sociales y posible crítica a los mismos. 3. El caso europeo: dos sistemas distintos frente a los mismos retos. 3.1. Posiciones encontradas frente a los mismos problemas 3.2. Una posible solución de difícil implantación: La adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea 4. Los Derechos Sociales bajo la perspectiva de Naciones Unidas 4.1. La postura de la ONU frente a globalización 4.2. La postura de la ONU frente a las medidas anticrisis. 5. Conclusión: del futuro de los Derechos Sociales en el ámbito internacional 6. Bibliografía.

* Artículo enmarcado en la investigación viene realizando en relación a “La protección internacional de los Derechos Sociales: el PIDESC y su Protocolo Facultativo”.

** Letrado en ejercicio y Doctorando en el departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

1. Introducción: Breves antecedentes de la actual situación de los Derechos Sociales

El presente y el futuro de los Derechos Sociales debe tomar como punto de partida y tener como destino, al igual que cualquier otra cuestión vinculada a Derechos Humanos, la dignidad inherente¹¹⁸ a todo ser humano. Sólo de esta forma podremos entender la verdadera dimensión de las cuestiones que se plantean y la necesidad de un planteamiento a largo plazo en relación a su defensa y promoción.

En este sentido, y aunque se podría hablar de los derechos sociales como cronológicamente anteriores en su reconocimiento al resto de derechos humanos¹¹⁹, un insoslayable punto de partida a la hora de analizar la situación actual, debería ser el propio preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), donde se vincula en su preámbulo dicha dignidad con el progreso social, a los efectos de elevar el nivel de vida de las personas. A partir de este punto, se vienen recogiendo y amparando los Derechos Sociales no como una categoría única, sino a partir de derechos concretos como pueden ser el derecho al trabajo, la vivienda, los servicios sociales o la maternidad.

Con posterioridad a la DUDH, de manera temporalmente casi inmediata, y derivado de ese espíritu internacional de reconocimiento de los derechos sociales como fuente del desarrollo humano, surgieron algunos tratados de carácter internacional, como la Carta Social Europea, en los que buscaban desarrollar el núcleo esencial de los derechos sociales y generaban mecanismos de revisión sobre su cumplimiento.

Esa directa vinculación entre la dignidad y los Derechos Humanos, situando la primera en el núcleo de los segundos, deriva, tal como indica Dupré¹²⁰, en la posibilidad y garantía de un debate judicial e institucional público en relación a las normas que lo desarrollen. De esta manera, se puede afirmar que la DUDH, a pesar de su inicial carácter no vinculante, en el momento en que pasó a reconocerse y recogerse dentro de las diversas constituciones nacionales, se convirtió en una primera limitación a la que hasta ese momento se había configurado como hegemónica y omnipotente capacidad de cada uno de los Estados de libremente legislar en relación a los Derechos Sociales.

¹¹⁸ Dupré, C., "Dignity, Democracy, Civilisation", *Liverpool Law Rev*, 2012, 33, p. 263-280.

¹¹⁹ No debemos de olvidar que la constitución de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) data de 1919. De esta forma, con carácter previo a la DUDH nos encontramos con un organismo internacional que ya venía intentando desarrollar el núcleo esencial de algunos derechos sociales.

¹²⁰ *Óp cit.* Podemos encontrar esta idea implícita en la p. 268.

En todo caso, el citado carácter vinculante de los Derechos Sociales no ha sido en absoluto una cuestión pacífica; ni lo es en la actualidad. Siguen existiendo muchos países que prefieren mantenerlos en el mero catálogo de intenciones, negándoles carácter justiciable. El origen de esta dicotomía (entre los que los consideran derechos justiciables y no justiciables) nos lo encontramos en la primera fase de desarrollo y expansión que tuvieron estos derechos. En lugar de desarrollarse los derechos contenidos en la DUDH en un único pacto que les diese forma y contenido, las divergencias políticas que existían durante la Guerra Fría llevaron a desarrollar dos grandes pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

A partir de ese punto, y a pesar de su coincidencia temporal en el inicio de su vigencia, su desarrollo fue desigual. Desde el primer momento, el PIDCP previó y desarrolló un Protocolo Facultativo que reconociese un sistema de reclamación directa en caso de vulneración por parte de uno de los Estados que lo hubieren ratificado. Sin embargo, no fue hasta 1990 cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abrió el debate en torno a la elaboración de un Protocolo Facultativo para el PIDESC, que aún tardaría casi veinte años más en abrirse a la firma, y no sería hasta el 5 de mayo de 2013 cuando entrase en vigor.

A pesar de que tanto en el caso del PIDCP como en el del PIDESC nos hallábamos ante Pactos que desarrollaban derechos humanos, la diferencia en el desarrollo de los Pactos amparó y justificó que surgiese una doctrina que pretendía relegar los derechos sociales como Derechos de Segundo Orden, Derechos de Segunda Generación o directamente Derechos de menor trascendencia que los Civiles y Políticos. Esa supuesta diferenciación teórica amparó que muchos Estados se acogiesen a dicha doctrina, como fórmula para mantener aún hasta la fecha actual el poder omnímodo sobre los derechos sociales de su población que hasta ese momento habían detentado.

Sin perjuicio que desarrollaremos el punto de vista de estos Estados más adelante, cabe anticipar que el argumentario en pos de la división de los derechos humanos entre Derechos Civiles y Políticos (DCP) y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) quedó superado con la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993, en la que reconocía que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”. De

esta forma, y una vez aclarada dicha cuestión, los únicos motivos que pueden restar para seguir considerando la no justiciabilidad de los DESC, o que éstos deban de tener un grado de protección menor al de los DCP, son meros argumentos políticos de oportunidad.

Por último indicar, en este brevísimo repaso histórico a la evolución de los derechos sociales y su protección internacional, que debemos tener en cuenta dos fenómenos sociales que han influido capitalmente de cara a la situación actual en la que nos hallamos: La globalización y los diversos procesos de crisis económica.

La aparición del fenómeno de la globalización ha supuesto un supuesto de desregularización económica que ha llevado a una liberalización total, modificando sustancialmente el rol que los Estados venían desempeñando¹²¹. Al superar el mero ámbito de aplicación nacional del Derecho, los derechos sociales se han visto desprotegidos frente a fenómenos como el dumping social internacional, cobrando entonces especial importancia los Pactos o Tratados como norma común a los efectos de establecer los mínimos de protección de los trabajadores implicados en dichas situaciones.

Por otro lado, y complementando lo anterior, la desregulación económica y la falta de control internacional sobre los mercados han llevado a la aparición de crisis económicas globales. Muchos países se han visto obligados a acudir a mecanismos de rescate económicos, dado el grave impacto que supuso estas crisis en su economía. El problema devino con las medidas impuestas por algunos organismos internacionales (especialmente la Troika) a efectos de que los países pudieran acudir a los mecanismos de rescate. Muchas de las condiciones supusieron¹²², bajo el supuesto amparo de resultar medidas que pretendían estabilizar las economías nacionales y volverlas sostenibles, verdaderos ataques contra los derechos sociales de los nacionales y los compromisos adquiridos por los Estados en esta materia.

Visto todo lo anterior, indicar que, a la hora de entender la situación actual de los derechos sociales en el ámbito internacional nos vamos a encontrar con tres realidades distintas, que desvelarán el grado de desarrollo que han adquirido:

- En primer lugar, nos encontramos frente a los Estados que, al negar la justiciabilidad de los Derechos Sociales, frontalmente se

¹²¹ Ávila Álvarez, A.M y Díaz Mier, M.A., “Los Derechos Sociales y los desafíos de la globalización: la difícil conciliación entre normas laborales y normas comerciales” en *Tratado sobre protección de Derechos Sociales*.

¹²² Salcedo Beltrán, C. efectúa un desarrollo exhaustivo de esta cuestión en “La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica”.

oponen a suscribir Convenios, Pactos o Tratados que vinculen sus políticas nacionales. Cabe reseñar que en estos Estados cada vez están surgiendo más voces críticas que exigen el asumir compromisos internacionales en relación a estos Derechos, reconocer su justiciabilidad y dotarlos de una mayor regulación específica;

- La de los Estados que, negando o no la justiciabilidad de los derechos sociales, han asumido Pactos o Tratados que, si bien no permiten un control internacional directo de su cumplimiento, establecen un control o evaluación sobre el mismo. Tal vez dos ejemplos paradigmáticos de esta situación sean la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESCAP) y los países que han suscrito la Carta Árabe de Derechos Humanos. La realidad de ambos es que existen controles limitados de cumplimiento, a partir de los mecanismos de informes por parte del CESCAP o del Comité Árabe de Derechos Humanos, pero resultan sumamente limitados. Eso ha llevado a que en estos supuestos se vengán reclamando mecanismos de reclamaciones individuales y colectivas;
- La de los Estados que, reconociendo plenamente la justiciabilidad de los derechos sociales, han asumido Tratados y Pactos Internacionales que incluyen mecanismos de revisión y control – bien directo, bien indirecto – de su cumplimiento. En este caso, los tres principales ejemplos serían la Corte Iberoamericana de los Derechos Humanos, los mecanismos de protección de los Derechos Humanos en África (principalmente la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos) y los mecanismos generados en el espacio europeo. Estos deben ser citados aparte por cuanto se da la situación de que en un mismo ámbito territorial convergen por un lado la Unión Europea, con un conjunto de mecanismos protectores dirigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por otro el Consejo de Europa, donde los mecanismos revisores y protectores se desdoblán, atribuyéndose tanto al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Partiendo de esta premisa, en este trabajo nos pararemos a analizar, en primer lugar, los principales argumentos que esgrimen los Estados que niegan la justiciabilidad de los derechos sociales.

Paso seguido, nos centraremos en la situación actual de los derechos

sociales en los Estados que han asumido obligaciones vinculantes en relación a los mismos. Para ello, tomaremos como referencia la actual situación de los derechos sociales en el ámbito Europeo y los retos que se vienen afrontando. De esta forma, podremos confrontar la aplicación de dos sistemas con niveles de protección distintos.

Como siguiente punto, ampliaremos la perspectiva a los efectos de analizar el papel que está asumiendo la ONU en relación a los derechos sociales, estudiando la convergencia de sistemas de control directo (como resulta ser el Protocolo Facultativo del PIDESC) con iniciativas de control indirecto del respeto de los Derechos Sociales (desarrolladas mediante los Objetivos del Milenio y su conversión en los Objetivos de Desarrollo Sostenible).

Por último, concluiremos con un somero análisis de los futuros retos que deben afrontar los derechos sociales, en caso de que pretendan continuar evolucionando en la dirección que hasta el momento han seguido.

2. Principales argumentos en contra de la justiciabilidad de los Derechos Sociales y posible crítica a los mismos

Las posturas en contra a la justiciabilidad de los derechos sociales aún hoy resultan sumamente extendidas. Dichos posicionamientos fueron especialmente evidentes en el “Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su quinto período de sesiones”¹²³. Tal como destaca Rosa Riquelme¹²⁴, resultó “significativo el caso de cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos de América, que aún no es parte en el mismo Pacto, China, el Reino Unido y Rusia), así como de otras potencias económicas (Alemania, Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, Japón, Noruega, Suecia, Suiza, etc.)”. La posición de estos países se podría resumir y reconducir en las siguientes líneas:

- a) Países que dudaban sobre la propia necesidad del Protocolo Facultativo, al tratarse de obligaciones programáticas no justiciables.
- b) Países que planteaban dudas en relación a inmiscusión que el

¹²³ A/HRC/8/7.

¹²⁴ Riquelme Cortado, R., “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entra en vigor” en *Ordine Internazionale e diritti umani* (2014) 1, p. 3.

Protocolo suponía sobre su capacidad legislativa.

- c) Países que planteaban reparos en torno a que la jurisprudencia dimanante pudiera llegar a ser vinculante.

Como puede apreciarse, el principal reparo devenía de una oposición política al reconocimiento que ofrecía el Protocolo de la justiciabilidad de los derechos sociales, calificando los mismos como meramente programáticos.

A partir de este punto, y habiendo aclarado como corolario que el motivo último que llevará a muchos países a oponerse a la justiciabilidad de los derechos sociales no va a ser jurídico, sino político (en especial una errónea concepción de que el Estado Liberal puede soslayar el Estado Social sin por ello afectar al cumplimiento de la DUDH), resulta de sumo interés el analizar las principales teorías tendentes a diferenciar entre DESC y los DCP, ya que nos permitirán percibir la falta de fundamento de los motivos esgrimidos para negar la justiciabilidad de los DESC. Si todos los derechos humanos son inviolables e indivisibles, no se puede establecer, como pretenden algunos estados, dos niveles de protección distintos. Las teorías que pretenden un trato diferenciador de los DESC en relación a los DCP pueden sintetizarse¹²⁵ en las siguientes:

La teoría de los derechos positivos

Esta teoría se sustenta en que, a diferencia de los DCP, que se basan en una abstención por parte del Estado, los DESC suponen una conducta positiva, ya que se deben aportar medios tendentes a generar un resultado. De esta forma, los DESC requieren una intervención directa, material y cuantificable, que puede llegar a resultar sumamente costosa en cuanto se refiera a partidas presupuestarias, a los efectos de poder desarrollarse. Frente a lo anterior, que aducen que imposibilita la justiciabilidad de tales derechos por suponer la obligación de mantener de forma continua las prestaciones, reseñan que los DCP se perfeccionan por una mera abstención en su vulneración.

Tal teoría es sumamente criticada por innumerable doctrina, por cuanto los DCP implican igualmente una intervención directa y resultan habitualmente una costosa carga presupuestaria en relación a su mantenimiento. ¿Acaso el Derecho a la Igualdad ante la Ley no implica generar y mantener una administración de justicia imparcial? ¿El Derecho a la Vida y la Libertad no suponen inversiones destinadas a mantener

¹²⁵ A los efectos de la presente clasificación se ha tomado como referencia e inspiración la que desarrolla Figueroa García-Huidobro, R. en “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: discusión teórica” en *revista Chilena de derecho*, v. 36, n. 2, 2009, pp. 313-342.

hospitales, prisiones o ejércitos? ¿El Derecho al Voto no conlleva los gastos inherentes para asegurar unas elecciones libres?

En última instancia, justificar la justiciabilidad o no de los derechos según sean positivos o negativos es intolerable, pues todo derecho necesita venir acompañado de un sistema tendente a asegurar su cumplimiento.

La teoría de la progresividad de los derechos sociales

Como evolución de la anterior, esta teoría busca diferenciar los DESC de los DCP aduciendo la necesidad de desarrollo progresivo de los primeros, atendiendo a las respectivas realidades nacionales, frente al carácter universal de los segundos.

Es fácilmente apreciable la crítica que se le puede efectuar a estas posturas: Por un lado olvidan la indivisibilidad de todos los Derechos Humanos y, por otro, confunden el cumplimiento de los derechos con su desarrollo e implantación en los diversos sistemas legislativos.

La teoría de los derechos imprecisos y políticos

Esta teoría se basa en criticar la justiciabilidad de los DESC por cuanto, a diferencia de los DCP, no proporcionan orientación en relación al límite de su contenido, implicando su implementación cuestiones políticas, por lo que deberían quedar lejos del control judicial.

Pero la crítica a estas teorías también es clara: ¿Acaso todo estado democrático y respetuoso con los derechos humanos no debe asegurar un control judicial frente a un posible abuso político? ¿La implementación de un derecho humano dentro de un sistema normativo no supone una decisión política? ¿Los DCP no se encuentran sometidos a un desarrollo constante en relación a los límites de su contenido debido a las nuevas situaciones que se viene generando? Simplemente partiendo de estas preguntas ya podemos intuir las graves deficiencias que adolecen en este posicionamiento.

La teoría de los derechos colectivos

Por último, esta teoría pretende incidir en que los incumplimientos de los DCP son individuales, mientras que en los DESC se dan incumplimientos colectivos. Es un posicionamiento insostenible, por cuanto que en ambos casos la práctica jurisprudencial real nos ha mostrado numerosos casos de incumplimientos individuales y colectivos.

De esta forma, parece que el principal interés por parte de estas posturas es amparar una ideología política contraria a la tutela de los DESC, buscando su confrontación con los DCP. Esa confrontación pierde su significado real si atendemos a que, tal y como señalan Abramovich y

Courtis¹²⁶, “diferenciar entre derechos civiles y derechos sociales puede tener algún sentido (...). Sin embargo, el empleo de la distinción tiene también limitaciones; por ejemplo, no es exhaustiva (...), y es demasiado genérica”.

Conclusión de lo anterior: Finalmente todo se reduce a una mera cuestión de oportunismo político. Así, la única solución posible frente a los posicionamientos que niegan la justiciabilidad de los derechos sociales pasa inexorablemente por superar tales ideologías, tanto a nivel interno (en los países que las propugnan) como a nivel internacional. Para eso resultan vitales grandes consensos a favor de la justiciabilidad y la protección internacional de los derechos sociales, que pueden presionar a los detractores a que modifiquen sus posturas, a fin de no quedarse rezagados ni convertirse en “estados sociales de segunda”.

3. El caso europeo: dos sistemas distintos frente a los mismos retos

Para un correcto análisis de la situación actual de los derechos sociales y sus perspectivas de desarrollo futuro no se puede soslayar apreciar la realidad que está viviendo el continente europeo en la actualidad. En este espacio geopolítico confluyen dos realidades institucionales vinculantes y al mismo tiempo contradictorias, de forma que se ha llegado a hablar de “dos verdades sociales europeas”¹²⁷: El Consejo de Europa y la Unión Europea.

Por un lado, nos encontramos con el modelo que propugna el Consejo de Europa a través de la Carta Social Europea (CSE). Esta institución, creada en 1949, tiene un objetivo básico de protección y garantía de los derechos humanos en los países que la conforman. El ámbito de protección viene garantizado mediante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano que detenta una doble actividad; por un lado, evalúa periódicamente el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las disposiciones contenidas en la CSE; por otro, detenta una naturaleza cuasi-judicial, al poder recepcionar Reclamaciones Colectivas (en los supuestos de Estados adscritos a este procedimiento) y resolver las mismas con fuerza de jurisprudencia firme. De esta manera, vemos como se ha desarrollado un modelo puramente proteccionista de los derechos

¹²⁶ Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Primera Reimpresión, 2014, p. 64.

¹²⁷ Jimena Quesada, L., “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, v. 27, n. 3, diciembre, 2009, pp. 743-766.

sociales, en el que las consideraciones económicas no pueden servir de óbice ni excusa en relación a las mismas.

En el marco de la Unión Europea, sin embargo, se ha producido un modelo de evolución económica que ha repercutido luego en lo social, pero en la que se ha primado la estabilidad financiera por encima y el libre mercado como valores esenciales. De esta manera, se ha producido una evolución en la caracterización de las relaciones sociales y económicas, pasando de entender la unión política como un fundamento del que derivaría la unión económica y social, a un período intermedio que se caracteriza por priorizar la unión económica como detonante de la unión política y una unión social final, y encontrarnos en la actualidad con verdaderas tendencias que propugnan una unión económica en la que se soslaye la unión política¹²⁸. En definitiva, no son pocas las voces que en la actualidad propugnan una verdadera “Europa de los mercaderes”, donde lo social quede relegado a un marco meramente programático, primando la competitividad empresarial por encima de los derechos humanos.

3.1. Posiciones encontradas frente a los mismos problemas

La existencia simultánea de dos sistemas, que operan con distintos niveles de protección y no establecen jerarquía entre ellos, ha llevado, como no podría ser de otra manera, a diversos choques entre ambos ordenamientos. Tal vez la referencia más clara de esta situación sea el caso Laval, donde se produjo una discrepancia absoluta de criterios entre los desarrollados en la STJUE C-341/05 de 18 de diciembre de 2007 y la decisión de fondo de 3 de julio de 2013 relativa a la Reclamación nº 85/2012¹²⁹. Sin entrar a desarrollar la totalidad de la situación acaecida, indicar que en relación a unos mismos hechos y la posible tutela a la libertad sindical que de los mismos podría derivarse, se evidenciaron las dos tendencias contrapuestas existentes: El TJUE primó la defensa de la libertad de mercado, al considerar discriminatoria una reforma legislativa por la que se obstaculizaba prácticas de dumping social que se venían llevando a cabo mediante la contratación de trabajadores comunitarios provenientes de países donde los salarios mínimos eran más bajos. En

¹²⁸ En este sentido, Degryse, C., Jepsen, M. y Pochet, P., “La crisis del euro y su impacto sobre las políticas sociales nacionales europeas”, *Colección Cuadernos*, Argentina, Fundación 1 de Mayo, n. 41, Marzo 2015, pp. 11-20.

¹²⁹ A los efectos de un estudio exhaustivo del caso, podemos remitirnos al efectuado por Salcedo Beltrán, C. en *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, España, Ed. Bomarzo, 2014.

clara exhibición de un criterio totalmente opuesto, el CEDS reivindicó el derecho de los trabajadores desplazados a tener las mismas condiciones que los nacionales si estas les resultasen más favorables. Ambas posturas suponían jurisprudencia vinculante, lo que derivó en una grave situación de inseguridad jurídica.

Igual discrepancia se produjo en relación a la Decisión del CEDS de 28 de junio de 2011 (Reclamación nº 63/2010, Centre on House Rights and Evictions c. Francia), donde Francia acabó resultando condenada por el incumplimiento de lo establecido en la CSE por el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como por la expulsión de sus ocupantes, en verano de 2010. Contrasta con tal actitud la parsimonia con la que procedió la Comisión Europea, que soslayó los hechos y no inició procedimiento alguno de infracción contra Francia.

Con posterioridad a lo anterior, y a mayor abultamiento de los problemas existentes, un telón de fondo donde se ha evidenciado especialmente la divergencia entre los dos sistemas ha sido la implantación de medidas de recortes de los derechos sociales por parte de la Unión Europea, como condición insoslayable para prestar ayuda financiera a algunos estados miembros. El compromiso por la estabilidad financiera en el eurozona ha implicado imponer una obligación de reducción de gasto fiscal, que se canalizó mediante la creación de la Troika.

Esto se tradujo en la imposición de un conjunto de medidas concretas, entre las que podría destacarse recortes y revisiones a la baja en los sistemas de pensiones al tiempo que se endurecían los requisitos de acceso, facilitar la temporalidad en la contratación, reforzar la negociación individual de las condiciones de trabajo y los convenios de ámbito empresarial en perjuicio de la negociación colectiva, reducir las prestaciones por desempleo o la ampliación de los períodos de prueba en determinados contratos hasta alcanzar el año.

Pero gran cantidad de las citadas medidas implicaban, al mismo tiempo, afectar derechos amparados por la CSE. Eso llevó a una doble reacción, directa e indirecta.

De manera directa, la imposición de las medidas supuso que se instaran procedimientos de Reclamaciones frente al CEDS por parte de colectivos que habían quedado afectados a las mismas. Caso paradigmático de esta situación fueron las reclamaciones n. 65/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional d Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY) contra Grecia; n. 66/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional d Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY) contra Grecia; o n. 76/2012 a 80/2012, Federación de

Pensionistas de Grecia (IKA-ETAM), Federación Pan-helénica de pensionistas de la función pública, Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas-Piraeus (ISAP), Federación pan-helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad (POS-DEI) y Sindicato de pensionistas del Banco agrícola de Grecia (ATE) contra Grecia. En todas ellas, el CEDS pasaba a analizar las medidas impuestas por la Troika, determinando que suponían una clara vulneración de lo dispuesto en la CSE. Eso determinaba su ilegalidad.

De manera indirecta, se produjo por algunos Tribunales Constitucionales un control de convencionalidad en relación a las medidas impuestas por la Troika¹³⁰. Cabe destacar que dicho control reafirmó que el legislador no tiene una libertad ilimitada para adoptar tales medidas sin un previo juicio de proporcionalidad, sobre todo si el mismo se ve empañado por la crisis económica, por cuanto determinadas medidas afectaban directamente al derecho a la vida digna¹³¹.

Así, las medidas adoptadas por la UE con el fin de paliar la crisis evidenciaron la inseguridad jurídica que existía en el desarrollo y evolución de los derechos sociales debido a la confluencia de dos sistemas independientes y sin relación jerárquica.

3.2. Una posible solución de difícil implantación: La adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea

Este marco de las “dos Europas” al final no hace sino generar resultados contraproducentes: La diferencia en los niveles de protección y que en ambos casos nos encontremos frente a instituciones vinculantes ha derivado no sólo en la inseguridad jurídica que anteriormente hemos comentado, plasmada en numerosas sentencias contradictorias, sino también en un malestar generalizado por parte de la ciudadanía europea, que no sabe a qué normas o principios atenerse. Eso se traduce en un incremento de los niveles de escepticismo y de la abstención política, al mismo tiempo que ampara el renacer de sistemas que, amparados en el descontento, propugnan la ruptura del estado social tal y como hasta el momento se conoce.

Esta situación no tendría que producirse, por cuanto en el ámbito del TJUE existe una amplia tradición de reconocimiento de las indicaciones

¹³⁰ *Óp. cit.*, p. 120.

¹³¹ En este sentido cita Salcedo Beltrán, C. y Guillem Carrau, J. en *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, España, Ed. Bomarzo, 2014, p. 120.

relativas a derechos humanos, al mismo tiempo que se reconoce y respeta el legado constitucional común, incluyendo en el mismo los Derechos contenidos en el CEDH¹³².

Eso llevó a plantearse una posible solución, por la que podría realmente solventarse toda la problemática e iniciar una nueva etapa en el desarrollo social no sólo europeo, sino global: La integración de los dos sistemas institucionales.

Dentro de una estrategia global que derivase finalmente en la mencionada integración es donde nos encontramos con la proclamación en Niza, el 7 de diciembre de 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Este texto pretendía ser, tal y como indica en su Preámbulo, un punto de enlace de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión Europea y por el Consejo de Europa. De todas formas, igualmente cabe recalcar el lento proceso de integración que ha tenido en la Unión Europea la CDFUE, ya que no resultó vinculante hasta el Tratado de Lisboa de 2007.

A pesar de su espíritu, la letra de este texto¹³³ amparaba constreñir su aplicación, de forma que se generaba una gran cantidad de temas sociales donde no se resolvía en relación al fondo de la cuestión por considerarse incompetente, al superar el tema lo estrictamente contenido en los tratados. Dado que, mientras tanto, dentro del seno del Consejo de Europa sí que se venían emitiendo pronunciamientos en relación a esas mismas materias, el diálogo judicial entre las dos instituciones se ha visto sumamente limitado¹³⁴.

En todo caso, los intentos de integración de las dos instituciones llevaron a un Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH, de forma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quedaba integrado

¹³² Sentencias como las recaídas en los asuntos *Internationale Handelsgesellschaft, Nold/Comisión* o *Kadi y Al Barakaat International Foundation* son claro ejemplo de tal respeto y posible sinergia entre las instituciones.

¹³³ En concreto, deberíamos citar la interpretación limitativa que se ha generado por el tenor literal del art. 52.2, destacando el caso *Akeberg Fransson, C-614/10*, donde se estableció que “the fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union are applicable in all situations governed by European Union law, but not outside such situations”. Aplicado al orden social, implica gran cantidad de temas en los que el Tribunal ha venido a abstenerse de pronunciarse sobre el fondo por considerarse carente de competencia.

¹³⁴ Destacar, por resultar uno de los más recientes ejemplos, el Caso *Nisttahuz Poclava, C-117/14*, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se consideró carente de competencia para responder a las cuestión de si era admisible un contrato de trabajo de trabajo por tiempo indefinido con período de prueba de un año, cuestión que había sido ampliamente analizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales en la Reclamación n. 65/2011.

parcialmente en las instituciones de la Unión Europea, pudiendo ser un último órgano resolutor de las cuestiones judiciales que se planteasen. Aunque el Proyecto de Acuerdo parecía ignorar la integración del CEDS, resultaba un gran avance en la protección internacional de los derechos sociales. Sin embargo, dicho proyecto no pudo prosperar, por cuanto requería de dictamen favorable del TJUE.

En fecha 18 de diciembre de 2014 el Pleno del TJUE emitió el Dictamen 2/13. En el mismo, se oponía a la adhesión por cuanto el acuerdo “no es compatible con el art. 6 del TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº8) sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. En definitiva, redundaba de nuevo en las competencias atribuidas, como principal obstáculo a la integración y el desarrollo de los derechos sociales.

Desde el Dictamen 2/13 no puede considerarse que se haya dado ningún paso significativo a la hora de resolver la cuestión, de forma que mientras las instituciones de la Unión Europea deciden promover los cambios oportunos, será necesario continuar avanzando en un discreto diálogo entre la jurisprudencia del TJUE y la del TEDH en todos aquellos temas que puedan resultar competencia de la Unión Europea. Mientras, y en caso de conflicto, tal vez sea necesario tener en cuenta el principio de primacía de los principios *pro cives, favor libertatis o pro homine*, por cuanto vienen enmarcados tanto en el ámbito de protección del Consejo de Europa como en los principios inspiradores de la Unión Europea.

Igualmente, y tal como parece apuntar Sybe A. de Vries¹³⁵, mientras esto ocurre, la Unión Europea debería de replantear el equilibrio que ha venido estableciendo entre derechos económicos y sociales, a los efectos de una futura mayor protección de los segundos. Esta necesidad de replanteamiento viene impuesta, sobre todo, porque la complejidad de la situación parece incrementarse exponencialmente, por cuanto cada vez son más los Estados miembros de la UE que han ratificado el Protocolo Facultativo del PIDESC. Eso lleva a que, en la actualidad, la situación haya evolucionado hasta encontrarnos en un mismo territorio con tres sistemas internacionales distintos y sin jerarquía entre ellos.

¹³⁵ De Vries, S.A., “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, Holanda, v. 9, n. 1, January 2013.

4. Los Derechos Sociales bajo la perspectiva de Naciones Unidas

A pesar de tratarse de una organización internacional que actúa mediante operaciones enmarcadas en la neutralidad, podemos anticipar que Naciones Unidas ha demostrado un activo papel en la defensa de los derechos sociales, convirtiéndose en un referente global en esta materia. Esto se debe a que, a pesar (o precisamente por ello) de tratarse de la Organización que generó la división entre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desde los años noventa ha sido también pionera en las actuaciones para reafirmar y reivindicar la posición de los Derechos Sociales¹³⁶.

Esta reivindicación de los derechos sociales se ha venido a desarrollar mediante una doble estrategia: Reforzar los mecanismos políticos de cooperación internacional en defensa de los derechos sociales, mediante los Objetivos del Milenio, y un programa legislativo internacional, apostando por la justiciabilidad y directa reclamación de los Derechos Sociales a través del Protocolo Facultativo del PIDESC.

Las ventajas de esta doble estrategia son innegables, pudiéndose sintetizar en las siguientes:

- Permite una convergencia gradual de los Estados que tengan como punto de partida la negación de la justiciabilidad de los Derechos Sociales, instándoles a empezar asumiendo compromisos políticos sobre los que, en caso de incumplimiento, pueda existir no sólo un reproche por parte de su ciudadanía, sino también internacional;
- Determina que los países que acepten la justiciabilidad de los Derechos Sociales puedan avanzar en la integración absoluta de los mismos dentro de sus sistemas políticos y económicos. De esta forma, al crear un marco internacional de obligaciones justiciables en relación a estos Derechos, superan los escollos derivados de los procesos de globalización. Esto supone un mecanismo de control y protección directo;
- Además, estas políticas orientadoras induce a que los Estados más avanzados en la defensa de los derechos sociales asuman posiciones de liderazgo, tolerando que dentro de su proyección internacional se conviertan en una referencia a emular en esta

¹³⁶ Aunque fue un cambio progresivo, podríamos señalar como pilar de ese cambio la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de fecha 25 de junio de 1993, en la que se ratificaba la universalidad, indivisibilidad e independencia de los derechos humanos, y la necesidad de darles a todos ellos el mismo peso.

materia.

A partir de este punto resulta interesante hacer una reflexión sobre el posicionamiento de la ONU en dos de los principales retos a los que se ha enfrentado: La globalización, haciendo hincapié en el nuevo papel de las empresas en el ámbito internacional, y las medidas anticrisis impuestas por algunos países en afectación a los Derechos Sociales.

4.1. La postura de la ONU frente a globalización

La posición por parte de la ONU en relación a la globalización, como fenómeno económico, político y social, ha derivado desde un profundo análisis de los rasgos que la caracterizaban y sus consecuencias hacia un proceso de redefinición de la misma. En este sentido, tal vez el punto de inflexión pueda situarse en la Declaración del Milenio, por la que se concibió la globalización como un proceso que superaba lo económico para adquirir dimensiones sociológicas, políticas, ambientales y jurídicas que repercuten en el pleno disfrute de todos los derechos humanos. Ello implicaba no sólo analizar los desafíos en profundidad, sino también enfrentarse a los mismos aprovechando las oportunidades que se generaban. Conscientes de ese mismo espíritu, surgieron los Objetivos del Milenio, como un ideario de la ruta a seguir. Pero, más allá de la declaración de intenciones que suponían estos objetivos, también se reforzó el esfuerzos por generar un marco legal de referencia, reforzando y redirigiendo los esfuerzos para obtener un Protocolo Facultativo del PIDESC¹³⁷.

Como colofón a lo anteriormente dicho, la actuación de la ONU respecto a la globalización ha sido la de buscar una redefinición de la misma, diferenciando sus diversos aspectos hacia la mundialización. Este cambio de terminología busca generar un proceso en el que se superen los problemas manifestados por la globalización, dando un papel destacado a los derechos humanos en la resolución de los problemas supranacionales generados, y reconociendo un corpus en el que la igualdad y la dignidad

¹³⁷ De nuevo en este punto nos encontramos con el desarrollo de la doble estrategia, política y legislativa. Mientras se promovía un análisis del fenómeno de la globalización mediante los Monterrey y Sao Paulo Consensus (A/CONF.198/11, chap. I, resolution 1, annex y TD7412, part. III respectivamente) se buscaba llevar a cabo las iniciativas de Krotane para el Protocolo Facultativo del PIDESC. Eso llevo a que, dado el bloqueo alcanzado en la Comisión de Derechos Humanos, en 2006 se trasladara la competencia al Consejo de Derechos Humanos, donde se creó un grupo de trabajo abierto con el fin de redactar el Protocolo.

sean los patrones en torno a los que deban rendirse cuentas¹³⁸. Al fin y al cabo, la globalización ha supuesto ya un proceso asimétrico, por el que se ha generado muchísima riqueza, por una ineficiente distribución de la misma. Por ello un cambio en la terminología podía suponer empezar desde cero, restableciendo las bases sobre las que debía edificarse todo un nuevo sistema.

Pero un análisis completo de esta materia no puede soslayar el pararse a analizar el papel de las empresas multinacionales dentro de esta estructura global emergente.

Siguiendo el espíritu de reconfigurar la globalización hacia la mundialización, y dentro de los documentos más recientes que han tratado la materia en relación a las empresas internacionales, podríamos referirnos a la Resolución de 19 de diciembre de 2014¹³⁹, donde se recalca la necesidad de promoción de la capacidad productiva, el empleo y la dignidad dentro de las políticas de Desarrollo Sostenible, debiendo modificar el modelo social y empresarial de forma que se genere un nuevo paradigma internacional. No es cuestión de perjudicar el comercio, ni asumir enfoques intervencionistas en relación a los modelos empresariales o la sociedad civil, sino alterar sustancialmente las reglas para que la creación de riqueza no suponga perjudicar a la mayoría de los trabajadores, negarles la dignidad en su puesto de trabajo.

En definitiva, lo que se busca es, a través de los progresos sociales y científicos, analizar la existencia de nuevos modelos de desarrollo y alentar un cambio en los modelos educativos para promover la creación de modelos económicos sostenibles y respetuosos con los derechos humanos, de forma que se integre el desarrollo económico como una pieza fundamental para el desarrollo social y viceversa, rompiendo lo que hasta el momento era el paradigma de dos modelos enfrentados.

Todo lo anterior se debe a una clara conciencia¹⁴⁰ de que, si bien el desarrollo industrial es importante como medio de contribución en la generación de una riqueza necesaria para llevar a cabo los procesos de Desarrollo Sostenible, no se trata por sí mismo de un objetivo imbricado en el desarrollo de los Derechos Humanos, obligando a que las operaciones que afecten a Derechos Sociales internacionalmente amparados tenga que poner en práctica la filosofía del “Proteger, Respetar

¹³⁸ En todo caso, ese corpus ya viene manifestado en A/RES/69/173, suponiendo la reafirmación de un posicionamiento en torno al que deben oscilar los derechos sociales en el presente y futuro.

¹³⁹ A/RES/69/210.

¹⁴⁰ A los efectos de apreciar la misma, podemos tener en cuenta lo establecido Resolución de 19 de diciembre de 2014, A/RES/69/235.

y Remediar”¹⁴¹. De esta forma, la ONU supera su cometido original, al derivar e inmiscuirse en las actuaciones de particulares en el ámbito económico de una forma bilateral: Estableciendo unas bases de buena gobernanza que puedan generar riqueza y comercio, pero al mismo tiempo derivando una responsabilidad social en las empresas que, a partir de ese punto, deben tenerse en cuenta también como un actor garante y protector de los derechos sociales¹⁴².

4.2. La postura de la ONU frente a las medidas anticrisis

Tal vez el punto más significativo a nivel internacional en la estrategia de Naciones Unidas haya sido su posicionamiento en relación a las medidas de recortes sociales justificadas en crisis económicas. Este posicionamiento aparece ampliamente desarrollado en la Carta de 16 de mayo de 2012¹⁴³, en la que se define las líneas maestras del posicionamiento de la ONU en esta materia, concretándolas en las siguientes:

- a) Cualquier medida restrictiva de derechos sociales debe ser, en todo caso, temporal. En tal sentido, el establecer medidas restrictivas que perdurasen más allá de lo estrictamente necesario sería contrario a lo establecido en el PIDESC.
- b) Debe existir una necesidad y una proporcionalidad de la medida en relación tanto con la situación de crisis como con los orígenes y desencadenantes de esa crisis. Este punto es especialmente llamativo, por cuanto esa proporcionalidad debería obligar a replantear gran parte de las supuestas “medidas de estabilidad”, por cuanto generan recortes sociales desproporcionados o bien no conexos a la causa que desencadenó la crisis económica.
- c) Las medidas no pueden ser discriminatorias o derivar en la creación de grupos especialmente afectados por los mismos. Este punto debería interpretarse en el sentido de que no pueden suponer la eliminación de ciertas ventajas que se venían concediendo a ciertos grupos con problemas de inserción en el mercado laboral o derivar en que ciertos grupos de trabajadores, por resultar especialmente afectados por las mismas, se convirtiesen en grupos marginales. Tal vez el mejor ejemplo de lo

¹⁴¹ En tal sentido, véase A/HRC/17/31, anexo.

¹⁴² A/RES/69/173.

¹⁴³ CESCR/48th/SP/MAB/SW.

que se pretende combatir con esta medida es la aparición de fenómenos como el de los “trabajadores pobres” (personas que, pese a trabajar más de la mitad del año, ganan menos del 60% de la renta media nacional)

- d) Que las medidas no atenten contra el núcleo de los derechos sociales. Esto no debe interpretarse en el sentido de que existan dos tipos de derechos sociales, nucleares y periféricos, sino que todos y cada uno de los derechos sociales debe de constar de un núcleo indisponible que suponga el mínimo de respeto a la dimensión de la dignidad humana manifestada en ese derecho. De esta forma, las medidas anticrisis deben identificar en cada uno de los derechos que puedan afectar cual es el núcleo de dignidad humana y qué supone una mejora social del derecho en cuestión, sólo pudiendo afectar al primero. De esta forma, una medida que redujese el salario mínimo interprofesional no podría hacerlo más allá del derecho a un salario digno, o una medida que facilitase las condiciones de despido no supondría una vulneración de lo establecido en el PIDESC si amparase directa o indirectamente el despido libre. En este sentido, y si bien la ONU viene llevando a cabo desde los años 90 una labor de desarrollo del contenido nuclear de tales derechos, muchos autores siguen criticando la imprecisión e inseguridad que se genera a la hora de diferenciar contenido nuclear y periférico.

De esta forma, nos encontramos con que si bien la ONU no niega que en determinadas circunstancias pueda asumirse medidas restrictivas con los derechos sociales a fin de paliar situaciones de crisis económicas, cuando nos ponemos a analizarlas en profundidad nos encontramos frente a unas condiciones tan leoninas que denotan claramente un posicionamiento radicalmente en contra de que una crisis económica pueda suponer la excusa en un recorte de los derechos sociales.

Pero esta carta ha superado el mero espíritu de declaración de principios para convertirse en toda una inspiración para posteriores informes. En este sentido, los ejemplos paradigmáticos serían el informe que elaboró el relator especial Juan Pablo Bohoslavsky en relación a la misión especial que elaboró en Islandia entre el 8 y el 15 de diciembre de 2014¹⁴⁴ y el Proyecto de resolución presentado por Borg Tsieng Tsun sobre cooperación para el desarrollo industrial el 1 de diciembre de 2014¹⁴⁵. En ambos informes aparecía, más allá de los respectivos casos que analizaban,

¹⁴⁴ A/HRC/28/59/Add.1

¹⁴⁵ A/C.2/69/L.58

todo un ideario de cómo afrontar las crisis económicas desde el respeto a los derechos sociales, buscando el desarrollo de un nuevo paradigma. Los principales pilares eran los siguientes:

- Entender que el sistema de protección social debía ser uno de los pilares fundamentales del desarrollo nacional;
- A pesar de la crisis, o por causa de la misma, dirigir las políticas de empleo hacia los grupos más afectados a medio o largo plazo, convirtiéndolas en una prioridad;
- Convertir en una prioridad durante los tiempos de crisis la lucha contra la pobreza y la exclusión social, pues se trata del momento donde más necesarios resultan estos programas;
- En los momentos de mayor crisis económica es cuando resulta imperativo incrementar los gastos sociales, a fin de asegurar los servicios mínimos a los que debería acceder toda persona. En este supuesto, la crisis no puede ser excusa para recortar en educación, servicios médicos o protección social;
- En este contexto, es necesario un desarrollo social inclusivo, donde se vincule de manera responsable a la comunidad empresarial. Es imprescindible este compromiso de los actores económicos transnacionales para que el nuevo modelo pueda llevarse a cabo de manera efectiva;
- Hay que crear una conciencia de que la creación de riqueza se puede generar mediante procesos sostenibles, que no supongan la exclusión de grupos sociales desfavorecidos ni la supresión o recorte de los Derechos Sociales Adquiridos.

Establecidos estos principios, en el momento actual toca analizar si los diversos Estados los asumen, los llevan a la práctica y están dispuestos a incorporarlos en sus ordenamientos, buscando la creación de un futuro social sostenible. En este sentido, parece que la Carta de 16 de mayo de 2016 ha adquirido renovada vigencia y se ha convertido en una fuente esencial, por cuanto su contenido ha marcado directamente las líneas por las que luego se ha pasado a medir el cumplimiento de los Estados.¹⁴⁶

¹⁴⁶ De esta forma, los más recientes Concluding Observations en relación a Grecia (E/C.12/GRC/CO/2) e Italia (E/C.12/ITA/CO/5) toman este texto como referente a la hora de criticar las medidas anticrisis adoptadas.

5. Conclusión: del futuro de los Derechos Sociales en el ámbito internacional

El desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad suponen en la actualidad nuevos retos para los Estados¹⁴⁷, que deben reconfigurar sus relaciones con sus nacionales en base a tales principios en todos los ámbitos. De esta manera, han de resultar una guía y un marco de inspiración y desarrollo de los derechos sociales.

A partir de este punto, el problema surge cuando concepciones políticas y económicas en relación al modelo de economía sostenible que debe primar nos hacen olvidar estos principios. Por eso, uno de los puntos más importantes a tener en cuenta en el futuro desarrollo de los derechos sociales va a ser el papel de los Estados en el Ámbito internacional: Sólo si se refuerza y amplía la participación de todos los países en la adopción de decisiones y normas económicas internacionales, consiguiendo la participación de los actores económicos transnacionales e incentivando un comportamiento sostenible de las mismas, podrá alcanzarse el objetivo de desarrollo sostenible y respetuoso con los Derechos Sociales¹⁴⁸ internacionales. Tal vez la pista más importante de la evolución que se vaya a seguir en esta materia la encontremos en el TTIP, que en la actualidad se viene negociando entre USA y la Unión Europea.

Por otro lado, el problema de confluencia de tratados y/o acuerdos internacionales que incidan en los derechos sociales y que, a falta de jerarquía entre los mismos, lleve a resoluciones contrapuestas, supone un grave desafío jurídico. Dada la situación actual, las soluciones, habida cuenta de su naturaleza de derechos humanos, podrían ser la aplicación del principio pro homine, adoptando en cada momento la solución que más primase el interés de las personas. Alternativamente, se podría emplear una aplicación e interpretación conjunta de los artículos 55, 56, 57 y 103 de la Carta de Naciones Unidas, dando la primacía a la solución que crease niveles de vida más elevados o mayor progreso económico y social.

En una esfera diferente, nos encontramos que a nivel Internacional la ONU va a continuar con la doble estrategia (política y legislativa) que hasta ahora ha llevado a cabo. A nivel político, su reafirmado compromiso con el análisis de la globalización y la búsqueda de convertir este proceso en una mundialización, promoviendo entre los países la conciencia del

¹⁴⁷ Dupré, C., "Dignity, Democracy, Civilisation", *Liverpool Law Rev*, 2012, 33, p. 263-280.

¹⁴⁸ A estos efectos, cabe recordar lo establecido en la Resolución de acciones Unidas A/RES/69/173, de 18 de diciembre de 2014.

respeto a los derechos sociales por ser parte insoslayable de los derechos humanos, va a suponer uno de los frentes fundamentales.

Por otro lado, y reforzando el anterior frente, el pretender que los países pasen de asumir compromisos meramente testimoniales al reconocimiento pleno de los derechos sociales mediante la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC supone una apuesta directa por lo que debe ser el futuro de estos derechos. De esta forma, la jurisprudencia que emane del Procedimiento de Reclamaciones Directas puede convertirse en una nueva fuente internacional a tener en cuenta, por cuanto supone dotar de un contenido real y efectivo lo que previamente se había considerado sólo como principios abstractos.

En definitiva, debemos ser conscientes de que nos hallamos en un momento crucial en el futuro desarrollo de los derechos sociales. La encrucijada de la crisis económica y la necesidad de un cambio en el modelo económico, junto a los fenómenos de la globalización y la mundialización, implican que los derechos sociales superen ampliamente el ámbito donde tradicionalmente venían enmarcados. Esa situación hace que resulte imperativa la necesidad de una voluntad política global destinada a desarrollar, proteger e impulsar esos derechos. De ahí la urgente necesidad de todas las iniciativas posibles encaminadas a impulsar tal fin.

6. Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Primera Reimpresión, 2014.
- Chatton, G., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal europeo de derechos humanos y del comité europeo de derechos sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político. UNED*, España, n. 73, septiembre-diciembre, 2008, pp. 273-310.
- De Vries, S.A., “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, Holanda, v. 9, n. 1, 2013.
- Degryse, C, Jepsen, M. y Pochet, P., “La crisis del euro y su impacto sobre las políticas sociales nacionales europeas”, *Colección Cuadernos*, Argentina, Fundación 1 de Mayo, n. 41, Marzo 2015.
- Dupré, C., “Dignity, Democracy, Civilisation”, *Liverpool Law Rev*, 2012, 33.
- Figuroa García-Huidobro, R., “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: discusión teórica”, *Revista Chilena de derecho*, v. 36, n. 2,

2009.

Garrigo Gómez, M. I. (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales hoy*, España, Ed. Dykinson, 2013.

Guiglia, G., “L’entrata in vigore del Protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, social e culturali tra luci e ombre”, *Federalismi.it-Focus Human Rights*, n. 3, 2015.

Jimena Quesada, L., “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, v. 27, n. 3, diciembre, 2009.

Jimena Quesada, L., *La jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales*, España, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

Jimena Quesada, L., Alfonso Mellado, C. y Salcedo Beltrán, C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, España, Ed. Bomarzo, 2014.

López Martín, M., “La protección internacional de los derechos sociales. A proósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008”, *Foro Nueva época*, España, n. 13, 2011, pp. 13 a 59.

Macías Jara, M., “La plena igualdad como garantía de los derechos sociales y la proyección de la solidaridad”, *Lex Social*, España, v. 3, n. 2, julio-diciembre, 2013.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L., *El sistema universal de los derechos humanos*, España, Ed. Comares, 2014.

Morijn, J., “Kissing Awake a Sleeping Beauty? The Charter of Fundamental Rights in EU and Member States Policy Practice”, *EIUC The EU charter of fundamental rights*, Training Seminar, Venice, 2015.

Terol Becerra, M., Jimena Quesada, L., *Tratado sobre protección de derechos sociales*, España. Ed. Tirant lo Blanc, 2014.

El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?*

Tatsiana USHAKOVA**

RESUMEN: En esta contribución, se propone indagar sobre el potencial del Convenio de la OIT (núm. 177) para afrontar los desafíos de la realidad actual del trabajo a distancia. Se analiza la adecuación del concepto convencional de “trabajo a domicilio” a las distintas formas de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo, y la eficacia de la protección de esta forma de trabajo frente a los cambios que están experimentando el mundo empresarial y el mercado laboral.

A raíz de esta reflexión, se plantea qué pasos podría emprender la OIT: ¿promover la aplicación y ratificación del Convenio núm. 177? ¿Replantear su postura ante el trabajo a distancia y modificar el Convenio actual o elaborar otro convenio? ¿Optar por una evaluación de la de situación y elaborar un instrumento de *soft law*?

Palabras clave: Trabajo a distancia, trabajo a domicilio, teletrabajo, Convenio de la OIT (núm. 177).

SUMARIO: 1. El efecto transformador del trabajo a distancia desde una perspectiva dialéctica. 2. La regulación del trabajo a distancia por la OIT: elementos estáticos y dinámicos. 3. Escenarios de acción de la OIT ante los desafíos. 4. Bibliografía.

* El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación “Análisis jurídico del teletrabajo en el Derecho español y comparado. El *e-work* como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad” (DER2013-43615-R), dirigido por la Prof^a. Dr^a. Lourdes Mella Méndez, y se ha presentado como ponencia en la VI Edición del Congreso internacional *La gran transformación del trabajo*, celebrado en Bérghamo (Italia), los días 6 y 7 de noviembre de 2015.

** Abogada, Doctora en Derecho, acreditada por la ANECA (España) como Profesora Titular de Universidad en Ciencias Sociales y Jurídicas.

1. El efecto transformador del trabajo a distancia desde una perspectiva dialéctica

El trabajo a distancia es uno de los signos relevantes y emblemáticos de la gran transformación del trabajo. Su efecto transformador se refleja en las particularidades de la regulación jurídica del fenómeno que, como muchos otros, puede abordarse mediante una aproximación dialéctica. Sin duda, el trabajo a distancia, como una realidad económica, exige la reglamentación jurídica y, una vez establecido el marco regulador, este actúa sobre la realidad. Al mismo tiempo, el trabajo a distancia, como producto de la liberalización económica, tiende a escaparse de la reglamentación normativa. Al menos, algunas de sus modalidades precisan de un mayor grado de flexibilidad en la regulación.

En el entorno normativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el término “trabajo a distancia” no cuenta con una definición propia y remite al término “teletrabajo”, que se define como trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora¹⁴⁹. De este modo, cabe suponer que los tres términos más habituales que emplea la OIT – “trabajo a distancia”, “teletrabajo” y “trabajo a domicilio” – son intercambiables y pueden ser sinónimos en determinados contextos. No obstante, cada uno de ellos resalta un aspecto concreto y posee una parcela propia, que no coincide con las demás¹⁵⁰. El “trabajo a distancia” acentúa el carácter remoto del servicio prestado, el “teletrabajo” pone de relieve el uso de las TIC, y el “trabajo a domicilio” resalta la tarea que se lleva a cabo en la residencia habitual del trabajador.

Precisamente, el trabajo a domicilio es el término que emplea la OIT en el Convenio sobre el trabajo a domicilio (núm. 177) y en la Recomendación correspondiente (núm. 184), instrumentos adoptados el 20 de junio de 1996. Dicha opción es cuestionable en el contexto de la mundialización (o, si quiere, globalización) de la economía actual, aunque, en última instancia, depende del contenido conceptual del término. La prueba de ello es que, hace unas décadas, el trabajo a domicilio se consideraba como un modo de producción obsoleto y, por consiguiente, destinado a desaparecer, debido a la modernización económica. Y, sin embargo, esta forma de empleo ha ido cobrando nueva vigencia, gracias a la revolución

¹⁴⁹ Tesauro de la OIT, disponible en <http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp> (visitado el 31 de julio de 2015).

¹⁵⁰ Di Martino, V., *Promoting Decent Work. The High Road to Teleworking*, ILO, Geneva, 2001, p. 13; Ushakova, T., “El teletrabajo en el Derecho de la OIT”, *Información laboral*, 2015, en prensa.

tecnológica y a la misma globalización económica que implica, *inter alia*, una competencia más aguda en el mundo empresarial y, por lo tanto, empuja a la transformación o superación de las formas tradicionales de organización de la producción y del trabajo, siempre con miras a lograr una mayor eficiencia¹⁵¹.

Hay que tener presente que los orígenes del concepto, en su sentido actual vinculado al teletrabajo, remiten al ámbito nacional, y no precisamente jurídico. El término surgió en 1973, en el seno del grupo de científicos estadounidenses de la Universidad de California del Sur (*University of Southern California*), bajo la dirección del físico Jack Nilles, conocido como “padre del teletrabajo”¹⁵². El grupo de Nilles realizaba estudios sobre la aplicación de las tecnologías informáticas para rentabilizar los beneficios económicos de las empresas, mediante la reducción del desplazamiento de los trabajadores a los lugares de trabajo y su sustitución por el traslado de la información necesaria transferida por el trabajador desde su domicilio o el centro de trabajo más próximo. En el contexto de la crisis del petróleo de entonces, la propuesta de Nilles permitía ahorrar el gasto de combustible vinculado al desplazamiento de los trabajadores en las horas punta y, asimismo, reducir la emisión de gases nocivos para el medio ambiente.

Con el estudio del primer caso en los años 1973-1974, arrancó la idea de *moving the work to the workers instead of moving the workers to work*¹⁵³. Acto seguido, se dieron a conocer las numerosas repercusiones de su aplicación: el impacto en la organización del trabajo y en la productividad, en los costes y beneficios, en el ahorro energético y en las políticas públicas. Visto el panorama, las empresas multinacionales de los EE.UU. y, después, de los países de Europa más adelantados, incorporaron el trabajo a distancia como una opción ante el deterioro del empleo formal tradicional. A su vez, algunos gobiernos optaron por promocionar el teletrabajo para los sectores con un alto grado de desocupación.

Suelen invocarse distintas razones para fomentar el trabajo a distancia en los países: el desarrollo de la economía local de regiones aisladas, la

¹⁵¹ Tomei, M., *El trabajo a domicilio en los países seleccionados de América Latina: una visión comparativa*, Documento de discusión 29, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, p. 9.

¹⁵² Véase, entre los primeros estudios de Nilles, editados en 1976 y reeditados posteriormente: Nilles, J. M. et al., *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow*, Booksurge Publishing, United States, 2007, y Nilles, J. M., *Making Telecommuting Happen: A Guide for Telemanagers and Telecommuters*, Van Nostrand Reinhold, New York, 1994.

¹⁵³ Se trata de la frase por la que empieza la presentación del libro de Nilles et al., *óp. cit.*, citado en la nota anterior.

disminución de los costes y el fomento del empleo, en el Reino Unido; el desarrollo regional y el fomento de la competitividad, en Francia; la reducción de costes, en Italia; el desarrollo regional y la organización del mercado laboral, en Alemania, y el fomento de la competitividad, en España¹⁵⁴. Por lo que se refiere al futuro, hay que admitir la poca probabilidad de que desaparezcan los factores que han motivado su desarrollo: los problemas de tráfico van a seguir aumentando; el medio ambiente va a exigir una mayor atención; las empresas van a necesitar incrementar su flexibilidad y competitividad, reorganizarse y contratar a personal más cualificado, mejorar el servicio al cliente y reducir los costes fijos¹⁵⁵. De este modo, con toda seguridad, el trabajo a distancia continuará creciendo, aunque sin llegar a sustituir completamente a la organización de trabajo tradicional.

Así las cosas, el marco social en que avanza el trabajo a distancia puede caracterizarse por los siguientes aspectos: externalidad laboral, modernización productiva y precariedad en el trabajo¹⁵⁶. Desde esta perspectiva, exige una reglamentación jurídico-laboral.

Con anterioridad a la adopción del Convenio núm. 177 de la OIT, estaba claro que una noción común del trabajo a distancia [*teleworking* (teletrabajo), *telecommuting* (“teledesplazamiento”), *networking* (trabajo en red), *flexible working* (trabajo flexible) etc.] tenía que cubrir un abanico amplio de situaciones: desde un trabajo individual a domicilio con (o sin) el ordenador y el teléfono, hasta distintas modalidades de trabajo debidas a la descentralización de las empresas¹⁵⁷.

En esta línea de ideas, el término ha experimentado una evolución progresiva a partir de su sentido estricto originario de trabajo a domicilio hacia un concepto inclusivo de formas de trabajo más complejas y sofisticadas. Hoy en día, el trabajo a distancia puede implicar el grado y tipo de uso de las tecnologías, la modalidad contractual, la proporción del tiempo de trabajo externalizado y la localización de la prestación laboral¹⁵⁸. En lo que concierne a la localización, puede llevarse a cabo en las oficinas centrales, los lugares de atención al cliente, los centros satélites o en el

¹⁵⁴ Montiel Torres, M. F., *Cuadernos de Gestión Pública Local*, ISEL, Diputación de Málaga Málaga, 2002, p. 38.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Rubbini, N. I. *et al.*, “El teletrabajo necesita una nueva metáfora?”, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 2010, p. 3.

¹⁵⁷ Di Martino, V., Wirth, L., “Telework: A new way of working and living”, *International Labour Review*, Vol. 129, n. 5, 1990, p. 530; Díaz, V. L., “Teletrabajo: una nueva modalidad organizacional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 1, n. 3, 2013, ADAPT University Press, p. 5.

¹⁵⁸ Rubbini *et al.*, *óp. cit.*, p. 4.

domicilio. El lugar de realización adquiere relevancia en muchos casos, en especial si la reglamentación nacional del trabajo a distancia depende de la proporción de este tipo de prestación y puede variar según la modalidad que lo asocia a un lugar atípico concreto: trabajo a domicilio, en telecentro, itinerante o móvil. Además, no debe confundirse con otras actividades como, por ejemplo, *telemarketing*, *teleservicios* o *televenta*, que también se caracterizan por el uso de las TIC, pero en las sedes empresariales, y con la prestación que se ejecuta con respecto al cliente y no al empresario¹⁵⁹.

En su sentido más amplio, el trabajo a distancia puede realizarse *on-line* u *off-line*; organizarse de manera individual o colectiva; constituir una parte o la totalidad de la tarea o del tiempo de ocupación, e implicar empleo por cuenta propia o ajena¹⁶⁰.

2. La regulación del trabajo a distancia por la OIT: elementos estáticos y dinámicos

La noción del Convenio núm. 177 (y de la Recomendación correspondiente núm. 184) de la OIT, a primera vista reducida al trabajo a domicilio, posee un contenido bastante más amplio. Desde este punto de vista, incluye elementos inmutables y elementos que permiten una interpretación dinámica, aplicable a la realidad cambiante del trabajo a distancia.

A los efectos del Convenio, la expresión “trabajo a domicilio” significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

- en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
- a cambio de una remuneración;
- con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sierra Benítez, E. M., “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 1, n. 1, 2013, ADAPT University Press, p. 17.

¹⁶⁰ Di Martino, Wirth, *óp. cit.*, p. 530.

¹⁶¹ Art. 1 (a) del C117.

A continuación, el art. 1 (b) precisa que el mero hecho de realizar ocasionalmente el trabajo en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual, no convierte a una persona, que tenga la condición de asalariado, en trabajador a domicilio.

Según el art. 1 [a (i)], el primer componente de la noción es la localización. En este sentido, no se trata exclusivamente del trabajo en el domicilio, como parece adelantar el término, sino del trabajo en los locales de elección del trabajador (incluido su domicilio), distintos de los locales de trabajo del empleador. Por lo tanto, el contenido corresponde más al término “trabajo a distancia”, que al “trabajo a domicilio”.

No obstante, y en relación con el teletrabajo, hay que reconocer que, aunque el trabajo a domicilio puede incluir esta modalidad de trabajo, existen rasgos que los distinguen. El teletrabajo supone la conexión entre el empleador y el trabajador mediante las TIC. Así, pese a su pretensión inclusiva (y no exclusiva), al concepto convencional puede reprochársele un enfoque restrictivo del lugar de trabajo, esto es, la omisión de tales modalidades de organización y realización de trabajo a distancia más modernas como el “trabajo móvil” o los “servicios de atención al público deslocalizados”¹⁶².

En segundo lugar, la noción prevé la remuneración como contravalor de la actividad desarrollada (art. 1 [a (ii)]).

En tercer lugar, refuerza la relación de dependencia expresada en la finalidad del trabajo, a saber, la elaboración de un producto o prestación de un servicio conforme a las especificaciones del empleador, que, además, incluye la posibilidad de proporcionar el equipo, los materiales u otros elementos utilizados (art. 1 [a (iii)]).

Los elementos de la dependencia se articulan a través de la necesidad de una remuneración y control por parte del empresario, que puede traducirse en el encargo de un producto o servicio, en el suministro de los materiales u otras herramientas necesarias y en una relación de determinada duración y frecuencia. Si, en la práctica nacional, estuviese previsto el recurso a intermediarios, las responsabilidades respectivas de los mismos y de los empresarios deberían reglamentarse mediante las leyes o decisiones judiciales (art. 8).

En este punto, cabe señalar que algunas modalidades de trabajo a distancia, como es el teletrabajo, implican un creciente grado de flexibilidad, y dificultan la determinación de la relación de trabajo o la descartan directamente. Esto se debe a la flexibilización del grado de

¹⁶² UE, *Trabajo a domicilio: la Comisión adopta una recomendación*, (Bruselas, 1998), IP/98/469, de 27 de mayo de 1998.

control del empleador sobre el trabajador, indicador más común en la legislación laboral nacional para determinar la existencia de tal relación. Otro factor es la polivalencia ocupacional. Un trabajador puede realizar tareas propias de un asalariado en algunas temporadas o etapas y “teletrabajar” de manera autónoma en otras, mientras que el contenido de su actividad no varía sustancialmente. Asimismo, cabe el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, ya que, en general, se trata de contratos no indefinidos.

Las actividades vinculadas a las TIC plantean un problema particular, debido al mayor grado de formación e iniciativa¹⁶³. Como es sabido, el trabajo intelectual, por su naturaleza, exige una cierta autonomía del trabajador para tomar decisiones, organizar su tiempo y usar los recursos. En algún caso, esto puede favorecer al trabajador, al permitirle negociar unas condiciones de trabajo más cómodas y una remuneración más alta, puesto que una relación “atípica” no siempre significa “precariedad”. No obstante, la ambigüedad también permite al “empleador” imponer unos arreglos contractuales con miras a evitar cualquier presunción de la dependencia y evadir sus obligaciones fiscales y laborales¹⁶⁴. En ocasiones, el empresario condiciona la oportunidad de obtener un trabajo a la inscripción previa en el registro de trabajadores autónomos¹⁶⁵.

Representan un ejemplo ilustrativo, al respecto, las Observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en relación con Países Bajos que ratificaron el Convenio núm. 177 en 2002. En sus Observaciones, la Comisión toma nota de los comentarios realizados por la Confederación Sindical de los Países Bajos (FNV) de que “mientras que los trabajadores con niveles más altos de educación que realizan teletrabajo pueden estar bien protegidos por contratos de trabajo, los trabajadores que realizan trabajos poco calificados a menudo no disfrutan de dicha protección ya que son contratados en base a contratos por tarea y son remunerados por pieza o en base a los resultados”¹⁶⁶.

En cuarto lugar, en principio, el concepto del Convenio núm. 177 deja al margen a los trabajadores autónomos, esto es, los trabajadores “que tengan el grado de autonomía e independencia económica para ser considerados como trabajadores independientes”, aunque tampoco puede decirse que los excluya de manera tajante, ya que admite cierta

¹⁶³ Tomei, *óp. cit.*, p. 4.

¹⁶⁴ Tomei, *óp. cit.*, p. 5.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ OIT, Observaciones de la CEACR, adoptados en 2009, la Conferencia Internacional de Trabajo en su 99ª reunión, 2010, disponibles en: <http://www.ilo.org>.

“autonomía” en la realización del trabajo a domicilio. La flexibilidad encuentra su expresión en la elección del lugar de trabajo por parte del trabajador y en la posibilidad de usar sus propios equipos.

Y, por último, apunta a la necesidad de establecer un criterio de dedicación o frecuencia de realización de este tipo de trabajo, al señalar que no puede considerarse como un trabajo a domicilio una actividad ocasional o esporádica de estas características [art. 1(b)].

La definición de empleador, que cierra el artículo [art. 1(c)], es un indicio más de que existe una preocupación particular por proteger al trabajador por cuenta ajena.

Con todo, el Convenio núm. 177 hace “visibles” a los trabajadores a domicilio. Impone a los Estados partes que adopten, apliquen y revisen periódicamente su política nacional en la materia, e introduzcan mejoras en la regulación de esta modalidad de trabajo (art. 3). En particular, la política nacional a la que se refiere tiene que promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta todas las características de este tipo de trabajo (art. 4).

El contenido del art. 4 sirve para volver al debate acerca de la necesidad y la metodología de distinción entre los principios y derechos fundamentales y el resto de derechos en el trabajo¹⁶⁷. La reflexión al respecto a partir del Convenio núm. 177, de 1996, nos sitúa en un período anterior a la adopción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, y muy anterior a la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008. Esta última reafirma el valor de la primera y señala que los Estados miembros de la OIT reconocen, en el cumplimiento del

¹⁶⁷ Véase el debate doctrinal sostenido entre Philip Alston y Francis Maupain y continuado por muchos otros autores, en particular, en: Alston, Ph., “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, *EJIL*, Vol. 15, n. 3, 2004, pp. 457-521, y “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *EJIL*, Vol. 16, n. 3, 2005, pp. 467-480; Langille, B., “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, *EJIL*, v. 16, n. 3, 2005, pp. 409-437; Maupain, F., “Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers’ Rights”, *EJIL*, Vol. 16, n. 3, 2005, pp. 439-465; Rodgers, G. et al., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2009, p. 253; Gil y Gil, J. L., “Globalización y empleo: Propuesta de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 11, 2014, pp. 44 y ss. y “The Protection of Fundamental Rights at Work: The ILO Decent Work Approach”, in Carby-Hall, J. (Ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, Warsaw, 2014, pp. 208-210, y Ushakova, T., “La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT”, *Información Laboral*, n. 4, 2014, p. 98.

mandato de la Organización, la importancia y el significado especial de los derechos fundamentales, es decir: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación¹⁶⁸.

En la línea marcada para la acción normativa de la OIT, la igualdad de trato se potencia en cuanto a los derechos fundamentales resaltados en los convenios fundamentales aunque, insistimos, antes de la adopción de la Declaración de 1998. El único derecho fundamental que no se explicita en el listado es el correspondiente a la prohibición del trabajo forzoso. De los ocho aspectos, en los que prioritariamente ha de fomentarse la igualdad entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores, figuran cuatro correspondientes a los estándares fundamentales:

- a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;
- b) a la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación
- d) la igualdad en materia de remuneración;
- g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo.

En la misma línea, se confirma que existen otros derechos que podrían, con razón, considerarse como fundamentales, y que aparecen en la lista de los ámbitos prioritarios de la igualdad del Convenio núm. 177. Así, en su momento, se criticó la elección “aleatoria” de los derechos fundamentales de la Declaración de 1998, por no incluir derechos o estándares mínimos como la salud en el trabajo, el tiempo de trabajo, el salario mínimo, el tiempo de descanso mínimo, el derecho a la pensión o la protección de la maternidad¹⁶⁹. O, por el contrario, se resaltó su papel para la realización de otros derechos, incluidos los de protección social. Asimismo, en el Convenio núm. 177 figuran algunos de ellos, en especial:

- c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo;
- e) la protección por los regímenes legales de seguridad social;

¹⁶⁸ Los cuatro derechos fundamentales citados quedan expresados y protegidos en los ocho Convenios fundamentales sobre la libertad sindical y la protección del derechos de sindicación, de 1948 (núm. 87); sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (núm. 98); sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957 (núm. 105); sobre la edad mínima, de 1973 (núm. 138); sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 (núm. 182); sobre la discriminación (empleo y ocupación); de 1958 (núm. 111), y sobre igualdad de remuneración, de 1951 (núm. 100).

¹⁶⁹ Alston, *óp. cit.*, 2004, p. 486. Sobre la importancia y el desarrollo de los derechos mencionados, véase, entre otros, Servais, J.-M., *International Labour Law*, 2nd ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009; Carby-Hall, J., “Promoción de los derechos en el trabajo”, *RL*, n. 15-18, 2012, pp. 171-176.

- f) el acceso a la formación;
- h) la protección de la maternidad.

La mención de estos ámbitos de igualdad “complementarios” a los derechos fundamentales, todavía no definidos como tales, se debe al problema ya apuntado y particularmente sensible para la OIT, que es la superación de la economía informal y una mayor visibilidad de los trabajadores a domicilio para su mejor protección¹⁷⁰.

El Convenio, que se limita a nombrar los derechos mencionados sin desarrollarlos, se refiere de manera más específica a dos de ellos: la libertad de asociación y la seguridad y salud en el trabajo. En cuanto al primero, debe recordarse que el diálogo social inspira a la OIT en cuanto a su organización interna y método de trabajo, que se expresa a través de la participación de representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores¹⁷¹. En la misma dinámica, la política nacional en materia de trabajo a domicilio tiene que aplicarse y revisarse en consulta con los interlocutores sociales más representativos (art. 3), a la vez que los trabajadores a domicilio ostentan el derecho, ya señalado, a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y participar en sus actividades [art. 4.2 (a)].

Por lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, aparte de la obligación general de protección del art. 4.2 (c), el art. 7 insiste en la necesidad de tener en cuenta las características propias del trabajo a domicilio. Con miras a estas particularidades, la legislación nacional ha de determinar las condiciones en que deben prohibirse ciertos tipos de

¹⁷⁰ A modo de ejemplo, cabe volver de nuevo sobre los comentarios de la FNV para la CEACR: “...[A]unque exista un contrato de trabajo, muchos trabajadores a domicilio no cumplen los criterios para estar cubiertos por el seguro de enfermedad, discapacidad o desempleo (a saber, trabajar al menos dos días a la semana, tener un contrato de al menos 30 días e ingresos que representen al menos el 40 por ciento del salario mínimo), mientras que muchos convenios colectivos excluyen específicamente a los trabajadores a domicilio de su ámbito de aplicación. La FNV considera que el número de teletrabajadores y trabajadores a domicilio está aumentando, y que debido a estos cambios que se han producido en el mercado de trabajo se necesita una política específica sobre teletrabajo y trabajo a domicilio, especialmente para proteger a los trabajadores a domicilio poco calificados”. OIT, Observaciones de la CEACR, adoptados en 2009, la Conferencia Internacional de Trabajo en su 99ª reunión, 2010, disponibles en: <http://www.ilo.org>. Véase, al respecto, la reciente Recomendación de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal (núm. 204), de 12 de junio de 2015.

¹⁷¹ Gil y Gil, J. L., Ushakova, T., “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en Martín, Ph. (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Université de Bordeaux, Bordeaux, 2007, pp. 97-130.

trabajo y sustancias.

Se adopta un compromiso especial con los colectivos más vulnerables: las mujeres y los niños. En relación con las mujeres, el trabajo a domicilio puede ser una elección voluntaria y un medio de conciliación de la vida laboral y familiar¹⁷². De aquí que se ponga el acento en la igualdad en la protección de la maternidad con otro tipo de trabajadoras y trabajadores. No obstante, las dificultades de control a través de la inspección de trabajo, la tarea de determinar si la persona trabaja o simplemente está en su hogar, implican que pueda dar lugar al trabajo no declarado y amenazar el trabajo decente¹⁷³. En su Recomendación relativa a la ratificación del Convenio, la Comisión Europea resalta este aspecto. Confirma los datos de la OIT de que la mayoría de los trabajadores a domicilio son mujeres, que recurren a este trabajo como medio para combinar una actividad que les procure los ingresos salariales necesarios para el hogar con el cuidado de personas a su cargo, y que esta elección responde a menudo a la escasez de oportunidades de trabajo o a la ausencia de servicios sociales y de asistencia¹⁷⁴. El riesgo también reside en el trabajo para un familiar, sin formalización de la relación de trabajo, ni remuneración, en concepto de “ayuda” al presupuesto de la familia¹⁷⁵.

En relación con los niños, se refuerza el objetivo de erradicar el trabajo infantil, resaltado en los dos convenios fundamentales¹⁷⁶, que escapa al control, debido a una mayor “informalidad” e “invisibilidad” del trabajo a domicilio.

La Recomendación núm. 184 desarrolla todos los aspectos del Convenio, en particular, los que refieren a los derechos, y añade otros campos de regulación de relevancia para mejorar la situación de los trabajadores a

¹⁷² Mella Méndez, L., “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *Aranzadi Social*, n. 5, 1998, pp. 641-666.

¹⁷³ OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ofical Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 135; Servais, *óp. cit.*, pp. 236-237.

¹⁷⁴ La Recomendación de la Comisión, de 27 de mayo de 1998, relativa a la ratificación del Convenio núm. 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996, [notificada con el número C (1998) 764], DO L 165/32, de 10 de junio de 1998; OIT, *La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio*, Comunicado de prensa, de 20 de junio de 1996, Ginebra, 1996. En el año de adopción del Convenio, la OIT afirmaba que las mujeres constituían la aplastante mayoría de esta categoría laboral (cerca del 95 por ciento).

¹⁷⁵ Tomei, *óp. cit.*, p. 6.

¹⁷⁶ Convenios de la OIT sobre la edad mínima, de 1973 (núm. 138), y sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 (núm. 182). Véase, también, OIT, Comunicado de prensa, 1996. En este comunicado, la OIT apuntaba que el trabajo infantil solía emplearse con frecuencia en forma de trabajo a domicilio.

domicilio. Siendo de por sí un instrumento flexible, no impone obligaciones, sino que “recomienda” a los Estados establecer y aplicar un régimen más favorable a los trabajadores. Entre los derechos que incluye este instrumento complementario, destacan: el derecho a ser informado sobre las condiciones de empleo específicas¹⁷⁷, y el deber correspondiente del empresario para con el trabajador a domicilio y la autoridad nacional competente¹⁷⁸; las horas de trabajo, los períodos de descanso y licencias comparables con los derechos similares de otros trabajadores¹⁷⁹; la protección en los casos de terminación de la relación de trabajo¹⁸⁰, y el derecho a disponer de un mecanismo de solución de conflictos asegurado por la autoridad competente¹⁸¹.

El Convenio núm. 177 obliga a los Estados que lo ratifiquen a “adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio” (art. 3). La política tiene que llevarse a cabo “por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional” (art. 5). Además, debe existir un sistema de inspección para garantizar su cumplimiento y un mecanismo de sanciones para los casos de infracción (art. 9).

En fin, la visibilidad se alcanza mediante el recurso a las estadísticas del trabajo que abarquen el trabajo a domicilio (art. 6). En este punto, reviste una importancia particular la información y los datos recopilados sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, tanto a nivel nacional como sectorial.

Sin embargo, por todo lo expuesto, el trabajo a distancia representa un panorama de actividades que comprende desde las modalidades de trabajo manual y no cualificado hasta las que exigen estudios superiores y una preparación altamente cualificada. Además, sin ser un sector determinado por sí solo, ni estar cubierto por una protección específica, el trabajo a distancia se extiende a todos los sectores, donde puede protegerse o no en el marco de cada una de las actividades. Su carácter “transversal” dificulta la reglamentación adecuada en un ámbito sectorial concreto.

¹⁷⁷ Capítulo II, párr. 5 de la Recomendación.

¹⁷⁸ Capítulos II, III; XII y XIII.

¹⁷⁹ Capítulo VIII.

¹⁸⁰ Capítulo X.

¹⁸¹ Capítulo XI.

3. Escenarios de acción de la OIT ante los desafíos

El concepto de trabajo a distancia que encuentra su expresión en el Convenio núm. 177 no está generalmente reconocido y aceptado¹⁸². De alguna manera, el grado de aceptación del Convenio sirve de indicio de su utilidad y eficacia. El instrumento se adoptó en 1996 y entró en vigor en 2000. Para la entrada en vigor de un tratado internacional, no es un período particularmente largo. No obstante, es algo prolongado, teniendo en cuenta el carácter flexible propio de los convenios de la OIT y, en particular, la exigencia de tan solo dos instrumentos de ratificación. Por ahora, lo han ratificado solo diez Estados¹⁸³, entre ellos cinco Estados miembros de la Unión Europea y Argentina como único representante del continente americano¹⁸⁴. Esto significa que muchos países todavía desconocen la regulación internacional útil para regular el trabajo a distancia o, por el contrario, cuentan con una legislación nacional mucho más detallada y avanzada.

En cuanto a la OIT, su proceso legislativo único incluye a representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empresarios de los Estados prácticamente del mundo entero. Las normas producto de este proceso aspiran a la universalidad y la flexibilidad, ya que, de entrada, deben tomar en consideración diferentes bagajes culturales e históricos, sistemas jurídicos y niveles de desarrollo de los países, para que sea posible trasladarlas a la legislación y la práctica nacionales¹⁸⁵. Como se ha resaltado en el capítulo anterior, el Convenio núm. 177 también posee un potencial suficiente para adaptarse a las características de distintos Estados.

Así, la primera opción de la OIT frente a los desafíos actuales es promover la ratificación del Convenio núm. 177 y persuadir a los Estados

¹⁸² Di Martino, *op. cit.*, p. 107; Huuhtanen, P., *The Social Dimension of Telework: The Health and Safety Issues for Teleworkers in the European Union*, Consolidated Report, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1997, WP/97/29/EN, p.7.; Sierra Benítez, E. M., *El contenido de la relación laboral en teletrabajo*, Ed. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011, p. 375.

¹⁸³ El Convenio núm. 177 entró en vigor el 22 de abril de 2000. En la fecha de 1 de agosto de 2015, lo han ratificado diez Estados: Albania, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Finlandia, Irlanda, Macedonia, Países Bajos y Tayikistán. Véase el texto y el estado de ratificaciones en: <http://www.ilo.org>.

¹⁸⁴ Véase, como prueba de la implicación y compromiso de Argentina con el Convenio núm. 177, el *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, 1ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011.

¹⁸⁵ OIT, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014, p. 19.

a explorar las posibilidades convencionales para regular el trabajo a distancia en sus distintas manifestaciones. Valga recordar que, aunque el título del Convenio hace referencia al trabajo a domicilio, su contenido no resulta incompatible con otras modalidades de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo. Como demuestra el diálogo mantenido entre Argentina y la CEACR sobre la aplicación del Convenio por este país, las disposiciones convencionales permitían reforzar y perfeccionar la protección de los trabajadores a distancia tanto en el marco de la Ley núm. 12713 de 1941 sobre el Trabajo a Domicilio, como de un nuevo proyecto legislativo sobre el Teletrabajo¹⁸⁶.

La promoción de la ratificación del Convenio núm. 177 no descarta la posibilidad de su revisión y actualización, tal y como está previsto en el art. 16. En virtud de este artículo, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo puede considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) la cuestión de la revisión total o parcial del Convenio. De hecho, en 1995, el Consejo de Administración comenzó la revisión de todas las normas de la OIT adoptadas antes de 1985, salvo los convenios fundamentales y de gobernanza¹⁸⁷. Este proceso continúa actualmente. Como consecuencia, de los 189 convenios, 82, incluidos los adoptados después, como es el caso del Convenio núm. 177, se designaron como “actualizados”¹⁸⁸. De los 107 restantes, 23 están en situación provisoria, tres son objeto de una solicitud de información, 22 están pendientes de revisión, uno no ha sido objeto de conclusiones y dos están relacionados con los artículos finales; los demás convenios (56) han sido retirados o dejados de lado¹⁸⁹.

Además, una de las últimas enmiendas a la Constitución de la OIT, promovida por la CIT, tiene por objeto permitir la derogación de un convenio en vigor, pero reconocido como obsoleto, si dos tercios de los delegados votaran a favor de dicha enmienda. En este supuesto, otra opción más radical y menos realista es la adopción de un convenio nuevo en la materia. Sin embargo, si el Convenio actual carece de una acogida

¹⁸⁶ Véase las Solicitudes directas, de 2009 y 2014, formuladas por la CEACR sobre la aplicación del Convenio núm. 177 por Argentina, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª y 104ª reuniones, publicadas, respectivamente, en 2010 y 2015, y disponibles en: <http://www.ilo.org>.

¹⁸⁷ OIT, 2014, p. 20.

¹⁸⁸ El Convenio núm. 177 ostenta el estatus de instrumento técnico actualizado. Para una información más detallada, véase el “Prefacio”, en OIT, *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, p. 14.

¹⁸⁹ *Ibid.*

suficientemente representativa, ni siquiera por los países desarrollados, un instrumento nuevo tampoco tendría, con toda probabilidad, un mayor éxito. Es más, para la adopción de una nueva norma, se precisan dos tercios de los votos de los representantes tripartitos en la CIT¹⁹⁰. La OIT ya cuenta con un cuerpo normativo bastante completo, elaborado a lo largo de casi un siglo de historia. En la etapa actual, aunque pueda resultar paradójica y pesimista la observación, no sería posible llegar al acuerdo, si se plantease la adopción de unas normas de la OIT ya establecidas, por ejemplo, los convenios en materia de terminación de la relación laboral o de protección de la maternidad, campos que, entre muchos otros, han sufrido y están sufriendo la regresión en las legislaciones de algunos países, debido a la reciente crisis financiera y económica.

Con todo, queda el recurso al *soft law*, muy frecuente en los últimos años. La Recomendación núm. 184 podría servir de punto de partida al respecto. No obstante, sus disposiciones están estrechamente relacionadas con el planteamiento del Convenio núm. 177.

A nuestro parecer, existen varios aspectos que dificultan la aplicación efectiva del Convenio¹⁹¹. En primer lugar, y el Convenio y la Recomendación se encaminan a regular tan solo una parcela del trabajo a distancia, a saber, el trabajo a domicilio, cuyos orígenes se remontan a la “máquina de hilar”. De este modo, de los tres componentes más destacados del concepto actual de trabajo a distancia – la organización, la localización y la tecnología – las normas de la OIT hacen suyos los dos primeros y prescinden de las TIC. En efecto, se aparta del aspecto “tecnológico” y se centra en el aspecto “organizativo”. Aunque, aparentemente, no exista una diferencia entre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia, parecería más conveniente que el concepto marco internacional se refiriese al trabajo a distancia, como término más genérico y clave para definir tanto el trabajo a domicilio como el teletrabajo, como

¹⁹⁰ En primer lugar, el Consejo de Administración acuerda poner un tema en el orden del día de una futura CIT. La Oficina Internacional del Trabajo prepara un informe que analiza la legislación y la práctica de los Estados Miembros respecto del asunto de que se trata. Este informe se envía a los Estados Miembros y a las organizaciones de empleadores y de trabajadores para que formulen comentarios al respecto, y se discute en la CIT. Posteriormente, la Oficina prepara un segundo informe que contiene un proyecto de instrumento sobre el que también pueden formularse comentarios. Dicho proyecto se somete a discusión en la siguiente Conferencia, si se considera necesario se enmienda, y se propone para su adopción. Esta “doble discusión” brinda a los participantes en la Conferencia el tiempo suficiente para analizar el proyecto de instrumento y formular comentarios sobre el mismo. Para la adopción de una norma, se requiere una mayoría de dos tercios de los votos. Véase OIT, 2014, p. 17.

¹⁹¹ Véase las conclusiones en Ushakova, *óp. cit.*, 2015.

consta en el Tesouro de la OIT.

En segundo lugar, el concepto convencional delimita el ámbito de aplicación personal y, atendiendo a la lógica de trabajo de la “máquina de hilar” más que a la del ordenador (sin mencionar las formas de trabajo más complejas y sofisticadas que llevan aparejadas las nuevas prácticas empresariales), dirige sus esfuerzos a proteger a los trabajadores a domicilio más vulnerables y, con carácter general, los trabajadores con un cierto grado de dependencia. Por lo tanto, excluye a los trabajadores autónomos independientes. Como es sabido, el trabajo con el recurso a las TIC se caracteriza por un alto grado de autonomía del trabajador y, desde este punto de vista, el enfoque de la OIT no parece del todo acertado.

Delimitando el ámbito personal, el Convenio establece un propósito ambicioso de igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los trabajadores asalariados en una serie de derechos básicos. Es dudoso que pueda alcanzarse dicha pretensión: primero, porque un gran número de trabajadores (en especial los autónomos) caen fuera del ámbito de protección, y porque, para el resto de trabajadores, no hay posibilidad de instaurar un régimen de control efectivo de la pretendida igualdad, aun tomando en consideración, como hace el Convenio, las particularidades del trabajo a domicilio y de la legislación y la práctica nacional correspondiente.

Ahora bien, considerando que el trabajo a distancia se realiza con mucha frecuencia por los trabajadores autónomos, habría sido conveniente que el marco de protección se hubiese extendido también a esta categoría de trabajadores. Puede que el componente en común para la regulación internacional efectiva del teletrabajo no tenga que ser la relación de dependencia, sino la organización del trabajo, con la mención expresa de las TIC, que supere la relación de trabajo tradicional. Así, podrían protegerse unos estándares mínimos propios a la modalidad del trabajo a distancia. Además, se evitaría que la “ajenización” se convirtiese en un método de desprotección y precarización de los trabajadores.

En conclusión, para ir más allá de las normas del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184, o para replantear el concepto de trabajo a distancia, cabe recurrir a los instrumentos no vinculantes, como las directrices o las declaraciones, por analogía con la acción de la OIT en otros ámbitos¹⁹². Dichos instrumentos pueden ofrecer orientaciones para

¹⁹² Véase, entre otros ejemplos, el *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007; y la *Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, en su redacción de 2006, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su

las políticas nacionales y locales o utilizarse para mejorar diversas estructuras administrativas. Asimismo, pueden servir de herramienta útil para los nuevos (o viejos) actores en forma de los códigos de conducta o la responsabilidad social de las empresas.

4. Bibliografía

- Alston, Ph., “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime”, *EJIL*, v. 15, n. 3, 2004.
- Alston, Ph., “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *EJIL*, v. 16, n. 3, 2005.
- Carby-Hall, J., “Promoción de los derechos en el trabajo”, *RL*, n. 15-18, 2012.
- Carby-Hall, J. (Ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, Warsaw, 2014.
- Díaz, V.L., “Teletrabajo: una nueva modalidad organizacional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 1, n. 3, 2013, ADAPT University Press.
- Gil y Gil, J.L. y Ushakova, T., “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en Martin, Ph. (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Université de Bordeaux, Bordeaux, 2007.
- Gil y Gil, J.L., “Globalización y empleo: Propuesta de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 11, 2014.
- Gil y Gil, J.L., “The Protection of Fundamental Rights at Work: The ILO Decent Work Approach”, en Carby-Hall, J. (Ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, Warsaw, 2014.
- Huhtanen, P., *The Social Dimension of Telework: The Health and Safety Issues for Teleworkers in the European Union*, Consolidated Report, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1997, WP/97/29/EN.
- Di Martino, V. y Wirth, L., “Telework: A new way of working and living”, *International Labour Review*, v. 129, n. 5, 1990.
- Di Martino, V., *Promoting Decent Work. The High Road to Teleworking*, ILO, Geneva, 2001.

204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977), y enmendada en sus 279.^a (noviembre de 2000) y 295.^a (marzo de 2006) reuniones.

- Langille, B., “Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)”, *EJIL*, Vol. 16, n° 3, 2005.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, *Manual de buenas práctica en teletrabajo*, 1ª ed., Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2011.
- Maupain, F., “Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers’ Rights”, *EJIL*, v. 16, n. 3, 2005.
- Mella Méndez, L., “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *Aranzadi Social*, n. 5, 1998.
- Montiel Torres, M.F., *Cuadernos de Gestión Pública Local*, ISEL, Diputación de Málaga, Málaga, 2002.
- Nilles, J.M., *Making Telecommuting Happen: A Guide for Telemanagers and Telecommuters*, Van Nostrand Reinhold, New York, 1994.
- Nilles, J.M. et al., *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow*, Booksurge Publishing, United States, 2007.
- OIT, *La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio*, Comunicado de prensa, de 20 de junio de 1996, Ginebra, 1996.
- OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.
- OIT, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.
- OIT *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015.
- Rodgers, G. et al., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2009.
- Rubbini, N. I. et al., “El teletrabajo necesita una nueva metáfora?”, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 2010.
- Servais, J.-M., *International Labour Law*, 2nd. ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Sierra Benítez, E.M., *El contenido de la relación laboral en teletrabajo*, Ed. Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011.
- Sierra Benítez, E.M., “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 1, n. 1, 2013, ADAPT University Press.

Tomei, M., *El trabajo a domicilio en los países seleccionados de América Latina: una visión comparativa*, Documento de discusión 29, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

UE, *Trabajo a domicilio: la Comisión adopta una recomendación*, Bruselas, 1998, IP/98/469, de 27 de mayo de 1998.

Ushakova, T., “La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT”, *Información Laboral*, n. 4, 2014.

Ushakova, T., “El teletrabajo en el Derecho de la OIT”, *Información laboral*, 2015, en prensa.

El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?*

Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ**

RESUMEN: Muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del Trabajo. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura organizativa, como por ejemplo es el caso de la start-up estadounidense Uber, que ofrece transporte de viajeros a través de una aplicación móvil gratuita. En principio los conductores no son empleados de Uber, pero en el mes de marzo de 2015 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) elaboró un informe en el que mantiene la existencia de dependencia. Nuestro trabajo intentará responder a varias interrogantes, como por ejemplo ¿Es la dependencia la nota central e imprescindible del Derecho del Trabajo? ¿Es posible la aplicación del Derecho del Trabajo sin la presencia de la denominada dependencia jurídica? ¿A qué tipo de dependencia atiende el Derecho del Trabajo? ¿Qué es la dependencia digital?

Palabras clave: Dependencia industrial, tecnológica y digital, Derecho del trabajo moderno.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los orígenes y desarrollo del Derecho del Trabajo: la dependencia industrial. 2.1. La dependencia tecnológica. 3. El tránsito del Derecho del Trabajo: la dependencia digital. 3.1. La fábrica digital y empleos digitales. 3.2. El empleo digital y problemas delimitadores de la nota de la dependencia «digital». 3.3. La posible calificación de trabajador asalariado a los conductores de Uber: los indicios de laboralidad. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Análisis jurídico del teletrabajo en el derecho español y comparado. El e-work como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad (DER2013-43615-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (España), cuya IP es la Prof. Lourdes Mella.

** Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Coordinadora de la Cátedra Unesco Promoción Socio-Laboral de la Fundación Sagardoy.

1. Introducción

La reforma laboral de 2012 en España comporta unos cambios muy relevantes en el Derecho del Trabajo, que están ocasionando un amplio debate jurisprudencial y doctrinal en torno a la implantación de la flexiseguridad en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, y del fomento de la empleabilidad¹⁹³. La actual sociedad española de la crisis está experimentando unos cambios profundos tanto en el empleo y en la colocación como en el acceso al mercado de trabajo: precariedad en los contratos de trabajo, y “nuevas” formas de manifestación del trabajo y/o del empleo a través del emprendimiento, que mayoritariamente es una manifestación del auge del trabajo autónomo entre el colectivo más desfavorecido: los jóvenes. Para el año 2013 el Gobierno Español recogió una serie de recomendaciones de la Comisión Europea en materia de empleo joven desarrolladas en el Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo denominado “medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”. El objetivo de esta Estrategia es impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena, o a través del autoempleo y el emprendimiento. En este sentido, el legislador está utilizando una serie de formas no laborales para favorecer la inserción laboral de jóvenes, como el conocido trabajo autónomo regulado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; o el emprendimiento, regulado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, y en la propia ley 11/2013. En definitiva, se trata de iniciativas de autoempleo que pretenden ser una fuente de generación de empleo por cuenta ajena, y que complementan a otras conocidas medidas (bonificación y reducción de las cuotas de autónomos de la Seguridad Social) que tratan de estimular la puesta en práctica de iniciativas de

¹⁹³ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, contempla una serie de medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores: reforma de las empresas de trabajo temporal al autorizarlas a operar como agencias de colocación; reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos; previsión de que los Servicios Públicos de Empleo otorguen a cada trabajador una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la Seguridad Social; reconocimiento a los centros y entidades de formación acreditadas la posibilidad de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo; así como la introducción de modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil, etc.

autoempleo, tanto de jóvenes como de desempleados de larga duración¹⁹⁴. En general, se está produciendo un fomento del emprendimiento y del autoempleo que, dada la escasez de creación de «trabajo dependiente», están desencadenando posibles “nuevas fronteras” entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia ante los avances de las tecnologías digitales que favorecen nuevas formas de realización de la prestación de servicios: trabajos digitales. Los avances tecnológicos permiten que las empresas formen equipos de trabajadores o empleados que trabajan en distintas partes del mundo, manteniéndose en contacto entre sí por medio de las tecnologías de las comunicaciones. Los servicios de contratación en línea, como por ejemplo Upwork, permiten poner en contacto a empresas con trabajadores autónomos mediante una aplicación móvil, algoritmos de búsquedas, servicio de chat en tiempo real, etc.¹⁹⁵, y todo ello para subcontratar trabajo¹⁹⁶. Este mercado digital no impide frenar otro de los graves problemas que atacan a la economía de mercado mundial: el auge del empleo sumergido y/o informal. Según la patronal de las empresas de trabajo temporal (Asemplo), en España tenemos aproximadamente cuatro millones de españoles que trabajan “en negro”, lo que supone un 18% de la población activa. La economía sumergida representa en España más de un 20% del PIB, aproximadamente 240.000 millones de euros, situándose entre los tres países de Europa en que la economía informal tiene más peso sobre el PIB¹⁹⁷. Con la entrada del

¹⁹⁴ Sierra Benítez, E.M., “El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo?”, en Monereo Pérez, J.L., *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2014, pp. 525 a 538. http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1449_3.pdf En la misma obra vid. la ponencia de Sánchez Rodas-Navarro, C., “Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, pp. 359-404. http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1449_3.pdf

¹⁹⁵ La plataforma Upwork es la resultante de la unión de Elance y oDesk, véase <http://www.whatsnew.com/2015/05/05/elance-odesk-ahora-es-upwork-para-poner-en-contacto-a-empresas-con-trabajadores-autonomos/> “odesk es una empresa global con una serie de herramientas muy útiles para trabajadores y empresas que desean relacionarse y trabajar a distancia”. Las empresas pueden utilizarla para contratar trabajadores y los trabajadores para encontrar trabajo. Así, por ejemplo, el trabajador deberá crear un perfil virtual para entrar en el proceso de selección de la oferta que le interese para ganar un contrato por horas o por un precio fijo, vid. <http://www.cosasimposibles.com/como-trabajar-desde-casa-con-odesk-y-una-razon-para-cuidar-tu-peinado/>

¹⁹⁶ OIT, *las formas atípicas de empleo. Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo*, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Ginebra, 2015, p. 11.

¹⁹⁷ <http://www.lexdiario.es/noticias/230323/cuatro-millones-de-espanoles-trabajan-en-negro-un-18-por-ciento-de-la-poblacion-activa-segun-asemplo>

nuevo siglo, en las regiones que tienen implantado el sistema de mercado capitalista, el orden económico y financiero está sufriendo una crisis de calado hasta ahora desconocido. Con respecto al mundo del trabajo, estos cambios tienen una incidencia vital, dado que las tecnologías de la comunicación y información y el auge de las plataformas digitales están produciendo cambios en el trabajo que nos hacen reflexionar en torno a la nota principal definidora de la existencia de una relación laboral: la dependencia. Los científicos vaticinan sustitución del trabajo humano por el trabajo robótico, lo que parece reducir la actividad humana a un importante cometido: tener y educar hijos en la sociedad de la robótica del año 2050 (robots capaces de imprimir edificios con una impresora 3D y ensamblarlos). Si esto es así, el problema será grave porque habrá que enfrentarse a la transformación de la economía cuando no sea necesaria tanta gente dedicada a la producción de bienes y servicios¹⁹⁸. Esto último es un problema lejano en el campo jurídico-laboral, no es de interés porque sería trabajar con hipótesis y no con realidades incipientes como en la actualidad: la escasez de trabajo dependiente y el auge del trabajo digital. Desde el Derecho del Trabajo se plantea de nuevo la ubicación de la nota de la dependencia cuando las personas ofrecemos bienes y servicios al mercado para «satisfacer las necesidades no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios»¹⁹⁹, en este caso en la era digital: el empleador digital. Para ello vamos a estudiar el tránsito de la nota de la dependencia jurídica en la gran transformación del Derecho del Trabajo en el siglo XXI: de la dependencia originaria a la dependencia digital. Y ¿por qué la dependencia y no la ajenidad? La respuesta se reconduce al plano personal de la relación entre el trabajador y el empleador, puesto que lo “definitorio del contrato de trabajo sería el compromiso asumido por el primero de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquel” frente a la concepción patrimonialista y economicista de las teorías de la ajenidad²⁰⁰.

¹⁹⁸ Evan Henshaw-Plath, co-creador de Twitter en <http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20131124/visionarios-mundo-2050-6584.html>

¹⁹⁹ Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., García-Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 39. Vid. Alarcón Caracuel “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo”, *REDT*, n. 28, 1986, pp. 495 y ss.

²⁰⁰ Ojeda Avilés, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 60, 2007, p. 389. En relación con las distintas teorías de la ajenidad, Cruz Villalón, J., *Compendio del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 30 y 31.

2. Los orígenes y desarrollo del Derecho del Trabajo: la dependencia industrial

En los antiguos planes de estudio de finales del siglo XX, era muy habitual en la Universidades Españolas que los profesores del Derecho del Trabajo dedicaran sus investigaciones y publicaciones al estudio de los orígenes y la evolución del Derecho del Trabajo²⁰¹. Las antiguas clases magistrales impartidas en un extenso programa conllevaban que varias de esas sesiones versaran sobre los orígenes, formación y evolución del Derecho del Trabajo. Actualmente, estos estudios históricos prácticamente se han reducido a unos escasos minutos de clase, donde se ha pasado al estudio del Derecho del Trabajo por casos²⁰². Esto es significativo, porque para poder ahondar en las reflexiones sobre la gran transformación del trabajo es necesario recordar los orígenes y desarrollo de esta disciplina, que surgió con la revolución industrial en importantes ciudades y metrópolis europeas entre finales del XVIII y comienzos del XX. La ordenación del trabajo en las sociedades preindustriales no se caracterizaba por la existencia de una legislación laboral propiamente de trabajo, sino por unas normas más de Derecho público que de Derecho privado. El trabajo se identificaba con el trabajo manual, que no gozaba de una regulación propiamente dicha, sino de una regulación incidental dirigida a contemplar otras realidades²⁰³. Por ejemplo, por un lado el régimen jurídico del esclavo en Roma, que se encuadraba en el contexto de las relaciones dominicales o de propiedad; y por otro lado el régimen del siervo medieval, incluido dentro de las relaciones señoriales. Estas reglas propias de la esclavitud y de la servidumbre responden a una conciencia social preindustrial que considera el trabajo como una actividad desprovista de nobleza y no libre. Como dice el profesor Montoya Melgar, las notas de esta etapa preindustrial eran la “ausencia de mérito social y forzosidad”, que en la era moderna se desplazan y sustituyen por considerar el trabajo

²⁰¹ Al respecto, vid. Palomeque López, M.C., *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002. O bien desde la perspectiva ideológica transnacional Ojeda Avilés, A., “La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 379, 2014, pp. 13 a 38.

²⁰² Véanse las nuevas tendencias tras la implantación en España del “Plan Bolonia” donde se adaptaron los estudios universitarios a la normativa comunitaria, en Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Derecho crítico del trabajo. Critical labor law*, Atelier Libros, Barcelona, 2015.

²⁰³ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 53.

digno, libre o voluntario²⁰⁴. No obstante, ese trabajo forzoso en régimen de esclavitud o servil convivía con otro tipo de trabajo también manual pero libre o voluntario a cambio de un precio: el trabajo de los artesanos. Estos trabajos los podemos asimilar al trabajo autónomo o por cuenta propia como los conocemos en la actualidad, y que incluso podían coincidir con la figura del empleador en el momento que tuvieran trabajadores a su servicio, incluidos los esclavos. Los antecedentes de la prestación de servicio subordinada se localizan en Roma en torno a la figura jurídica conocida como *locatio-conductio operarum*, consistente en que el trabajador se comprometía a realizar un trabajo por cuenta de un patrono, de quien recibía una remuneración. El trabajador podía ejercitar una acción para exigir el pago de la misma al patrono (*actio locati*) y éste, el patrono, de otra para exigir al trabajador la realización del trabajo ordenado por él mismo (*actio conducti*). Frente a esta figura existía la *locatio-conductio operis*, por la que el trabajador por cuenta propia (autónomo) pactaba la realización de un resultado a cambio de un precio. En el primer caso nos encontramos ante un contrato que podemos considerar como antecedente del contrato de trabajo, y en el segundo ante un contrato que igualmente cabe identificar como antecedente del contrato de obra a tanto alzado. En la sociedad romana el esclavo era considerado una cosa, por lo que la relación entre trabajo-hombre se encuadraba dentro del arrendamiento de cosas que más tarde pasa a ser un arrendamiento de hombre libres (de la *locatio hominis* se pasa a la *locatio operarum*, donde se distingue el trabajo de la persona del trabajador). Los orígenes del trabajo motivaron que mediante “la *locatio-conductio operarum* el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél”. Este sometimiento no existía en la *locatio-conductio operis*, donde el trabajador era autónomo y no estaba integrado en un poder ajeno. Esta diferencia se ha mantenido en nuestros días, donde el contrato de trabajo tiene su fundamento en la dependencia del trabajador respecto al empleador, y el contrato civil de ejecución de obra en la autonomía e independencia del trabajador²⁰⁵. No obstante, tanto el trabajo gremial como los contratos de servicios del Antiguo Régimen (trabajo libre y por cuenta ajena incluso en el medio rural en la Baja Edad Media en períodos anteriores a la revolución liberal), junto a la esclavitud, son las instituciones clave de los regímenes económicos anteriores a la revolución liberal, y que marcan la

²⁰⁴ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 52 y 53.

²⁰⁵ En este mismo sentido, Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 55 y 56.

diferencia entre el Antiguo Régimen y la Edad Contemporánea²⁰⁶. La aparición del Derecho del Trabajo en la sociedad industrial se debe a una serie de acontecimientos demográficos, económicos y tecnológicos. El tránsito del Antiguo Régimen a la Sociedad Contemporánea se debe a una serie de circunstancias originadas por la Revolución Industrial iniciada en Gran Bretaña alrededor del año 1760. Entre estas circunstancias, desde un punto de vista demográfico y económico hay que señalar el aumento de la población, el crecimiento rápido de ahorro y capital, la movilidad y la concentración de capitales. Y desde el punto de vista tecnológico, la utilización de las máquinas en la producción industrial e incluso agrícola, así como la división y movilidad del trabajo libre, ajeno a las trabas gremiales. En el plano ideológico aparece lo que conocemos con la denominación de Revolución Industrial, desencadenante de grandes cambios y de la aparición de la sociedad industrial. Así, desde un punto de vista técnico-productivo del trabajo destacan el fenómeno de la división del trabajo y la concentración de los trabajadores en los centros de trabajo. Desde el punto de vista jurídico del trabajo: la libertad teórica del trabajador proclamada en la Constitución de 1791 con la Revolución francesa como contraria a las trabas de los gremios (suprimidos por la Ley Le Chapelier), y a la esclavitud en sentido propio. No obstante, esta proclamación de la libertad individual de los trabajadores reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes es más teórica que real, dado que los trabajadores no ocupan la misma posición en el contrato de trabajo que los empleadores, con lo que el abuso en los contratos de trabajo era algo muy habitual. Igualmente, la excesiva prolongación de las jornadas de trabajo, las malas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, el trabajo abusivo de menores y mujeres, y las deficientes condiciones salariales provocan un descontento generalizado que da origen a la aparición de los sindicatos y a las primeras normas de Derecho del Trabajo desde un punto de vista estricto²⁰⁷: leyes de fábricas (protección de mujeres y menores –Ley de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores en España– y prevención y protección de accidentes de trabajo –Ley 1900 de accidentes de Trabajo– y, por último, la normativa laboral de limitación del tiempo de trabajo con respecto al descanso semanal y establecimiento de jornada máxima de trabajo. El resto de las normas afectan a la legalización de las asociaciones profesionales y de los sindicatos, y a la creación de la Administración

²⁰⁶ En estos mismos términos Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, obra cit., p. 60.

²⁰⁷ En este sentido, véase Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 62 a 71.

laboral y de la Jurisdicción Social. La normativa del código civil vigente (1889) dentro del arrendamiento de obras y servicios contempla el trabajo de criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados (arts. 1.586 y 1.587), es decir, menciona una serie de servicios o trabajos dependientes o subordinados que son regulados más adelante por la normativa laboral propiamente dicha. Como apunta la doctrina, “la falta de referencia expresa en sus preceptos a la subordinación en la prestación del trabajador ha permitido a la jurisprudencia posterior la aplicación extensiva de los mismos al trabajo autónomo prestado en favor de otro; señaladamente, a los servicios de profesionales en régimen de ejercicio libre”²⁰⁸. No obstante, el paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo no llegará hasta la etapa de formación del Derecho del Trabajo tras la Primera Guerra Mundial, en los términos del art. 1.1 del ET, en el que la definición legal de trabajador asalariado que se extiende a quienes “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y de dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. De esta actual definición legal de trabajador asalariado se desprenden cuatro notas que caracterizan al trabajo asalariado: voluntariedad, ajenidad, subordinación y retribución. Estas notas han sido objeto de conflictos de interpretación y de aplicación que han sido sustanciados en los tribunales de lo social y que, gracias a sus pronunciamientos, han dado lugar a una jurisprudencia que ha servido para su delimitación legal. Entre estas notas, las que más conflictos plantean son la de la ajenidad y la dependencia atendiendo al tipo de actividad o clase de trabajo porque “(...) son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación, de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales”²⁰⁹. Existe un conflicto clásico a la hora de determinar cuál

²⁰⁸ Martín Valverde, A.; Rodríguez Sañudo, F.; García Murcia, J. *Derecho del Trabajo*, obra cit. p. 62.

²⁰⁹ SSTs 10 de julio 2007 (RJ 2007/7296), 12 de Diciembre 2007 (RJ 2008/524). 18 de marzo 2008 (RJ 2009/2204), 9 de marzo 2010 (RJ 2010/41449, 25 de marzo 2013, RJ 2013/4757); SSTSJ Galicia 30 de junio 2008 (AS 2008/2172), 21 de julio 2008 (JUR 2008/362413), País Vasco 13 de octubre 2010 (JUR 2010/415886), Galicia 28 de noviembre 2008 (AS 2008/974) y 13 de noviembre 2009 (As 2009/3087), Cataluña 21 de

de las dos notas (dependencia o ajenidad) es la que ostenta la posición dominante dentro del Derecho del Trabajo. A nuestro parecer, la nota dominante es la que constituye el objeto de este estudio: la dependencia o subordinación. Esto es debido a que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos parten de la noción de trabajo dependiente o subordinado como objeto regulado por el Derecho del Trabajo. Además se trata de una nota caracterizadora y única del Derecho del Trabajo frente a la nota de la ajenidad porque si ésta “es un carácter común a los contratos laborales, civiles y mercantiles donde el comitente hace suyos los resultados del esfuerzo humano y eventualmente obtiene plusvalías, no sucede lo mismo con la subordinación personal del trabajador hacia el empleador: en todos los países (...) esta «subordinación jurídica» (...) pasa a prevalecer sobre la «dependencia económica» a la hora de determinar la aplicación de la leyes tuteladoras de la persona del trabajador”²¹⁰. Esto es así aun cuando algún tribunal ha declarado que la dependencia “no es sino un aspecto más de la ajenidad en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador – que es la característica del trabajo por cuenta propia – sino al empresario) al referirse a los actores de doblaje que realizaban en parte su actividad en sus propios domicilios gracias a los medios tecnológicos actuales²¹¹. En realidad la noción de dependencia tradicional ha sufrido un proceso de flexibilización que permite identificarla con “el aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario”. Cuando se habla de dependencia no se parte de la estricta sumisión del trabajador al empresario en orden al tiempo, lugar y modo de la prestación laboral sino como ha calificado la jurisprudencia el sometimiento del trabajador al poder de organización o “en la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial”²¹². En definitiva, y por lo que al requisito fundamental de la dependencia se refiere, es preciso tener en cuenta que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector de la empresa (STS 27 de mayo de 1992, RJ 1992/3678) y disciplinario del empresario (STS 14 de marzo 2005, RJ 2005/4175) así como “el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa

diciembre 2011 (JUR 2012/104591).

²¹⁰ Ojeda Avilés, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, obra cit., p. 391.

²¹¹ SSTs 6 de octubre 2010 (RJ 2010/5017), 19 de julio de 2010 (RJ 2010/5015), 16 de julio 2010 (RJ 2010/5014), 7 de octubre 2010 (RJ 2010/5018), STSJ Madrid 25 mayo 2015 (JUR 2015/189554).

²¹² Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 41 y 42.

(...)” como a “los datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo” (STS 22 de abril 1996, RJ 1996/3334). En definitiva, un control del esfuerzo o de la actividad laboral que en un primer momento se localiza en la fábrica o en actividades en torno al sector industrial, que más tarde se extiende al sector servicios, y que identificamos con lo que hemos denominado “dependencia tecnológica”.

2.1. La dependencia tecnológica

En los orígenes del Derecho del Trabajo había una única regulación que delimitaba con nitidez la identificación del trabajador asalariado dentro del sector industrial con respecto a otros trabajadores no asalariados. El trabajo objeto de regulación jurídica se identificaba con el sector industrial en torno a las grandes fábricas en zonas urbanas. La etapa de la consolidación del Derecho del Trabajo se caracteriza por la extensión del ámbito de aplicación subjetivo a las actividades profesionales propias del sector terciario, permaneciendo otras al margen de su ámbito de aplicación. Según la doctrina, esto “provoca como efecto inmediato la necesaria delimitación del tipo de actividades profesionales y de relaciones contractuales sometidas a la misma, fijando en sentido negativo qué otras quedan excluidas; e incluso la delimitación de algunas de ellas que van a encontrarse en una situación de parcial inclusión y de parcial exclusión”²¹³. Las actividades y los trabajos manuales, que eran fundamentalmente el objeto de regulación del Derecho del Trabajo en sus orígenes, se extienden igualmente a los trabajos intelectuales: administrativos, técnicos y los cargos directivos. La expansión origina asimismo la aparición de las denominadas «zonas grises», que hacen necesaria la configuración e identificación de los elementos definidores del tipo de trabajo sometido a la legislación laboral²¹⁴. Este término se emplea para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y del Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo²¹⁵. Por otro lado, la noción de

²¹³ Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, obra cit., p. 26.

²¹⁴ Ojeda Avilés, A. “Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato, TS. n. 207, 2008, pp. 7 a 18.

²¹⁵ Martín Valverde, A., “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), *RMTAS*, n. 38, 2001, p. 30.

dependencia demuestra que tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado, cuando ésta es realizada mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo, o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas del empleo telemático²¹⁶. Para determinar si concurren o no las notas que configuran el contrato de trabajo, los tribunales tienen en cuenta el papel de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, dado que no fueron objeto de consideración cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, año en el que no estaban implantados en nuestro país ni el correo electrónico ni Internet. En el año 1999 se produce un importante pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto que reconoce que las nuevas tecnologías han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en la relaciones de trabajo, propiciando contrataciones en las que es suficiente con disponer de un equipo informático adecuado –o cualquier otro dispositivo electrónico móvil con conexión a Internet– para que el trabajador pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar directamente instrucciones, recibir el fruto del mismo, dirigirlo y modificarlo, y todo ello sin tener físicamente en el lugar de trabajo de la empresa al trabajador, y sin que ello impida que concurren todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 ET²¹⁷. Concretamente, en relación con la existencia de la nota de la dependencia, el Tribunal considera que el trabajador se encuentra sometido al ámbito de organización y dirección de la empresa, en cuanto las órdenes patronales sean continuas y directamente impartidas a los trabajadores a través de Internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red o del teléfono móvil y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, y sometidos a las variaciones que la empresa introdujera²¹⁸. Consideramos que esta

²¹⁶ Sierra Benítez, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 41 a 49, Sanguineti Raymond, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *TL*, n. 40, 1996, pp. 53 a 71.

²¹⁷ La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto, entre otras, “la aparición de contrataciones, en las que en esencia sigue dándose las notas de laboralidad” en Morgado Panadero, P., “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, *AL*, n. 16, 2004, p. 1911, Tomo 2.

²¹⁸ En este mismo sentido, STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321).

sentencia es bastante significativa, ya que identifica con claridad lo que denominamos «dependencia tecnológica», cuando la presencia física del trabajador y del empleador se sustituye por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la relación laboral²¹⁹. En estos casos el empleador lleva a cabo un «control del espacio virtual» que incluso puede ser más intenso que el llevado a cabo tradicionalmente. Entre los poderes del empresario, el de vigilancia y control es el que mayor incidencia tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, en concreto, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo²²⁰. En efecto, la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha permitido el desarrollo del “poder informático”²²¹, lo que refuerza aún más el poder de control empresarial sobre la prestación de trabajo, considerado por la más reciente doctrina la causa del contrato de trabajo²²². Sin embargo, volviendo a la sentencia mencionada más arriba y atendiendo a los hechos o manifestación de cómo se realiza la prestación de servicios en ese caso concreto, entendemos que esa «dependencia tecnológica» puede ser poco flexible, dado que el trabajador “debe estar permanentemente localizado a través de la red o del teléfono móvil y sujeto a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo y sometido a las variaciones que la empresa introdujera”. Como hemos visto más arriba, la dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo, entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las

²¹⁹ SSTSJ Cataluña 18 de septiembre 2002 (JUR 2002/255330), Asturias 16 de marzo 2001 (AS 2001335), 14 de abril (AS 2000/1003), Cataluña 10 de marzo 2000 (AS 2000/940) y 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812), Cataluña 21 de diciembre 2005 (AS 2005/55), País Vasco 1 de diciembre 2009 (AS 2010/904).

²²⁰ Escudero Rodríguez, R., “Teletrabajo”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2001, p. 835.

²²¹ Giacci, G., “Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari”, *Politica del Diritto*, n. 4, 1991, p. 672 entiende como poder informático la capacidad propia del responsable de agregar datos y establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera.

²²² Ojeda Avilés, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *TS*, n. 195, 2007, pp. 13 a 24.

circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo –aunque débilmente– su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales²²³. Los tribunales han afirmado que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas (...) para su desarrollo” constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo²²⁴. En cambio, en otras ocasiones han rechazado la existencia de relación laboral, aún existiendo un fuerte indicio de laboralidad en el hecho de que el trabajador estaba, aparentemente, sometido al ámbito organizativo de la empresa, pero la dependencia en realidad era muy tenue, al no constar la existencia de constantes órdenes de trabajo. No obstante, admitiendo la existencia de la «ajenidad en el mercado», dado que la empresa era la que se beneficiaba del trabajo del trabajador, declara que ambos indicios “quedan apaciguados por el tipo de intervención empresarial, que se limitaba a formato y contenidos y a la no prestación de servicios en forma directa a terceros”²²⁵. En España ha tenido un significativo impacto una sentencia que reconoce la existencia de relación laboral de un conocido tertuliano de radio, en que la nota de la dependencia está ciertamente atenuada, entendiendo que la libertad profesional del tertuliano reconocida por la empresa, que se limitaba a fijar el tema de debate, no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral²²⁶. Junto a este dato de la compatibilidad de la libertad profesional reconocida al trabajador con la relación laboral, también añade, muy acertadamente, la sentencia

²²³ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral, en Cruz Villalón, J., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 110.

²²⁴ STS 10 julio de 2000 (La Ley JURIS 2000/2001); TSJ Cantabria (Sala de lo Social) 11 mayo de 2007 (La Ley JURIS 2007/1112).

²²⁵ STS (Sala de lo Social), Auto de 6 noviembre 2008 (JUR 87832/2009) en relación con STSJ Cataluña 8 de noviembre 2007, (Recurso 6307/2007). En el caso de un agente comercial, STSJ Galicia de 11 marzo 2010, (JUR 2010/153942).

²²⁶ Desde un punto de vista técnico la actividad de los profesionales liberales puede incluso desaparecer, vid. STS 11 de diciembre 1989 (RJ 1989, 8947).

recurrida: "Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. Bartolomé, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna"²²⁷. En definitiva, como más arriba indicamos, se demuestra que la noción de dependencia tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación asalariada cuando ésta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación, como en los casos del teletrabajo, trabajo a distancia o remoto, que son una manifestación de formas atípicas de empleo inmersas en el conocido proceso de descentralización productiva. Es decir, de ese fenómeno cada vez más extendido en la sociedad globalizada que implica "la externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa"²²⁸. Actualmente este fenómeno alcanza su máxima expresión en la externalización de la fuerza de trabajo y, por lo tanto, en la sustitución del trabajo dependiente prestado de forma regular por relaciones externas a la empresa pero coordinadas por ésta: *Sharing economy* o economía colaborativa²²⁹. La economía colaborativa es un sistema económico en el que se comparten y se intercambian bienes y servicios a través de plataformas electrónicas que no cuenta con regulación normativa, y que va a ser objeto de estudio a continuación como consecuencia del tránsito de la dependencia tecnológica a la dependencia digital²³⁰.

²²⁷ STS de 19 febrero 2014 (RJ 2014\2075) con cita de otra de ese mismo tribunal de 16 de diciembre 2008 (RJ 2008, 8248).

²²⁸ Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia", *RL*, n. 7/8, 2000, La Ley 5924/2002 en www.laleydigital.es, p. 2.

²²⁹ Véase Rueda Rodríguez, E., "La Sharing economy", en *Boletín Adapt*, n. 9/2015.

²³⁰ Sobre el caso Uber en profundidad, vid. Dagnino, E., "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*", en *Revista Internacional de relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, vol. 3, 2015, en prensa.

3. El tránsito del Derecho del Trabajo: la dependencia digital

3.1. La fábrica digital y empleos digitales

A comienzos del año 2015 el presidente de una importante empresa de telefonía española afirmó que en los próximos cuatro años se podrían crear entre 250.000 y 300.000 empleos digitales si la economía española se digitalizara a un ritmo adecuado. En algunos sectores de producción la inclusión de los servicios de la sociedad de la información ha significado una verdadera transformación del modelo de negocio (por ejemplo, en el sector audiovisual y en el bancario). El sector manufacturero también ha ido incorporando aspectos digitales en su actividad (como, por ejemplo, sensores, automatización de procesos, representación digital de datos) pero orientados a optimizar y mejorar sus procesos existentes, sin que hayan significado un nuevo modelo de fabricación. No obstante, en el futuro muchas de las tendencias y modelos que han surgido en el mundo digital pueden tener su reflejo en el mundo industrial. Según un informe de la Sociedad de la Información 2013, la digitalización de la producción es un movimiento amplio que afecta al proceso interno de fabricación y a los modelos de negocio, que va a permitir una nueva organización productiva: nuevas formas de organizar la producción y nuevos conceptos como la fabricación en la “nube”, *in the cloud*²³¹. Este es un proceso que da origen a la fábrica digital, y que conlleva una transformación en el mundo del trabajo. Las tendencias tecnológicas (*the cloud*, tecnologías de fabricación de bajo coste, electrónica personalizada, Internet de las cosas, nuevos modelos robóticos) y sociales (*open hardware*, *crowdfunding*) pueden suponer un cambio profundo en el modelo productivo e introducir nuevas tecnologías de fabricación digitales, como por ejemplo la impresión en 3D utilizada por grandes empresas como Boeing, o bien la introducción de la robótica. Una de las consecuencias puede ser la sustitución de empleados por robots, en el momento en que, por ejemplo, un sistema robótico permite cambiar la batería de los coches eléctricos en 90 segundos. *Baxter*, un robot de 22.000 euros que no necesita programación, aprende de rutinas. La empresa *Tesla motors* dispone de más de un robot por cada 20 operarios, y la fabricación en la nube es una realidad²³². Sin duda alguna estamos en un proceso de cambio del trabajo y de tránsito hacia la denominada «fábrica digital», que puede dar lugar a la

²³¹ Fundación Telefónica, *La sociedad de la información en España 2013*, Ariel, Barcelona, 2014.

²³² Fundación Telefónica, *La sociedad de la información en España 2013*, obra cit., pp. 72 y 73.

aparición de nuevos empleos: empleos digitales. En el marco de la Unión Europea, el principal objetivo de la Agenda digital para Europa consiste en desarrollar un mercado digital para dirigir a Europa hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²³³. Con ello se pretende implantar el mercado único digital y, entre otros objetivos, fomentar la cultura emprendedora, las competencias y la integración digital para favorecer el empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC), e instaurar un marco europeo especialmente diseñado para los profesionales de las TIC²³⁴. Desde el punto de vista del crecimiento económico y del empleo, la importancia de la economía digital trae consigo una mayor demanda de profesionales cualificados. La Comisión Europea estima que Europa se enfrenta a una demanda creciente y no cubierta de entre 700.000 y 900.000 profesionales TIC para 2015, según la iniciativa presentada en marzo de 2013 «*Grand Coalition for Digital Jobs*»²³⁵. Sin duda alguna, la creación de empleo digital es una necesidad reconocida, que nos plantea a los *inslaboralistas* problemas en la delimitación de la nota de la dependencia configuradora de la relación laboral en la era de la fábrica digital, dado que la cultura del emprendimiento se está implantando en el mundo del trabajo con la proliferación del trabajo autónomo, así como también por la presencia de posibles «intermediarios tecnológicos», que a través de una plataforma conectan a unos sujetos privados para que ofrezcan servicios con usuarios potenciales (caso Uber)²³⁶.

3.2. El empleo digital y problemas delimitadores de la nota de la dependencia «digital»

La promoción del empleo digital se está encauzando fundamentalmente

²³³ Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité [COM (2010) 245 final-no publicada en el Diario Oficial].

²³⁴ La estrategia digital para Europa se inscribe en la estrategia Europea 2020 y constituye una de las siete iniciativas emblemáticas de la misma. La Estrategia 2010 constituye uno de los elementos de respuesta a la crisis financiera de 2008 que fija objetivos en materia de empleo, productividad y cohesión social.

²³⁵ <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/grand-coalition-digital-jobs-0>

²³⁶ Terminología utilizada por un representante legal de Uber en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del Estado de Jalisco en febrero de 2015 antes de que regulara en México DF las condiciones para que el servicio opere en México (Gaceta Oficial Distrito Federal 15 de julio de 2015, No. 133 bis).

por la vía del fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo²³⁷. Ante la alta tasa de desempleo juvenil, el legislador nacional entiende que es necesario proceder a un análisis sobre las características del tejido empresarial español para la identificación de sus principales problemas. Entre ellos, se señala la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, haya llevado a mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo²³⁸. El fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo está ocasionando lo que la doctrina clásica denominó la «huida del Derecho del Trabajo», dado que se promocionan formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, en las que el autoempleo puede desplazar la creación de puestos de trabajo de calidad por cuenta ajena²³⁹. Los retos del Derecho del Trabajo están en función de cómo se manifiestan esas formas de realización de la actividad emprendedora de los jóvenes en el mercado de trabajo digital, y como problema tenemos la identificación de la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo. En realidad, el régimen jurídico de vinculación entre el trabajador y el empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el trabajo, puede considerarse que éste se encuentra entre las fronteras del trabajo subordinado y el trabajo autónomo²⁴⁰. Por ejemplo, pensemos en la actividad de transporte realizada por conductores cuya empleadora o intermediadora, según los casos, tiene como objeto social dar soporte a otras sociedades proveyendo servicio “on demand” (según demanda) de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet (Uber Systems Spain). A efectos formales, Uber Sytems Spain (filial de Uber International Holding BV) está inscrita como empresa constituida en Barcelona el 13 de marzo de 2014 para dar soporte a otras sociedades de consultoría de gestión empresarial. Esta empresa o *startup* tiene un sistema

²³⁷ Véase la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 28 de septiembre 2013).

²³⁸ Preámbulo I Ley 14/2013.

²³⁹ Casas Baamonde, M.E, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F., «La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L- 11/2013 y el RDL 11/2013», *RL*, n. 10, 2013 (LALEY 7239/2013); Baylos Grau, A., “la “huida del derecho del trabajo”, en AAVV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 35 a 54; Rodríguez Piñero Royo, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *RL*, n. 3, 2001, pp. 85 a 94.

²⁴⁰ Sierra Benítez, E.M., “El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo?”, obra cit., p. 534.

online que permite gestionar de forma eficiente el riesgo comercial de la cartera de clientes, y lograr que todas sus operaciones comerciales sean cobradas²⁴¹. La única forma de acceder al sistema es a través de una App gratuita, que mediante un sistema GPS localiza los vehículos más cercanos, y una vez seleccionado el vehículo correspondiente se le indica a dónde se quiere ir, proporcionando la aplicación una estimación del coste del recorrido. Al finalizar el recorrido, la aplicación muestra el coste real y se procede al pago, calculado de acuerdo con los kilómetros recorridos y el tiempo empleado. Este pago se realiza mediante la aplicación Uber, que está conectada con varios sistemas de pago, como Paypal²⁴². El problema que plantea esta aplicación es que permite que los particulares puedan realizar el transporte de personas sin la correspondiente autorización administrativa (licencia). Esto ha ocasionado que la industria del taxi haya reaccionado ante los tribunales, y ha provocado que en muchos países se haya declarado el cese de la actividad de Uber por los Tribunales en el año 2014 (España – diciembre –, Alemania – septiembre –, Francia – octubre –) porque esta plataforma opera permitiendo que los conductores, que son particulares que ofrecen sus vehículos para el transporte, operen sin licencia. En Holanda, en diciembre de 2014 los tribunales prohibieron su actividad por falta de licencias, aunque otros servicios como UberBlack o UberLux siguen funcionando sin problemas dado que los conductores de éstos están autorizados para el transporte de pasajeros. En Bruselas se declaró la ilegalidad de UberPOP y se confiscaron varios vehículos, para posteriormente prohibirlo oficialmente, si bien es cierto que se pretende cambiar la legislación para que tanto este servicio como otros más operen bajo la legalidad. En Corea del Sur se ha acusado a 29 personas por operar un servicio de taxi ilegal; en la India se le prohíbe el servicio por no comprobar los antecedentes penales de los conductores tras la comisión de un delito por uno de los conductores. Esto provocó que la App introdujera el botón del pánico. Igualmente, en varios estados de Estados Unidos se han enfrentado a la suspensión del servicio por no respetar la legislación local del transporte. Lo significativo es que la solución parece que pasa por regular la actuación de esta plataforma para que sus conductores operen con licencia²⁴³. En la Ciudad de México se ha llegado a un acuerdo con la multinacional para su regulación, en la que se contemplan varios requisitos: que el servicio no reciba pagos en efectivo

²⁴¹ <http://www.empresa.es/empresa/uber-systems-spain/> El capital social está en el tramo 1-3.500 euros y la probabilidad de impago es del 6'60%.

²⁴² Rubira, F. "¿Qué es Uber y para qué sirve?", Diario *El confidencial*, 27 de octubre de 2014 en www.elconfidencialdigital.com

²⁴³ <http://www.xataka.com/aplicaciones/la-cruzada-de-medio-mundo-contra-uber>

de sus clientes y la no utilización de las paradas de taxis de la ciudad. La empresa se compromete a pagar una tarifa anual por cada vehículo afiliado (unos 100 dólares), y a entregar un 1,5% por cada viaje realizado a un fondo de transporte para la ciudad, etc.²⁴⁴ La Ciudad de México es una de las más habitadas del planeta y, por lo tanto, con necesidades reales de transporte de pasajeros que han dado lugar a que proliferen los taxis sin licencia y sin ningún tipo de control administrativo, y a que los particulares (emprendedores) con altos ingresos se hagan con una flota de vehículos sin que tengan que pagar permisos o impuestos. De esta forma, el emprendedor sería el «empleador» del conductor del vehículo, a diferencia de otros países como los Estados Unidos, donde el dueño del vehículo es el que presta el servicio. En España un Tribunal de Barcelona ha trasladado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial a los efectos de determinar si Uber es una empresa de transporte, una compañía de servicios de la sociedad de la información (TIC) o un combinado de ambos, así como si se ajusta a las leyes de la competencia comunitaria²⁴⁵. A efectos laborales, si se considera que Uber realiza una actividad de transporte debemos tener en cuenta que el art. 1.3 g) del ET considera «excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercialización». Y, por lo tanto, atendiendo al ET hay que determinar si es una actividad de transporte excluida del ámbito laboral, o bien una relación laboral en los términos del art. 1.1 ET²⁴⁶. No obstante, si concurren otras circunstancias puede tratarse de una actividad laboral cuando –por sus características o por la clase de vehículo utilizado– no

²⁴⁴ Gaceta Oficial Distrito Federal Ciudad de México de 15 de julio de 2015, n. 133 bis. Véase Diario *El País* 9 de julio de 2015, sección economía en www.elpais.com

²⁴⁵ Juzgado Mercantil n. 3 Barcelona, Asunto: 929/2014D2 (Ordinario) de 17 de junio de 2015 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-Juzgado-Mercantil-3-de-Barcelona-plantea-cuestion-prejudicial-al-Tribunal-de-la-UE-en-relacion-al-conflicto-de-UBER> Véase el Diario *El País* 20 de julio de 2015 en www.elpais.com Por otro lado, el Juzgado n. 2 de lo Mercantil de Madrid dictó el 9 de diciembre de 2014 Auto cautelar suspendiendo las actividades de Uber. Véase el Diario *El País*, de 1 de junio de 2015, www.elpais.com

²⁴⁶ Interesantes las reflexiones de Luján Alcaraz, José “La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, *Anales de Derecho*, n. 16, 1998, pp. 139 a 154.

requiera la autorización administrativa. Hay que tener en cuenta que en el caso de los transportes privados (de particulares o de carácter complementario respecto de la actividad de una empresa) y los realizados con vehículos con pequeña capacidad de carga, la normativa de la Ley de Transportes los excluye de la autorización administrativa de transporte²⁴⁷. Este dato es muy importante, dado que la autorización administrativa a la que hace referencia el art. 1.3 f) ET es la causante de la extralaboralidad del vínculo por la Ley para determinados vehículos según el tonelaje, en vehículos de más de dos toneladas de masa máxima autorizada, (SSTS 22 de diciembre 1997, RJ 1997/9528) y 20 de marzo 2011, RJ 2011/3685²⁴⁸. En definitiva, nos tendremos que preguntar si los conductores de Uber son trabajadores asalariados y, en su caso, determinar cuáles son los indicios que conducen a esa calificación²⁴⁹.

3.3. La posible calificación de trabajador asalariado a los conductores de Uber: los indicios de laboralidad

Los conflictos en cuanto a la consideración de si los conductores de Uber, que reciben unos pagos por el servicio realizado, son trabajadores asalariados o trabajadores autónomos se han sustanciado ante la administración laboral como valedora del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social. En California la Comisión Laboral determinó que una chófer de Uber no debía ser considerada trabajadora independiente sino empleada. La conductora reclamaba el pago de salarios y otros gastos no satisfechos, y la Comisión estimó por ello el pago de una indemnización por los gastos y los intereses.²⁵⁰ En España los medios de

²⁴⁷ Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo, F., García Murcia, J. *Derecho del Trabajo*, obra cit., p. 188.

²⁴⁸ La exclusión de la actividad de transporte del art. 3.1 g) ET se introdujo en la reforma de 1994 y fue declarada constitucional por la STC 227/1998, de 26 de noviembre, vid. Luján Alcaraz, J. “Los transportistas en las fronteras del contrato”, *RMTI*, n. 83, 2009, pp. 101 al 123. Así como los arts. 47 y ss. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y RD 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

²⁴⁹ La STS 23 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10018) establece que la autorización administrativa que excluye el carácter laboral de la prestación de servicios es aquella a que se refiere la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes terrestres, y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servicio como medio de transporte que pudieran requerir otras normas administrativas de nivel estatal o autónomo.

²⁵⁰ El Tribunal de San Francisco ha reconocido la existencia de relación laboral de la conductora, <http://www.02b.com/es/notices/2015/06/una-sentencia-fuerza-a-uber-a>

comunicación se han hecho eco de un informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) ante la reclamación planteada por el sindicato del taxi²⁵¹. El conflicto es relevante porque se plantean varios interrogantes que afectan a la disciplina jurídico-laboral ¿puede considerarse trabajadores a estos particulares que prestan servicios mediante empresas como Uber? ¿Se puede considerar a Uber como empleadora de los particulares que se dedican al transporte de pasajeros?. A efectos laborales hay una cuestión muy importante en relación con la “caracterización jurídica de la empresa como de transporte o no, ya que en el primer caso la actividad de los conductores formaría parte esencial del tráfico mercantil de la empresa”²⁵². Desde el punto de vista laboral tienen la consideración de empleadores todas las personas, física o jurídicas, que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). Es decir, de aquellos trabajadores que reúnan las notas contempladas en el art. 1.1 ET (trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y retribuido). En este caso habrá que acudir a la técnica indiciaria para la calificación como laboral de la actividad de transporte por particulares con vehículo propio²⁵³. En España la Inspección de Trabajo de Cataluña ha emitido un informe donde estima que los conductores de *Uber System Spain* deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad. En este caso los indicios que se aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra *start up* como *Bla bla Car*, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal²⁵⁴. Esto significa que

reconocer-a-sus-conductores-13185.php

²⁵¹ Associació Agrupació Taxi Companys, Coordinadora metropolitana del Taxi y Sindicat del Taxi de Catalunya. Denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona y en la Dirección Provincial de Barcelona de la Agencia Tributaria, el 17 de octubre de 2014.

²⁵² Rojo Torrecilla, E. “Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)”, en El Blog de Eduardo Rojo http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html

²⁵³ SSTs 15 de junio 1998 (RJ 1998/5262), 19 de diciembre 2005 (RJ 2006/332), 22 de enero 2008 (RJ 2008/1978).

²⁵⁴ Vigil, A. “Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral”, en Diario *Expansión*, 24

para la Inspección de Cataluña los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social. No obstante, el acta de infracción por falta de alta y cotización a la Seguridad Social se ha pospuesto hasta que los tribunales no se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber, de acuerdo con unos criterios operativos de actuación de la Inspección cuando la realización de una actividad se lleve a cabo sin la correspondiente autorización administrativa²⁵⁵. Sin embargo, sí ha procedido a extender el acta de infracción a cuatro trabajadores de la compañía por no estar dados de alta en la Seguridad Social y por contratar a un alto cargo extracomunitario de Uber en Europa que carece de permiso laboral en España. En definitiva, como denuncia el sindicato, UberPop recibe por la intermediación una cantidad o porcentaje respecto de los honorarios recibidos por el trabajador y abonados por el usuario. La compañía tiene una verdadera actividad económica mediante la plataforma tecnológica desde el momento en que sus usuarios deben inscribirse en la plataforma para pagar los servicios y posteriormente abonar al conductor sus honorarios, descontando el porcentaje pactado. En este hecho cabría entender, como hace la ITSS, que existe la nota de ajenidad en los riesgos. La compañía dotaba a los conductores de teléfonos móviles en los que sólo funcionaba la aplicación UberPop. En relación con la dependencia es donde habría que apreciar si realmente estamos ante una relación laboral (los conductores son seleccionados por la plataforma sin que haya una adscripción voluntaria; en principio parece que no tienen una organización o estructura empresarial que entendiera que estarían adscritos a la plataforma virtual, etc.)²⁵⁶. En definitiva, no nos

de junio de 2014, www.expansion.com

²⁵⁵ Rojo Torrecilla, E., “Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)”, obra cit., criterio operativo 94/2014, de 5 de febrero sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin disponer de autorización para operar en el tráfico jurídico (sustitúyase, pues, venta de lotería por actividad de transportes sin autorización administrativa...) que procede a modificar el criterio 5272007, de 3 de julio.

²⁵⁶ En Gozzer, S., “Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma”, en Diario *El País*, de 13 de junio de 2015, en www.elpais.com se citan algunos de los indicios señalados en el Informe de la ITSS donde indica «(...) También se considera que asisten “de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa” para “prestar un servicio”. El centro de trabajo “lo constituye el mismo vehículo”, que circula por una zona fijada por Uber “de forma unilateral”» (el área metropolitana de Barcelona). Igualmente se hace referencia a la libertad horaria pero estando los conductores sujetos a unos pluses que condicionaba dicha libertad (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad).

cabe la menor duda que este será uno de los debates en los próximos meses donde se tratarán cuestiones relevantes en torno a la delimitación de la nota de la dependencia para su calificación legal en actividades canalizadas directa o indirectamente mediante plataforma digitales. En el caso de las actividades llevadas a cabo dentro de la economía colaborativa, no cabe hablar de un intercambio de una prestación de servicios por un precio cuando se comparten e intercambian esas actividades y servicios sin que comporte la existencia de una actividad económica y/o empresarial. Entendemos que en todos estos casos existe una dependencia digital, donde habría que distinguir entre la *Locatio conductio operarum*, donde el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél; y la *locatio-conductio operis*, es decir, trabajador autónomo no integrado en poder alguno. Con ello pretendemos equiparar los inicios del Derecho del trabajo industrial con los inicios del trabajo tecnológico y/o virtual. Nos encontramos en una fase de transformación del Derecho del Trabajo, ante la presencia de nuevos trabajo y nuevas realidades.

4. Conclusión

En el siglo XXI las nuevas realidades económicas, sociales y tecnológicas van a generar una serie de necesidades que hasta ahora eran impensables. El trabajo por cuenta ajena es un trabajo escaso y el desempleo en algunas edades y lugares alcanza cotas alarmantes. La grave crisis mundial ha originado que las plataformas y empresas digitales ofrezcan prestaciones de servicios de acuerdo con antiguas prácticas económicas como el trueque. No obstante, estas prácticas que son muy eficientes para la economía global de la crisis, comportan una serie de problemas legales y jurídicos cuando la prestación de servicios se hace a cambio de un precio para obtener una ganancia patrimonial. En el momento en el que existe una prestación de servicios a cambio de un precio, hay que delimitar si esa prestación genera una dependencia laboral, ninguna dependencia, o comporta una dependencia económica. En la actualidad está proliferando el trabajo autónomo como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones: emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que

poseen el control efectivo de las mismas²⁵⁷. Entre este colectivo se encuentran los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que son aquellos que desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los controla. Es decir cuando este empresario sea su principal cliente y de él provenga, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador (TRADE). En la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto autónomo (LETA) el legislador, consciente de esta proliferación de trabajadores decidió delimitar conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. Se trataba de prevenir “la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena” (preámbulo de la LETA). En España recientemente se ha llevado a cabo una reforma respecto al colectivo de los TRADE, que les permite contratar trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente. Se trata de una modificación que pretende resaltar la capacidad auto-organizativa del TRADE, “dando un paso más en su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena, eliminando así los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías”. En este sentido, coincidimos con el legislador en la necesidad de marcar las diferencias respecto al trabajador por cuenta ajena, si bien es cierto comprobamos que esas modificaciones están muy próximas a las contenidas en el ET, en relación a la suspensión del contrato de trabajo (arts. 36, 45 y 46 del ET). Los grandes retos del Derecho del Trabajo están en la adaptación de nuestra normativa a las realidades del trabajo que comporta la existencia de una dependencia digital y el “acercamiento” al trabajo autónomo, en especial al realizado por el TRADE, conforme a las instituciones del Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico protector de la parte débil del contrato: el trabajador en sentido amplio²⁵⁸.

²⁵⁷ Preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 12 de julio 2007, n. 166). El art. 1.1 contempla que “la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

²⁵⁸ En este sentido son muy relevantes las aportaciones realizadas por el profesor Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.

5. Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo”, *REDT*, n. 28, 1986.
- Baylos Grau, A., “La huida del derecho del trabajo”, en AAVV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Casas Baamonde, M.E., Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F., «La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L-11/2013 y el RDL 11/2013», *RL*, n. 10, 2013 (LALEY 7239/2013).
- Cruz Villalón, J., *Compendio del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Dagnino, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*”, en *Revista Internacional de relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, v. 3, 2015, en prensa.
- Escudero Rodríguez, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2001.
- Fundación Telefónica, *La sociedad de la información en España 2013*, Ariel, Barcelona, 2014.
- Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”, *RL*, n. 7/8, 2000, La Ley 5924/2002.
- Giacci, G., “Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari”, *Política del Diritto*, n. 4, 1991.
- Luján Alcaraz, J., “Los transportistas en las fronteras del contrato”, *RMTI*, n. 83, 2009.
- Luján Alcaraz, J., “La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, *Anales de Derecho*, n. 16, 1998, pp. 139 a 154.
- Martín Valverde, A., “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMTAS*, n. 38, 2001.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., García-Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014.
- Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., *Derecho crítico del trabajo. Critical labor law*, Atelier Libros, Barcelona, 2015.
- Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979.

- OIT, *Las formas atípicas de empleo. Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo*, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Ginebra, 2015.
- Ojeda Avilés. A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 60, 2007.
- Ojeda Avilés. A., “La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 379, 2014.
- Ojeda Avilés. A., “Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato”, *TS*, n. 207, 2008.
- Palomeque López, M.C., *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002.
- Rueda Rodríguez, E., “La Sharing economy”, en *Boletín Adapt*, n. 9/2015.
- Rodríguez Piñero Royo, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *RL*, n. 3, 2001.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en Cruz Villalón, J., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Rojo Torrecilla, E., “Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)”, en El Blog de Eduardo Rojo http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html.
- Sánchez Rodas-Navarro, C., “Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, pp. 359-404. http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1449_3.pdf.
- Sanguineti Raymond, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *TL*, n. 40, 1996.
- Sierra Benítez, E.M., “El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo?”, en Monereo Pérez, J.L., *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2014.
- El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Junta de Andalucía, Sevilla, 2011.

Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales

M^a José CERVILLA GARZÓN*
Carmen JOVER RAMÍREZ**

RESUMEN: Una de las grandes transformaciones que se está produciendo en el mercado laboral es el incremento de la modalidad de prestación de servicios conocida como el teletrabajo. Pero una disminución del alcance de la protección social a los trabajadores que la ejercen podría llevar a convertirla en una forma de empleo precario. Por ello, efectuamos un análisis de los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico español para poder apreciar la concurrencia de una contingencia profesional y los problemas aplicativos que plantea en su traslación a las peculiaridades del teletrabajo. Uno de los factores clave en la resolución de estos problemas va a ser la configuración formal del contrato de trabajo en cuanto a sus especificaciones sobre el lugar y el tiempo en que deba efectuarse el trabajo, y en la comunicación continua a la empresa por parte del trabajador de la posible modificación puntual de estas circunstancias.

Palabras clave: Teletrabajo, contingencias profesionales, ordenamiento jurídico español.

SUMARIO: 1. Concepto de “teletrabajo” y concreción de los aspectos a analizar. 2. Delimitación de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español. 2.1. El accidente de trabajo. 2.1.1. Concepto de accidente de trabajo. 2.1.2. Accidentes de trabajo por inclusión expresa del legislador. 2.1.3. Accidente de trabajo por presunción. 2.1.4. Circunstancias excluyentes. 2.2. La enfermedad profesional. 3. Análisis de la adaptación del concepto de las contingencias profesionales al ámbito del teletrabajo. 3.1. El accidente de trabajo. 3.1.1. Concepto. 3.1.2. Accidentes de trabajo por inclusión expresa del legislador. 3.1.3. Accidente de trabajo por presunción. 3.1.4. Circunstancias excluyentes. 3.2. La enfermedad profesional. 4. Bibliografía.

* Profesora contratada doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, España.

** Profesora contratada doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, España.

1. Concepto de teletrabajo y concreción de los aspectos a analizar

Como punto de partida para abordar la temática propuesta en este estudio, inexcusablemente debemos puntualizar los aspectos básicos que, según la doctrina española, confluyen en las modalidades de trabajo conceptuadas como “teletrabajo”. En este sentido, los tres elementos que, de forma generalizada, se entiende que forman parte de su esencia y las diferencian frente a otras formas de empleo con las que pudieran tener similitud (sobre todo, con el trabajo “a domicilio” o el trabajo “a distancia”), tendremos que tenerlos muy presentes a efectos de determinar el que es nuestro objetivo principal: las dificultades que, en el ordenamiento jurídico español, plantea la traslación de los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional cuando éstos son padecidos por teletrabajadores. Dichos elementos son los siguientes²⁵⁹:

- Por una parte, el elemento locativo: lo característico de esta forma de empleo es que el trabajo debe realizarse fuera de la sede física de la empresa donde radica el puesto de trabajo del trabajador. A diferencia del denominado “trabajo a domicilio”, el lugar donde efectivamente se desarrolle la prestación de servicios puede ser el domicilio del trabajador o cualquier otro lugar establecido en el contrato de trabajo o impuesto por el empresario²⁶⁰. Se entiende, en este sentido, que existen distintas tipologías de teletrabajo en función del lugar donde éste se desarrolle, además del clásico trabajo a domicilio: el trabajo en telecentros o también denominados “centros de recursos compartidos”, el teletrabajo en centro u oficina satélite o el teletrabajo móvil²⁶¹. En cualquier caso, lo que está claro es que el teletrabajo, como tal, siempre es un trabajo a distancia respecto del lugar en el que físicamente radica la sede de la empresa, pero, cumplida esta premisa, no lo define el lugar concreto en que dicho trabajo se desarrolle.

- Por otra parte, el elemento instrumental: en oposición a otras formas de empleo realizadas a distancia respecto del centro de trabajo nuclear de la

²⁵⁹ Por todos, Thibault, J., *El teletrabajo*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2001, pp. 23-29; Sierra, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social, 2011, pp. 34-50; García, B., *El teletrabajo*. Madrid, Cívitas, 2012, pp. 29-46; Purcalla, M.A. y Belzunegui, A. M., “Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 18, 2003, pp. 1-4.

²⁶⁰ Sobre la diferencia entre trabajo a domicilio y teletrabajo, por todos Poquet, R., “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* 35, 2012, pp. 145-146 y Sentencia del Tribunal Supremo de 11-4-2005.

²⁶¹ Sempere Navarro, A.V y Kahale Carrillo, D.T., “Teletrabajo”, Madrid, Francis Lefebvre, 2013, p. 28. Vid. similar distinción en Cassano, G. y Lopatriello, S., “*Il telelavoro, aspetti giuridici e sociologici*”, Edizioni Simone, 1999, p. 101.

empresa, la realización del trabajo requiere el uso de nuevas tecnologías de la comunicación o informática, de forma preponderante a lo largo de la jornada de trabajo. En función de la forma de conexión que exista entre el trabajador y la empresa también es posible identificar distintas modalidades como son el trabajo “on line” (conexión continua e interactiva con la empresa), “off line” (conexión sólo en momentos puntuales, generalmente para hacer llegar el resultado del trabajo) y “onway line” (conexión en sentido único con el ordenador de la empresa, no de forma interactiva) o “twoway line” (de forma interactiva con distintos ordenadores”. Este elemento es muy significativo en cuanto a las distintas formas de control de la actividad del trabajador que puede implicar. Así, el trabajo “on line” tiene un nivel de control mucho más elevado que el trabajo “off line”.

- Por último, el elemento organizativo: el recurso al teletrabajo implica una forma distinta de organizar el desarrollo del trabajo respecto de lo establecido en la sede de la empresa. En este sentido, debe implicar la externalización de actividades habitualmente desarrolladas en la empresa, quedando fuera de esta consideración aquellas que, por su propio contenido, siempre se desarrollan a distancia y haciendo uso de tecnologías de la comunicación (taxistas, médicos de atención urgente, etc.).

En el ordenamiento jurídico español, la regulación jurídica del “teletrabajo” se encuentra reflejada en el artículo 13 Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), el cual hace alusión al “contrato a distancia” en los términos siguientes: *“aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”*. Dicho concepto no coincide, de forma total, con lo que debemos entender por “teletrabajo”, pues falta la referencia a sus elementos instrumental y organizativo²⁶². Por ello podemos concluir que, en nuestro ordenamiento jurídico, seguimos padeciendo la ausencia de un concepto legal sobre esta forma de empleo. No queremos con ello decir que debemos obviar el contenido del citado precepto, puesto que, como ya ha sido puntualizado, el trabajo a distancia incorpora, como una de sus modalidades posibles, al teletrabajo, y ello implica que lo previsto en el artículo 13 es relevante para valorar ese aspecto del mismo. De la misma forma, el Convenio 177 OIT sobre Trabajo a Domicilio sólo podemos

²⁶² En este sentido, Purcalla, A. y Preciado, C.H., “Trabajo a distancia vs. Teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *Actualidad Laboral*, 2, 2013, p. 5 y ss.

tenerlo en cuenta en cuanto afecta a una de las posibles tipologías de teletrabajo, definiéndose aquél como “*el trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador*”²⁶³.

Por la gran incidencia que tiene en el desarrollo conceptual del teletrabajo, también debemos hacer referencia a la definición recogida en el Acuerdo-Marco Europeo sobre teletrabajo en la cual, sin lugar a dudas, se recoge la presencia de los tres factores aludidos como determinantes de la esencia del teletrabajo: “*forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información...en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales*”²⁶⁴. Ello nos va a permitir que esta definición sea nuestro referente para superponer los elementos que forman parte de las contingencias profesionales sobre esta forma de empleo.

El ejercicio del teletrabajo conlleva innegables ventajas (economía de costes para la empresa, incremento de la productividad, el alcanzar un óptimo equilibrio entre el trabajo y el tiempo libre, la integración profesional de colectivos con particular dificultad, como mujeres y discapacitados, el ahorro de energía que conlleva y, sobre todo las posibilidades que permite en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral²⁶⁵), que lo han convertido en uno de los grandes hitos en la transformación del trabajo a lo largo del siglo XXI por el exponencial desarrollo que está experimentando. Pero estas ventajas también vienen acompañadas con la presencia de otros factores que pueden convertir el teletrabajo en una forma de empleo precario o, cuanto menos, más arriesgado en su ejecución para el trabajador por la falta de cobertura de alguno de los aspectos esenciales del contrato de trabajo. Nos referimos al derecho de los trabajadores a la integridad física y moral (artículo 15 Constitución Española y 4.1 d ET) y, como extensión del mismo, a la adecuada protección social frente a la incidencia de los accidentes y enfermedades de origen profesional. Y esta va a ser la materia objeto de nuestro análisis, no desde la perspectiva de los riesgos profesionales que atañen al teletrabajo, sino en atención a los instrumentos de protección al trabajador cuando ya se han materializado. Ello sin poner en cuestión que la cobertura por contingencia profesional debe hacerse en los mismos términos que a cualquier otro trabajador, atendiendo a que el artículo 13

²⁶³ Artículo 1.

²⁶⁴ Apartado 2).

²⁶⁵ García, B., ob. cit., pp. 19-20; Purcalla, A. y Preciado, C.H., ob. cit., p. 7 y Valenciano, A., “El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?”, *Revista de Información Laboral*, 5, 2012, pp. 14-15, entre otros.

ET establece que “*tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa*”²⁶⁶, en idéntico sentido que el apartado 4 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

Sin ser objeto de nuestro estudio la determinación concreta de los riesgos profesionales que pueden afectar, de forma concreta, a los teletrabajadores, no podemos dejar de aludir a la existencia de algunos factores que pueden provocar problemas concretos en la salud de estos trabajadores, con mayor incidencia respecto de otros. Por ejemplo, uno de los grandes inconvenientes que esta opción laboral conlleva es el aislamiento del trabajador respecto de las relaciones profesionales que se desenvuelven en su empresa²⁶⁷. El elemento determinante del teletrabajo y, en general, de todo trabajo a distancia, cual es su desenvolvimiento fuera de los centros de trabajos habituales de la empresa de referencia, producen un desarraigo del trabajador respecto de las relaciones humanas y profesionales que son fruto del contacto permanente en los locales de la empresa, lo cual puede producir perniciosos efectos colaterales como son el stress, la ansiedad o, incluso, la presencia de síntomas relacionados con la depresión²⁶⁸. Obviamente, al ser una forma de empleo caracterizada por el uso de terminales informáticos, también son riesgos específicos los relacionados con las pantallas de visualización de datos²⁶⁹.

2. Delimitación de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español

El artículo 41 de la Constitución española de 1978 (en adelante CE) establece que “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Por su parte, el artículo 2.1. del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS), norma fundamental de regulación del Sistema de

²⁶⁶ III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2016-2017 también impone la igualdad de derechos para los teletrabajadores.

²⁶⁷ El propio Acuerdo Marco Europeo prevé que el empresario debe tomar medidas para evitarlo, apartado 9.

²⁶⁸ Moreno Cáliz, S. y Martín Alba, S., “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, 10, 2004, p. 7.

²⁶⁹ Se prevé en el apartado 8 del Acuerdo Marco Europeo, y determina la aplicación de lo previsto en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

Seguridad Social español, dispone que *“el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”*. No obstante, dicha universalidad que parece consagrarse en la CE y que expresamente se señala en el artículo 2.1 referido, viene a ser matizada y restringida por lo establecido en el apartado 2 del propio artículo 2 TRLGSS al señalar que *“el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributivas o no contributivas, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley”*.

A la vista de lo señalado debe comprenderse que es el propio TRLGSS, así como su normativa de desarrollo, la que configura la acción protectora del Sistema de Seguridad Social español, determinando quiénes van a estar protegidos por el Sistema, qué requisitos deben ser cumplidos y ante cuáles contingencias van a obtener dicha protección. Uno de los aspectos más destacables en la regulación de esta acción protectora en su modalidad contributiva es la determinación del origen común o profesional de la contingencia de la que deriva la situación de necesidad protegida por el Sistema. Origen que no resulta baladí en un Sistema como el español debido a las importantes consecuencias que se derivan según aquel sea común o profesional, es decir, dependiendo si la contingencia tiene su origen en una enfermedad común o accidente no laboral o en una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

A rasgos generales, hemos de decir que dicha diferenciación produce sus efectos, primero, en la propia concurrencia de los requisitos exigidos para poder acceder a la protección dispensada pues en tanto se exige como requisito de acceso a la mayoría de las prestaciones que integran la acción protectora del Sistema, estar en situación de alta o asimilada²⁷⁰, en aquellos casos en los que la contingencia derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional se presume el alta del trabajador²⁷¹; segundo, siendo requisito exigible para acceder a determinadas prestaciones, tener cubierto un periodo de carencia previa, el mismo solo es exigible en aquellos supuestos en los que la contingencia derive de una enfermedad común, quedando así pues excluidas las contingencias profesionales así como el accidente no laboral²⁷²; tercero, la propia cuantía de las prestaciones otorgadas resulta afectada por el origen común o profesional

²⁷⁰ Artículo 124.1 TRLGSS.

²⁷¹ Artículo 125. 3 TRLGSS.

²⁷² Artículo 124.4 TRLGSS.

de la contingencia. Téngase en cuenta que en la mayoría de las contingencias protegidas, la cuantía de la prestación es calculada mediante la aplicación de un porcentaje a la llamada base reguladora; dicha base reguladora difiere según el origen común o profesional de la contingencia (es el caso de la Incapacidad Temporal²⁷³, de la Incapacidad Permanente²⁷⁴, y de la protección otorgada por muerte y supervivencia²⁷⁵) así como también difiere el porcentaje aplicable en determinados supuestos, concretamente en el caso de la Incapacidad Temporal²⁷⁶. En otros supuestos, es la propia duración de la prestación la que resulta afectada o no dependiendo de la interurrencia de una contingencia de origen común o profesional (por ejemplo, caso de superposición de situaciones de Incapacidad Temporal y Desempleo protegido²⁷⁷). Dado las diferencias que en el seno de la acción protectora del Sistema puede suponer el origen común o profesional de la contingencia, siempre, como se puede colegir de lo expuesto, más favorable en el caso del origen profesional de la misma, se hace necesario delimitar cuando en el Sistema español se entiende se materializa dicho origen profesional, reconociéndose tal origen al llamado accidente de trabajo y a la enfermedad profesional.

2.1. El accidente de trabajo

2.1.1. Concepto de accidente de trabajo

El origen conceptual del accidente de trabajo, referido al trabajo por cuenta ajena o asalariado en su sentido más restringido, ha supuesto que sea este el punto de partida en la configuración legal actual. Con carácter general, la delimitación del accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad español se establece en el artículo 115 TRLGSS. Decimos con carácter general porque dicho artículo se ubica dentro del Título II, dedicado al Régimen General de la Seguridad Social (en adelante RGSS), concretamente en su capítulo III referido a la acción protectora en dicho Régimen. Teniendo en cuenta que el ámbito subjetivo de dicho RGSS comprende a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados²⁷⁸, se hace

²⁷³ Artículo 13 D 1646/1972, de 23 de junio.

²⁷⁴ Artículo 140 TRLGSS.

²⁷⁵ Artículo 179 bis TRLGSS.

²⁷⁶ Artículo único RD 53/1980, de 11 de enero.

²⁷⁷ Artículo 222.1 TRLGSS.

²⁷⁸ Artículo 97.1 TRLGSS.

necesario acudir a otros preceptos normativos en los que se configura el accidente de trabajo dependiendo de la actividad desempeñada por el colectivo, pudiendo esta actividad revestir o no, como veremos, un carácter profesional.

Al amparo de lo establecido en el artículo 115.1 TRLGSS será accidente de trabajo “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”. La doctrina ha entendido que de dicha definición pueden deducirse tres elementos cuya concurrencia se hace necesaria para que un accidente pueda calificarse como accidente de trabajo²⁷⁹.

En primer lugar ha de producirse una “lesión corporal”. La utilización de este término trajo consigo la primera duda al respecto cuál era la inclusión o no en el mismo de aquellos daños que generados en el sujeto no eran fruto de un acto súbito o repentino, como parecía exigir la expresión lesión corporal, sino que resultaban de un proceso dilatado en el tiempo, como era el caso de la enfermedad. Esta cuestión se resolvió tempranamente por la jurisprudencia al reconocer el TS en 1903 que también la enfermedad tendría cabida en el concepto “lesión corporal”²⁸⁰. Pronunciamiento que continúa siendo reiterado por nuestra jurisprudencia señalando como tienen cabida en dicho concepto cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional²⁸¹. Ello ha tenido reflejo en nuestro TRLGSS al estimar que tienen la consideración de accidente de trabajo las que se han llamado “enfermedades de trabajo” y en cuyo análisis nos detendremos con posterioridad. En segundo lugar, dicha lesión debe ser sufrida por un trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, este segundo elemento no debe ser esencial para definir el accidente de trabajo pues, como se ha señalado, dicho concepto es extensible a actividades que no suponen la realización de un trabajo asalariado o por cuenta ajena. Como más destacable, la configuración del accidente de trabajo en el seno del desempeño de una actividad por cuenta propia, cual es la del trabajador autónomo incluido en el RETA. Así la DA 34ª TRLGSS, en virtud de la cual se extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, señala que se entenderá como accidente de trabajo del

²⁷⁹ Entre otros, Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4ª edición 1991; Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002; Hevia-Campomanes Calderón, E. *et al.*, *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, Gestión, Prestaciones y jurisprudencia*, Madrid, Ed. Colex, 1993.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 17-6-1903.

²⁸¹ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 27-10-1992.

trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. No obstante lo señalado, el artículo 26.3 de Ley 20/2007, de 11 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Trabajo autónomo (en adelante, LETA) establece una noción de este concepto más amplia para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) al establecer que se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate. En términos similares a los señalados en la DA 34ª TRLGSS, es decir, en un mismo sentido restrictivo, se reconoce la consideración de dicha contingencia a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar²⁸². Asimismo como se señalaba, en determinados supuestos se consideran accidente de trabajo determinados accidentes sufridos fuera del ejercicio de una actividad profesional; por ejemplo, los accidentes sufridos por los emigrantes que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los mismos en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen, teniendo igual consideración las enfermedades que tengan su causa directa en el viaje de ida o de regreso²⁸³. Igualmente, se considera accidente de trabajo el que sufran los beneficiarios de programas de ayuda a la investigación con ocasión o como consecuencia del desempeño de las tareas y funciones inherentes a su actividad²⁸⁴.

En tercer lugar, es necesaria la concurrencia de un nexo causal entre la lesión y la actividad profesional desempeñada. Nexo causal que tiene su reflejo normativo en la expresión “*con ocasión o por consecuencia del trabajo*”. Presumiéndose la existencia de tal nexo causal, salvo prueba en contrario, en todo aquel accidente o enfermedad sufrida por el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo²⁸⁵. Presunción ésta sobre la que también

²⁸² Artículo 100 D.1867/1970, de 9 de julio.

²⁸³ DA. Primera 2. TRLGSS.

²⁸⁴ RD 63/2006, de 27 de enero por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

²⁸⁵ Artículo 115.3 TRLGSS.

nos detendremos.

No obstante la configuración general que del accidente de trabajo hace el artículo 115.1 TRLGSS, el legislador procede a efectuar una enumeración expresa de determinados accidentes como accidentes de trabajo en el apartado 2 de dicho artículo 115, quizás por la concurrencia de ciertos condicionantes que pudieran llevar a dudar de si los hechos acaecidos y descritos en dicho apartado 2 pudieran tener o no dicho origen profesional. Pese a ello, la parquedad del artículo y la utilización de un gran número de conceptos indefinidos, ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de lagunas que recababan una respuesta, la cual ha llegado a través de los pronunciamientos de los Tribunales, los cuales han sido y continúan siendo los encargados de ir concretando caso a caso la configuración o no de determinadas situaciones como accidente de trabajo.

2.1.2. Accidentes de trabajo por inclusión expresa del legislador

De conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 115 TRLGSS, serán accidentes de trabajo los siguientes:

a) “*Los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo*”. Es el llamado *accidente in itinere*. Pese a la simplicidad con la que este accidente de trabajo se enuncia en la Ley, el mismo presenta una casuística tal que ha hecho necesaria una configuración paralela del mismo desde los Tribunales; así se han ido delimitando sus elementos configuradores y deduciéndose la existencia de un nexo causal entre el accidente y el trabajo²⁸⁶.

La idea básica que subyace en la construcción del accidente *in itinere* es que dicho accidente es de trabajo en aquellos casos en los que el mismo no hubiera ocurrido de no haberse ido a trabajar²⁸⁷. Partiendo de dicha premisa han sido cuatro los elementos básicos examinados por nuestros Tribunales para determinar la existencia de un accidente de estas características: el elemento teleológico; el elemento cronológico; el topográfico y el mecánico²⁸⁸. Si bien la delimitación de dichos elementos ha sido cuestionada por la doctrina al estimar que el texto legal sólo exige un requisito, “ir o volver del trabajo”, lo que supondría que los requisitos adicionales deberían ser rechazados por contrarios a derecho o ser

²⁸⁶ Entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo de 27-1-1986; de 28-12-1987; de 5-7-1988.

²⁸⁷ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, ob. cit., p. 73.

²⁸⁸ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 5-11-1970 y 29-11-1997.

expresamente incorporados por el legislador²⁸⁹. Si bien, puede señalarse que realmente la actuación de los Tribunales no se encamina a la inclusión de nuevos requisitos adicionales sino únicamente a tratar de concretar los laxos preceptos utilizados por el legislador. La determinación del ir o volver del trabajo exige conocer el punto de partida y de llegada, el medio utilizado para ir o volver así como el tiempo invertido y el trayecto realizado, de modo que son elementos propios del requisito que en sentido amplio contempla el artículo 115.2 a) TRLGSS

Así pues se hace necesario delimitar:

- Lugar de partida y de llegada: el accidente debe producirse durante el camino que ha de seguir el trabajador desde el domicilio al lugar donde realiza su trabajo o a la inversa. Tanto uno como otro, domicilio y lugar de trabajo han sido interpretados extensivamente por los Tribunales. Así, si bien el domicilio ha de ser el habitual, no se exige que sea estrictamente el domicilio del que el trabajador es titular, de modo que se ha admitido la consideración como tal del domicilio de los suegros en el que el sujeto estaba residiendo durante el verano²⁹⁰ o la segunda vivienda del sujeto²⁹¹; no puede sin embargo tener la consideración de segunda vivienda una finca propiedad del trabajador que carecía de los imprescindibles requisitos exigidos para ello, “ya que el único habitáculo existente era una caseta que carecía de un mínimo de habitabilidad, careciendo de luz y agua...”²⁹² o cuando el trabajador donde se dirige una vez concluida su jornada laboral no es a su domicilio habitual sino al de su madre para cenar allí²⁹³. Si bien, no procede el reconocimiento de accidente *in itinere* en aquellos casos en los que no consta claramente a dónde se dirigía el trabajador cuando ocurre el accidente aunque existiese relación remota con el trabajo (recogida del parte de baja pero sin que se pruebe destino laboral concreto)²⁹⁴.

Respecto del lugar de trabajo, hemos de indicar que dicho concepto no es identificado con el centro de trabajo en sentido estricto, sino con aquel lugar al que el trabajador se traslada para el desempeño de cualquier gestión inherente a su actividad laboral. Cuestión esta que relacionada con la presunción prevista en el artículo 115.3 TRLGSS ha llevado al surgimiento de los denominados “accidentes en misión”.

- Medio de desplazamiento: Para que un accidente *in itinere* tenga la

²⁸⁹ Sánchez-Rodas Navarro, C, *El accidente in itinere*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 49.

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31-12-1993.

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2-5-1997.

²⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha de 3-2-1999.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15-2-2013.

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 25-5-2015.

consideración de accidente de trabajo se requiere que el mismo ocurra utilizando por el sujeto afectado un medio de locomoción ordinario, racional y adecuado; considerando los Tribunales que no reúnen tales características aquellos medios de desplazamiento que hayan sido razonadamente y fundadamente prohibidos por el empresario²⁹⁵. Sin embargo, el cambio de hábitos sociales ha llevado a los Tribunales a tener que pronunciarse al respecto ante la utilización de nuevos medios de transporte más allá de los tradicionalmente conocidos, así por ejemplo, ha sido considerado accidente de trabajo, aquel accidente sufrido por el trabajador en tanto se desplazaba en patinete a su lugar de trabajo²⁹⁶.

- Trayecto, características espaciales y temporales: El regreso al domicilio no debe verse interrumpido por desviaciones geográficas o interrupciones temporales que teniendo origen personal o extraño al trabajo rompan el nexo causal y que supongan multiplicar las posibilidades de materialización del riesgo. De este modo se considera accidente *in itinere* el que sufra un trabajador al volver del trabajo aun cuando hubiera parado a realizar unas compras siempre y cuando ello no haya influido de forma trascendente en la producción del accidente²⁹⁷ o el sufrido por una trabajadora de su domicilio al centro de trabajo cuando se desvió a una gasolinera para repostar²⁹⁸. Igualmente se ha considerado también accidente *in itinere* al robo con violencia sufrido en el trayecto del centro de trabajo a su domicilio por una trabajadora²⁹⁹. Sin embargo no se considera accidente de trabajo el sufrido por el trabajador de regreso a su domicilio cuando este ocurre en un trayecto “completamente distinto y en sentido inverso a la dirección de su domicilio desde el lugar donde prestaba sus servicios”³⁰⁰.

b) En segundo lugar, tienen la consideración de accidentes de trabajo “*los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten funciones propias de dichos cargos*”.

El precepto hace referencia a “cargos electivos de carácter sindical”, si

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24-1-1980 no considera accidente de trabajo el sufrido por un trabajador cuando usa para su desplazamiento un medio distinto al señalado expresa y razonablemente por la empresa.

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12-6-2014. Vid al respecto, Hierro Hierro, J., “Accidente de Trabajo *in itinere* y medio de transporte utilizado”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 173, 2015.

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29-1-2015; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10-2-2000.

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14-7-2015.

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 14-10-2014.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7-1-2002.

bien se ha indicado por la doctrina la necesidad de realizar una “interpretación de la noción de representantes conforme a las categorías institucionales actualmente vigentes”³⁰¹.

c) En tercer lugar, son igualmente accidentes de trabajo, “*los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas, que aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa*”.

d) En cuarto lugar, tendrán la consideración de accidentes de trabajo, “*los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo*”. En este caso se incluyen tanto actos realizados en cumplimiento de una orden del empleador como los llevados a cabo de modo espontáneo por el trabajador, siempre y cuando estén relacionados con el trabajo. La circunstancia concurrente que ha planteado duda sobre la consideración de accidente de trabajo en el accidente ocurrido en las circunstancias contempladas es en aquellos casos en los que dichos actos han sido realizados en favor de bienes o de trabajadores al servicio de otro empresario o de persona ajena al centro de trabajo al que pertenece. En ambos casos, se ha admitido el origen profesional de las lesiones sufridas por el trabajador³⁰².

e) En quinto lugar, tienen la consideración de accidente de trabajo, las llamadas enfermedades del trabajo, las cuales ya hemos referenciado cuando hacíamos alusión a la interpretación amplia que en 1903 hizo el TS del término “*lesión corporal*”³⁰³. A tenor de ello, el legislador ha incluido con tal consideración tres supuestos: primero, las enfermedades que no siendo enfermedad profesional, contrae el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tiene por causa exclusiva el trabajo³⁰⁴. Segundo, aquellas enfermedades o

³⁰¹ Cruz Villalón, J, “El accidente de trabajo más allá de la actividad profesional”, en *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la LAT*, Madrid, 2000. En el mismo sentido, Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S, *Compendio de Seguridad Social*, ob. cit., p. 123.

³⁰² A modo de ejemplo, y desde tiempo atrás, se reconoció ya por el entonces Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 21-1-1981 como accidente de trabajo, el sufrido por un trabajador que estando prestando sus servicios en su empresa y alarmado por ruidos extraños en una empresa colindante, acudió a ella para aclarar y normalizar la situación, siendo atacado por ladrones que perpetraban un robo en la misma. Y la Sentencia del mismo Tribunal de 12-12-1983, se manifestaba en idénticos términos en el caso de un trabajador de un restaurante a la orilla del mar que sufre un accidente al salvar a un bañista.

³⁰³ Vid *In extenso*, Martínez Barroso, M^ºR., *Las enfermedades del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

³⁰⁴ Artículo 115.2 e) TRLGSS.

defectos que siendo padecidos con anterioridad al accidente por el trabajador, se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente³⁰⁵. Y tercero, las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinadas por el accidente mismo así como las que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación³⁰⁶.

2.1.3. Accidente de trabajo por presunción

De conformidad con lo señalado en el artículo 115.3 TRLGSS, se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

Como hemos señalado en apartados anteriores, también la aplicabilidad de esta presunción, en términos tan generales hecha por el legislador, ha reclamado su matización a través de los pronunciamientos de los Tribunales; debiendo indicar que al amparo de dicha presunción se ha admitido el origen profesional de aquellas enfermedades que se han materializado durante el tiempo y en el lugar de trabajo, infarto de miocardio, edema pulmonar etc.; quedando solo desvirtuada dicha presunción cuando quede fehacientemente probada la inexistencia de relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad³⁰⁷.

Por otro lado, indicar que en cuanto al tiempo y lugar de trabajo, los tribunales han realizado una interpretación extensiva de tiempo y lugar. Es dicha interpretación la que ha llevado al surgimiento de los “accidentes en misión”. Entendiendo por tales aquellos que son sufridos por el trabajador estando desplazado fuera del centro de trabajo, pero que son consecuencia de la realización de sus tareas laborales encomendadas por su empleador bien laborales en sentido estricto o bien derivadas de su condición de trabajador y tangencialmente relacionadas con esta. La conceptualización del accidente en misión ha sido aceptada por la jurisprudencia como “una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa”, quedando la misión integrada

³⁰⁵ Artículo 115. 2 f) TRLGSS.

³⁰⁶ Artículo 115. 2 g) TRLGSS.

³⁰⁷ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 27-12-1995;15-2-1996;14-7-1997;11-7-2000; 24-9-2001;18-12-2013.

por dos elementos: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión³⁰⁸. Así, en cuanto al lugar de trabajo, el mismo no queda ceñido única y exclusivamente al centro de trabajo como espacio físico concreto sino que la expresión “lugar de trabajo” se ha entendido como todo aquel lugar en el que el trabajador desempeña su actividad laboral o en el que se encuentra por razón del mismo. Así por ejemplo, el camión, en el caso de un conductor³⁰⁹, el lugar de celebración del entierro de la madre de un trabajador al que asistió otro compañero de trabajo por orden de la empresa³¹⁰ o el buque en el que vivía y desempeñaba su actividad laboral el trabajador³¹¹. Interpretación también amplia es la que realizan los Tribunales de la jornada de trabajo, entendiendo por tal aquel periodo de tiempo durante el cual el trabajador está desempeñando su actividad para con la empresa, admitiendo tal consideración, por citar un ejemplo, el trabajo realizado en sábado, fuera de la jornada efectiva de trabajo, por encargo del empresario³¹².

Si bien es necesario señalar que esta interpretación amplia realizada por los Tribunales ha ido restringiéndose en los últimos años. Se señala por el TS que “*no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando no es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral, máxime cuando ocurre en periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o actividades de carácter personal*”³¹³.

2.1.4. Circunstancias excluyentes

Pese a que conforme a lo previsto hasta ahora, el accidente materializado tuviera la consideración de accidente de trabajo, la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente previstas por el legislador, desvirtuará el origen profesional del mismo. Expresamente dispone el legislador que no tendrán la consideración de accidentes de trabajo aquellos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiendo por esta la que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente, sin que tengan tal consideración la insolación, el rayo

³⁰⁸ Sánchez Pérez, J., “Ámbito del accidente de trabajo en misión”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 9, 2014.

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13-5-1999.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 18-12-1996.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 4-2-2015.

³¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10-3-1998.

³¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 6-3-2007.

u otro fenómeno de análoga naturaleza³¹⁴. Si bien, para que estas últimas permitan apreciar el origen profesional del accidente o enfermedad se exigirá que tales fenómenos se den en “el trabajo que se ejecuta al ocurrir el accidente”³¹⁵.

Asimismo se establece que tampoco tendrán dicha consideración los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del propio trabajador accidentado³¹⁶.

Si bien dichas circunstancias excluyentes no deben ser confundidas con la concurrencia de otras, tales como la imprudencia profesional del propio trabajador o la culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del propio accidentado, o de un tercero, salvo que en este último caso no guarden relación directa con el trabajo, ya que la concurrencia de tales circunstancias en ningún caso impedirán la calificación del accidente como de trabajo³¹⁷.

2.2. La enfermedad profesional

Igual que se ha señalado para el accidente de trabajo, la enfermedad profesional es configurada con carácter general en el seno del RGSS. El artículo 116 TRLGSS establece que se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional, siendo posible la inclusión de nuevas enfermedades de conformidad con el procedimiento previsto al respecto.

Como se deduce de lo expuesto, única y exclusivamente tendrán la consideración de enfermedades profesionales las que reúnan las exigencias previstas en dicha disposición de aplicación y desarrollo, concretamente en el RD.1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro. En dicho RD se

³¹⁴ Artículo 115.4 a) TRLGSS.

³¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 18-5-1999: No se considera accidente de trabajo la posible insolación sufrida por un trabajador al no probarse que la misma se produjo mientras desarrollaba su actividad laboral sino que la misma se originó tiempo después de concluida la jornada laboral.

³¹⁶ Artículo 115.4 b) TRLGSS.

³¹⁷ Artículo 115.5 TRLGSS.

incorpora el cuadro de enfermedades profesionales. Seis son los grupos de enfermedades previstos, incluyéndose en cada uno de ellos, el agente y/o subagente que puede causarlo, la actividad en la que se puede producir la exposición a dicho agente así como la enfermedad que puede ser originada por la exposición a dicho agente y en dicha actividad.

Como se ha indicado, la afección de alguna de las enfermedades profesionales puede darse fuera del estricto marco del trabajo por cuenta ajena. Así tanto para los trabajadores por cuenta propia como para el personal investigador en formación se hace extensivo lo indicado para el trabajador por cuenta ajena en el artículo 116 TRLGSS al indicarse la aplicabilidad de lo previsto en dicho precepto y en su normativa de desarrollo tanto a unos como a otros³¹⁸.

Pese a la determinación expresa de agente, actividad y enfermedad que se realiza en la normativa aplicable, la amplitud de dichos agentes y actividades exige en no pocas ocasiones su concreción y aplicabilidad al caso concreto a través de la jurisprudencia³¹⁹.

3. Análisis de la adaptación del concepto de las contingencias profesionales al ámbito del teletrabajo

Una vez delimitada la conceptualización y la casuística de las contingencias profesionales en el ordenamiento Jurídico español, el cual como se ha puesto de manifiesto requiere en todo momento de la labor complementaria realizada por los Tribunales, se hace necesario trasladar su posible aplicabilidad al ámbito del teletrabajo. Cuestión esta nada fácil dadas las particularidades concurrentes, como se señaló, en esta nueva modalidad de prestación de servicios, a lo que se añade la falta de una regulación jurídica específica en el ordenamiento jurídico español, necesaria, sobre todo, en el ámbito del teletrabajo a domicilio³²⁰.

La problemática que el teletrabajo plantea en relación a la cobertura de las

³¹⁸ D. A. 34 TRLGSS para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA y RD 63/2006, de 27 de enero para el personal investigador en formación.

³¹⁹ En este sentido, recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 18-5-2015 ha reconocido como enfermedad profesional encuadrada en el “Grupo 2, EP causadas por agentes físicos, provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, enfermedad por fatiga e inflamación”, el síndrome subcramial derecho sufrido por una peluquera pese a la no inclusión expresa de su actividad en el elenco del cuadro de enfermedades referenciado únicamente a pintores, escayolistas y montadores de estructuras.

³²⁰ Como apuntan Moreno Cáliz, S. y Martín Alba, S., “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, ob. cit., p. 3.

contingencias profesionales por los Sistemas de Seguridad Social viene determinada, sobre todo, por la posible confluencia de dos factores. Por una parte, la dificultad que puede implicar la determinación del lugar donde se desarrolla la prestación de servicios del trabajador³²¹. Por otra parte, la flexibilidad con que puede venir determinado el horario en el cual se desarrolla su actividad profesional³²². Ambos elementos son determinantes de una dificultad de control del tiempo y lugar de la prestación de servicios que, a efectos probatorios de la concurrencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, puede tener como resultado la ausencia de protección o una menor intensidad de la misma.

Sin embargo, la presencia de estos dos factores no se va a producir de la misma manera y con la misma intensidad en todas las formas de teletrabajo, por lo que la dificultad para extender la protección por contingencias profesionales no siempre alcanza el mismo nivel. Tal y como pusimos anteriormente de manifiesto, en el teletrabajo se pueden apreciar distintas tipologías y, cada una de ellas, acusará o no estas dificultades. Sin lugar a dudas, las mayores dificultades de control se encuentran en las modalidades que se ejecutan en el domicilio del trabajador (afectado, además, por la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio) o cuando es teletrabajo móvil y “off line”, por lo cual difícilmente puede concretarse el momento en el cual el trabajador está desarrollando su labor profesional. A medida que el teletrabajador preste sus servicios en locales más controlados como centro de trabajo (centros de recursos compartidos, por ej.) y con horarios de trabajo más acotados, la carga de la prueba va a ser más factible.

Siguiendo el mismo esquema anteriormente utilizado para exponer la configuración del concepto de las contingencias profesionales en el ordenamiento jurídico español, veamos las particularidades y dificultades que nos plantea su aplicación a los teletrabajadores.

3.1. El accidente de trabajo

3.1.1. Concepto

En la delimitación efectuada en el artículo 115.1 TRLGSS, como

³²¹ Avanza los problemas de prueba Izquierdo Carbonero, F.J., *“El teletrabajo”*, Madrid, Grupo Difusión, 2006, p. 37.

³²² Puesto que la libertad horaria no rompe en vínculo contractual, vid. Purcalla, M.A. y Belzunegui, A. M., 2003. “Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo”, ob.cit., pág. 13.

anteriormente indicamos hay tres factores a tener en cuenta: existencia de “lesión corporal”, realización de actividad profesional asalariada y concurrencia de nexo causal entre la lesión y la actividad profesional desempeñada. En relación con los problemas que pueda presentar su exigencia en los teletrabajadores, para que pueda ser considerada la existencia de un accidente de trabajo, es evidente que el alcance de lo que deba ser entendido por “lesión corporal” lo será en idénticos términos respecto de cualquier otro trabajador, sin que exista ninguna diferencia específica. El hecho de que deba ser actividad asalariada tampoco plantea ningún problema aplicativo a efectos de nuestro estudio, que se refiere a teletrabajadores contratados en régimen laboral. Es el tercer factor exigido el que va a resultar, en las formas de teletrabajo alejadas de centros de trabajo controlados por el empresario o en el que existen otros compañeros de trabajo, más complicado en su valoración. La exigencia de que el accidente deba serlo por ocasión o consecuencia del trabajo exige, obviamente, que existan datos ciertos sobre el lugar y el momento en que el trabajo debe desarrollarse.

Por lo tanto, el elemento clave en la valoración de este factor va a ser el análisis de la presunción establecida por el artículo 115.3 TRLGSS, que efectuaremos en epígrafes posteriores, sobre su concurrencia cuando ocurren en el lugar y durante el tiempo de trabajo. Pero, en cualquier caso, sí podemos avanzar que la exigencia de un nexo causal conlleva para los trabajadores una cierta concreción en su contrato de trabajo sobre los elementos temporales y locativos que afectan a su prestación de servicios si quieren mantener su protección por contingencias profesionales, pues ésta sólo va a poder desenvolverse si puede conocerse, con claridad, como se va a desarrollar su actividad profesional. Aquí, sin duda, en el ámbito del teletrabajo van a jugar un papel muy determinante el tipo de teletrabajo que vaya a ser desarrollado y el contenido concreto de su acuerdo profesional con el empresario.

El teletrabajo efectuado en centros de recursos compartidos o en centros satélites no plantean, a estos efectos, ninguna problemática específica, cuando además esté claramente determinado el horario de trabajo (bien porque se especifique en el contrato de trabajo o porque lo determine la propia naturaleza de la actividad profesional a desarrollar). Incluso si esto no se hace pero se trata de una modalidad “on line”, en la que se considere tiempo de trabajo todo el tiempo que el trabajador permanezca conectado telemáticamente. En los supuestos de teletrabajo a domicilio, también son claros los factores que forman parte de este nexo causal si el domicilio donde se va a desarrollar la actividad profesional está claramente especificado, así como su jornada concreta de trabajo. Otra cuestión

distinta son las dificultades probatorias que se van a plantear si el tiempo de trabajo es flexible totalmente. Asimismo, y no tanto por razón de jornada como por la difícil concreción del lugar de trabajo, el teletrabajo móvil puede plantear problemas en la apreciación del nexo causal. En estos casos sería deseable, para facilitar la protección del trabajador, especificar posibles rutas de trabajo. Sobre todo, para evitar la devaluación del nexo, establecer una conexión permanente con el empresario sobre el lugar donde, en cada momento, se va a desarrollar su prestación de servicios.

En conclusión, en todas las formas de teletrabajo el nexo de causalidad podría mantenerse, pero juega un factor fundamental el acuerdo formal en que se puntualicen sus condiciones de trabajo y la comunicación permanente a la empresa del lugar donde la prestación de servicios se está realizando.

3.1.2. Accidentes de trabajo por inclusión expresa del legislador

Respecto de los accidentes de trabajo expresamente incluidos como tales en el artículo 115.2 TRLGSS, debemos analizar la posible concurrencia de cada uno de ellos en el teletrabajo, teniendo en cuenta que la problemática va a ser muy distinta en función del tipo de teletrabajo efectuado.

1) Respecto del denominado accidente “in itinere”, ya indicamos anteriormente que la jurisprudencia española tiene en cuenta, fundamentalmente, tres circunstancias para determinar si un accidente puede considerarse como tal: el trayecto y las características espaciales y temporales, el medio de desplazamiento y el lugar de partida y llegada. Los dos primeros no tienen ninguna particularidad en su valoración cuando el accidente lo sufra un teletrabajador, pues iguales condiciones tendrán que cumplir en cuanto al medio de transporte y la ruta elegida. Dónde sí pueden hacerse matizaciones es en relación a los lugares de partida y llegada que pueden ser tomados en consideración. En primer lugar, no nos cabe duda que, en el caso del teletrabajo a domicilio, sí debe ser considerado como tal el que suceda entre el domicilio del trabajador y la sede de la empresa, cuando en ella se vayan a realizar gestiones relacionadas con el trabajo (reuniones, recogida de material, evaluaciones médicas...) ³²³. En segundo lugar, para los teletrabajadores en telecentros o similares el lugar de destino será el mismo, y no la sede de la empresa, a efectos de este tipo de accidente. En tercer lugar, en el caso de

³²³ En este sentido, Thibault, J., “*El teletrabajo*”, ob. cit., p. 256.

teletrabajadores móviles la determinación de estos accidentes puede plantear mayor complejidad, pues se caracterizan por la ausencia de un centro concreto de referencia. Para evitar complicaciones a la hora de efectuar la actividad probatoria por parte del trabajador, la problemática se evitaría si el teletrabajador avisara previamente al empresario acerca de su plan de trabajo diario, en cuyo caso los accidentes acaecidos entre su domicilio y los lugares previamente determinados sí podrían ser considerados como contingencia profesional.

2) En relación al desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten funciones propias de dichos cargos, su concurrencia en el ámbito del teletrabajo no plantea ningún problema, cualquiera que sea la modalidad ejercida³²⁴, siendo posible puesto que, según el artículo 13.5 ET, los teletrabajadores “podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley”. Sólo es necesario que, en su contrato, se adscriban a un centro de trabajo de la empresa.

3) Por lo que se refiere a las tareas que se ejecutan en cumplimiento de las órdenes del empresario, aun no perteneciendo a su categoría profesional, o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa, este tipo de accidentes puede ocurrir en todas las modalidades de teletrabajo, pero lógicamente se darán con mayor frecuencia en las desarrolladas en centros de trabajo. En el caso del teletrabajo a domicilio, van a ser difícilmente apreciables puesto que toda la actividad profesional debe desarrollarse mediante conexión telemática, por lo que no parece posible que suceda un accidente que pueda tener relación de causalidad con dicha conexión y, además, que no corresponda a la categoría profesional del trabajador. Eso sí, cualquier accidente relacionado con daños que el equipo informático pueda ocasionar al teletrabajador (caídas que le produzcan lesiones, descargas eléctricas...), causadas por su propósito de continuar su trabajo sin perjudicar a la empresa, podría considerarse contingencia profesional. Ahora bien, a efectos probatorios, para ello la empresa debe tener conocimiento de los medios informáticos con los que trabaja el teletrabajador y el lugar donde se encuentran. También habrá que valorar si dicho accidente se produce durante su jornada de trabajo, por lo que ésta debe estar precisada con los problemas que ello va a plantear si se ha negociado un horario flexible. También podría plantearse como accidente en cumplimiento de las órdenes del empresario, el padecido por un teletrabajador a domicilio que se desplace

³²⁴ Pérez de los Cobos, F. y Thibault, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 83.

de su domicilio a algún otro lugar para efectuar alguna actividad relacionada con su trabajo y solicitada por su empresario.

4) En relación a los accidentes acaecidos en actos de salvamento u otros de naturaleza análoga, si su posible concurrencia en centros de trabajo relacionados con la empresa no es discutible, si va a ser imposible su aplicación en el caso del teletrabajo a domicilio pues, aunque pudieran suceder, no tendrían conexión con el trabajo efectuado por el teletrabajador al no ser éste el que los provoca. En el caso del teletrabajador móvil, también debería considerarse contingencia profesional si el trabajador está efectuando el acto de salvamento o análogo en algún centro de trabajo relacionado con su empresa y durante su jornada de trabajo. Incluso entendemos que la consideración podría alcanzar al que se lleve a cabo en alguna gestión relacionada con su trabajo, durante el tiempo de trabajo pero en algún lugar ajeno a su empresa. Volvemos a insistir que, para ello, es necesario que esté muy delimitada la jornada de trabajo del teletrabajador móvil.

5) Por último, las enfermedades del trabajo deben tener idéntica consideración que cualquier otro trabajador, pues no van a venir determinadas por las peculiaridades del trabajo en cuanto a jornada o lugar de trabajo, que son las que fundamentalmente afectan al teletrabajo en esta materia, sino por la naturaleza de la actividad desarrollada o las condiciones de las lesiones ya consideradas de carácter profesional.

3.1.3. Accidente de trabajo por presunción

La presunción establecida en el artículo 115.3 TRLGSS, en cuanto a que serán considerados accidentes de trabajo las lesiones sufridas durante el tiempo y el lugar de trabajo, salvo prueba en contrario, va a plantear diversos problemas aplicativos a los que, en algunos casos, deberá hacerse extensiva la jurisprudencia ya existente en relación a relaciones de trabajo distintas al teletrabajo.

En lo que se refiere al lugar de trabajo, claramente el referente deberá ser el centro concreto en que se encuentre el teletrabajador, alejado de la sede de la empresa, durante su jornada de trabajo, atendiendo al criterio jurisprudencial de que el lugar de trabajo es todo aquel en que se encuentra el trabajador por razón del mismo.

En el caso concreto del teletrabajo a domicilio la extensión de la presunción se complica por la ausencia de control empresarial, salvo del tiempo de trabajo si hay conexión interactiva obligatoria, pero no cabe duda acerca de su posible consideración como lugar de trabajo a efectos

de la presunción³²⁵. Para ello entendemos que, en cualquier caso, la consideración de domicilio la tendrá el que aparezca reflejado en el acuerdo del trabajador con el empresario, no cualquiera en que se encuentre el trabajador. Cabe plantearse si se aplica la presunción a enfermedades de manifestación súbita (infartos, derrames cerebrales...) ocurridas en el domicilio del trabajador, o a situaciones de suicidio. En una aplicación literal de la norma, parece que la respuesta será afirmativa únicamente si ello sucede durante el tiempo de trabajo y estando el trabajador conectado telemáticamente a la sede de la empresa. En otro caso, la carga de la prueba se invertirá y será el trabajador el que deba probar la conexión entre el accidente y el trabajo.

Para los supuestos de teletrabajo móvil, habrá que entender por lugar de trabajo todo aquel en el que se encuentre el teletrabajador, que esté relacionado con su actividad laboral y durante su jornada de trabajo, aun cuando no tenga conocimiento previo el empresario.

Si atendemos a la posible concurrencia de el denominado accidente “en misión”, éste puede tener igualmente cobertura en el ámbito del teletrabajo y debe abarcar a los padecidos por teletrabajadores móviles durante su tiempo de trabajo, en relación a los desplazamientos causados por el contenido de su actividad profesional. E igualmente el de los teletrabajadores en centros satélite o similares respecto de sus desplazamientos hacia la sede de la empresa o algún otro lugar requerido en cumplimiento de su actividad, sin que para ello sea necesario una orden expresa del empresario.

En lo relativo al tiempo de trabajo, aquellos supuestos es lo que exista una situación difuminada entre tiempo de trabajo retribuido y el no retribuido³²⁶, sobre todo en modalidades “off line”, la aplicación de esta presunción va a ser muy complicada, con lo que ello puede conllevar en cuanto desprotección frente a los accidentes de trabajo para el teletrabajador. Es más, como indica algún autor, la ausencia de delimitación horaria invierte la carga de la prueba para el trabajador sin perjuicio de que, en caso de duda razonable, se aplique el principio “pro accidentado” para extender la cobertura por contingencias profesionales³²⁷. Ello sin olvidar que, atendiendo al criterio establecido por

³²⁵ Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 4-11-2004, considera que una empleada de hogar sufre un accidente de trabajo cuando se cae al tender la ropa en el domicilio de trabajo.

³²⁶ A la que se refiere Belzunegui Eraso, A., *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, Madrid, CES, 2002, p. 251 y ss.

³²⁷ Pérez de los Cobos, F. y Thibault, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, ob. cit., p. 82.

la jurisprudencia española, el tiempo de teledisponibilidad, es decir, aquel en el que se está a disposición del empresario pero no efectuando ninguna actividad profesional, no se considera tiempo de trabajo y, por lo tanto, no está dentro del alcance de la presunción³²⁸. Ahora bien, en el caso del teletrabajo en el cual la empresa puede controlar telemáticamente la prestación de servicios del trabajador, debería considerarse que, independientemente del día de la semana en que se produzca el accidente, si el teletrabajador está prestando servicios profesionales la presunción debe alcanzarse.

Otra cuestión que nos planteamos es que, cuando el accidente tenga su origen en los instrumentos de trabajo utilizados por el trabajador, para que sea de aplicación la presunción parece que será necesario que, o bien los haya aportado el empresario, o bien estén autorizados por éste³²⁹.

Para evitar la problemática que genera la indefinición en cuanto a tiempo o lugar de trabajo de los teletrabajadores, los convenios colectivos que contemplan una regulación particular de esta forma de empleo establecen, o los acuerdos particulares entre empresarios y trabajadores, deberían incluir delimitaciones muy claras al respecto. Y ello es, sin lugar a dudas, lo más recomendable para evitar situaciones de desprotección en materia de Seguridad Social. En España, el tratamiento de la materia en los convenios colectivos es diversa pues, sobre todo en lo que al horario se refiere, en algunos casos se contempla una regulación estricta de estas materias³³⁰, pero en otros se remite a lo establecido por el acuerdo empresario-trabajador o se permite una delimitación flexible del tiempo de trabajo³³¹.

³²⁸ Valenciano, A., 2012. "El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?", ob. cit., p. 19. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 9-2-2003, en relación a las guardias médicas localizadas.

³²⁹ Según el apartado 7 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, como regla general va a ser el empresario el encargado de facilitar los equipamientos.

³³⁰ El Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula esta modalidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, establece como mecanismo de control el envío de un mail al empezar y acabar la jornada (artículo 9.3), establecen horario específico el III convenio colectivo de Nutricia (BOE de 2 de junio, artículo 34, el de UTSA SOFTWARE (artículo 8) y el Acuerdo BBVA para establecer las condiciones del teletrabajo, de 2001 (artículo 6, pues lo hace coincidir con el horario del centro).

³³¹ Decreto 92/2012, de 29 de mayo, que aprueba el Acuerdo para empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sólo precisa la interconexión en franjas horarias determinadas (artículo 8.5), el Acuerdo de Teletrabajo de telefónica móviles, de 2012, sólo obliga a determinar el número de horas de trabajo en el acuerdo (artículo 5), y los convenios colectivos de Alcatel España (BOE de 17 de septiembre de 2008, artículo 43) y del Grupo ONO (BOE de 1 de julio de 2013, artículo 59.5), establecen la total

3.1.4. Circunstancias excluyentes

Las que son consideradas circunstancias excluyentes de la consideración de un accidente como profesional, cuales son la fuerza mayor extraña al trabajo o los debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador, como sucede en otros supuestos comentados serán o no más fácilmente acreditables dependiendo del tipo de teletrabajo. En las tipologías sometidas a menor control empresarial (a domicilio, off line o móvil, según los casos), se pueden presentar dificultades en relación a la prueba. Sobre todo en lo que se refiere a la imprudencia temeraria. En el caso del teletrabajo móvil, resultará particularmente destacable la aplicación de la jurisprudencia que relaciona esta circunstancia con los accidentes de tráfico en los mismos términos que cualquier otra relación laboral.

Respecto a las previsiones de que no impide la calificación de accidente la imprudencia profesional, podemos efectuar las mismas matizaciones anteriormente señaladas. Sobre la concurrencia civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo, es obvio que no se va a plantear nunca respecto del empresario pero que sí puede darse respecto de compañeros de trabajo, salvo en el caso del teletrabajo a domicilio. En cuanto a la posible concurrencia de terceros, si se trata de teletrabajadores móviles entendemos que los accidentes provocados por actuaciones de clientes del trabajador deben considerarse que guardan relación con el trabajo si se producen durante la jornada laboral. En el caso del teletrabajador a domicilio, los actos producidos por familiares del trabajador, aun cuando lo sean durante el tiempo de trabajo, no podrían entenderse como causados por causa o a consecuencia del mismo.

3.2. La enfermedad profesional

Tal y como se ha señalado, la determinación de una enfermedad como profesional exige que la misma se ajuste a los parámetros establecidos en el RD.1299/2006, de 10 de noviembre. Concretamente tendremos que estar a lo previsto en su Anexo 1 en el cual se establece el cuadro correspondiente de enfermedades profesionales. Seis son, como se dijo, los grupos de enfermedades previstos en dicho cuadro: enfermedades

flexibilidad horaria.

causadas por agentes químicos; enfermedades causadas por agentes físicos; enfermedades causadas por agentes biológicos; enfermedades causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en los apartados anteriores; enfermedades de la piel causadas por agentes y sustancias no comprendidos en apartados anteriores y enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos.

Teniendo en cuenta la delimitación que del concepto de “teletrabajo” se ha realizado y partiendo de uno de los elementos configuradores del mismo, cual es el elemento instrumental, que supone la utilización de las nuevas tecnologías en toda su amplitud, así como considerando la determinación de los riesgos derivados de la utilización de pantallas de visualización como riesgos específicos, creemos que puede utilizarse como punto de partida lo establecido en el RD.488/1997, de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Dicho RD define en su artículo 2 el “puesto de trabajo” como el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato. Entendiendo por “pantalla de visualización”, una pantalla alfanumérica o gráfica, independientemente del método de representación visual utilizado e identificando al “trabajador” como cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización. Como puede colegirse de lo expuesto, dichas definiciones son perfectamente trasladables al ámbito del teletrabajo en los términos referidos en nuestro estudio.

Se hace así pues necesario establecer la relación entre dicha actividad y el grupo de enfermedades profesionales en el que pudieran encuadrarse las posibles dolencias originadas por dicha actividad. Grupo que sería el grupo 2 referente a las enfermedades causadas por agentes físicos. Para ello, como primer paso, debe concretarse qué dolencias pueden ser causadas por la realización de dichas actividades.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo señala como principales riesgos para el usuario de pantalla de visualización: los problemas visuales, los problemas musculoesqueléticos y la fatiga mental³³².

³³² Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Instrucción básica para el trabajador usuario de pantallas de visualización de datos*, http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias_Ev_Riesgos/Instruccion_Pantallas/Instruccion_basica.pdf (Acceso 3/9/2015)

El Grupo 2 de enfermedades profesionales engloba un total de trece agentes, de los cuales cinco (agentes C, D, E, F y G) se relacionan, en cuanto al elenco de actividades que son capaces de producirlas, con “enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo”. Dentro de estas enfermedades creemos interesante destacar una de ellas, el síndrome del túnel carpiano (agente F, subagente 02, actividad 01, código 2F0201) originada, según se señala, por “movimientos repetidos y mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca” e identificando como actividades posibles causantes de la misma, entre otras, la de los lavaderos, industria textil, mataderos (carniceros y matarifes), hostelería (camareros), pintores y soldadores.

Por su parte, las Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos y con relación al Síndrome del túnel carpiano (DDC-TME-07)³³³, indica que el origen laboral de dicha dolencia se produce como consecuencia del desarrollo de tareas que requieren movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión o hiperflexión de la muñeca o de aprehensión de la mano; identificando como condiciones de riesgos, movimientos repetidos de muñeca y dedos, flexión y extensión de muñeca y apoyos prolongados sobre el talón de la mano.

No puede negarse, a la vista de lo señalado, que la actividad continuada con teclado o ratón supone la realización de dichos movimiento³³⁴, por lo que una jornada de trabajo prolongada y continuada con los elementos instrumentales propios del “teletrabajo”, puede llevar a dichas consecuencias, máxime cuando la separación física del trabajador del entorno laboral de la empresa o centro de trabajo hace muy difícil un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones preventivas en la materia a efectos de minimizar y prevenir los riesgos a los que el teletrabajador puede estar expuesto.

Si bien pese a lo señalado, no existe en el elenco de actividades incluidas en el grupo 2 del cuadro de enfermedades profesionales, ni en la referida al túnel carpiano ni en ninguna otra de las referidas a los trastornos

³³³ Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos y con relación al Síndrome del túnel carpiano (DDC-TME-07); <http://www.insht.es/MusculoEsqueleticos/Contenidos/Ficheros/Ficha%2011%20Tunel%20del%20carpo%20ENTREGADA%20ORTO+AEEMT+SEMFYC.pdf> (acceso 3/9/2015)

³³⁴ En este sentido, ya se enuncia en algunas guías de prevención, entre las actividades causantes de la dolencia del túnel carpiano, “*los movimientos repetitivos con el teclado del ordenador*”, UGT, Fundación para la prevención de riesgos laborales, file:///C:/Users/JYM/Downloads/2.%20TUNEL%20CARPIANO%20(1).pdf, p.16.

musculoesqueléticos, referencia a actividad relacionada con la utilización de equipos de pantalla de visualización.

A la vista de lo expuesto, se hace necesario establecer la posible relación de la enfermedad profesional con el teletrabajo. A nuestro juicio, dicha relación puede plantearse a través de dos alternativas posibles.

En primer lugar, que la actividad laboral o profesional del teletrabajo, dada sus particularidades por el elemento instrumental que la caracteriza, sea encuadrable en el listado abierto de actividades enunciadas, en virtud de la labor jurisprudencial, tal y como se ha hecho con otras actividades, siempre que la patología tenga su reflejo en alguna de las indicadas en el cuadro de enfermedades, por ejemplo, en la que hemos centrado nuestra atención, el síndrome del túnel carpiano; lo que no obsta a la aparición posible de otros trastornos reconducibles a algún otro subagente o actividad.

En segundo lugar, la necesidad de actualizar el elenco de agentes, subagentes, actividades y profesiones que se describen en el cuadro de enfermedades profesionales. Llama la atención que en dicho cuadro no aparezca mención expresa alguna a lo que se ha convertido hoy ya en una realidad imperante, cual es el uso de las nuevas tecnologías como elemento inescindible de muchas de las actividades profesionales desarrolladas.

Es esta última, en nuestra opinión, la solución más acorde y demandada por el Sistema, la realidad es la que es y el legislador no puede quedar ajena a la misma o delegar su actuación en la labor jurisprudencial, máxime en lo concerniente a una actividad profesional que no constituye una actividad aislada sino una actividad que cada vez amplía más su campo de actuación; llegando a eclipsar a muchas otras actividades que, si bien en el pasado tuvieron una importante repercusión en cuanto a la materialización de enfermedades profesionales, probablemente lo tengan hoy en una mucha menor proporción que las originadas por las actividades relacionadas con las nuevas tecnologías, en las que se enmarca, por supuesto, el teletrabajo.

4. Bibliografía

Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 4ª edición 1991.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.

- Belzunegui Eraso, A., *“Teletrabajo: estrategias de flexibilidad”*, Madrid, CES, 2002.
- Cassano, G. y Lopatriello, S., *“Tltelelavoro, aspetti giuridici e sociologici”*, Edizioni Simone, 1999.
- Cruz Villalón, J., “El accidente de trabajo más allá de la actividad profesional”, en *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la LAT*, Madrid, 2000.
- García, B., *El teletrabajo*, Madrid, Cívitas, 2012.
- Hevia-Campomanes Calderón, E. et al., *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, Gestión, Prestaciones y jurisprudencia*, Madrid, Ed. Colex, 1993.
- Hierro Hierro, J., “Accidente de Trabajo *in itinere* y medio de transporte utilizado”, *Revista española de Derecho del Trabajo* 173, 2015.
- Izquierdo Carbonero, F.J., *El teletrabajo*, Madrid, Grupo Difusión, 2006.
- Martínez Barroso, M^aR., *Las enfermedades del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- Moreno Cáliz, S. y Martín Alba, S., “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, *Revista Doctrina Aranzadi Social* 10, 2004.
- Pérez de los Cobos, F. y Thibault, J., *“El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral”*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- Poquet, R., “Teletrabajo y su definitiva configuración jurídica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* 35, 2012.
- Purcalla, M.A. y Belzunegui, A. M., “Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 18, 2003.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., *El accidente in itinere*, Granada, Ed. Comares, 1998.
- Sánchez Pérez, J., “Ámbito del accidente de trabajo en misión”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 9, 2014.
- Sempere Navarro, A.V. y Kahale Carrillo, D.T., *“Teletrabajo”*, Madrid, Francis Lefebvre, 2013, p. 28.
- Sierra, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social, 2011.
- Thibault, J., *El teletrabajo*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2001.
- Valenciano, A., “El teletrabajo, ¿un nuevo sistema de organización del trabajo?”, *Revista de Información Laboral*, n. 5, 2012.

Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España*

Nancy SIRVENT HERNÁNDEZ**

RESUMEN: Las reformas introducidas en España en el ámbito de la actividad profesional del personal investigador han ido en la dirección de incluir a este colectivo dentro del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, sustituyendo progresivamente el sistema anterior de becas por otro de contratación laboral. Ello, con el propósito de mejorar el status jurídico del personal investigador y de acabar con las situaciones precarias a que tradicionalmente ha estado sujeto este colectivo. En esta dirección, cobra especial relevancia la promulgación de la Ley de la Ciencia, Tecnología e Innovación, estableciendo contratos de trabajo específicos para el personal investigador en atención a las distintas etapas de su carrera profesional. Pero, pese a los importantes avances que representa esta Ley, todavía se advierten algunas deficiencias en el sistema público de contratación laboral de este colectivo.

Palabras clave: Personal investigador, contratación laboral, empleo público, Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución de la regulación jurídica de la carrera investigadora en España. La progresiva “laboralización” de la actividad de investigación. 3. Las diversas modalidades de contratación laboral previstas en la Ley de la Ciencia, Tecnología e Innovación. 3.1. Contrato predoctoral. 3.2. Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. 3.3. Contrato de investigador distinguido. 3.4. El contrato para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Realizado en el marco del Proyecto de Investigación n. 91, 2015, concedido por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) sobre el *Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*.

** Catedrática EU Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

1. Introducción

Es conocido el creciente impulso llevado a cabo por las instituciones europeas en aras de fomentar políticas de educación, investigación e innovación como vías de progreso social, económico y de creación de empleo. Bajo el objetivo estratégico de convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo (declarado en las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000), la Unión Europea ha impulsado una serie de políticas y reformas encaminadas a hacer de Europa una economía y una sociedad del conocimiento (educación, investigación e innovación) como principales motores de la competitividad y la calidad de vida. Todo ello a resultas de los nuevos retos que plantea la mundialización de la economía y la economía basada en el conocimiento, pues es en este último (en su producción, su adquisición y su utilización) donde reside el desarrollo económico y social³³⁵. En enero de 2000 la Comisión Europea lanzaba la idea de la necesidad de establecer un Espacio Europeo de Investigación (EEI) dirigido a incrementar la investigación en Europa y a lograr una óptima organización de la misma mediante el establecimiento de una zona de investigación sin fronteras en la que los recursos científicos se utilizaran mejor con el fin de fomentar el empleo y la competitividad en Europa. En 2007 se da un nuevo impulso a este proyecto (a través del Libro Verde “El Espacio Europeo de Investigación: nuevas perspectivas”, de 2 de abril de 2008) dando respuestas a algunos de los desafíos planteados en el camino hacia la consolidación de dicho Espacio común, y elaborando acciones dirigidas a la materialización del EEI³³⁶.

³³⁵ En este orden de ideas algún autor pone de relieve que “la educación es uno de esos campos considerados tradicionalmente alejados de la mera actividad de producción de bienes y servicios; sin embargo pocas actividades presentan una incidencia más elevada en el desarrollo del sistema productivo, y por tanto en la mejora de las condiciones de vida de un país”. Carbajo Nogal, C., “Financiación y captación de fondos en el ámbito de la educación superior: objetivo prioritario”, en AA.VV., *La reforma del régimen jurídico universitario*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 365.

³³⁶ Como se advierte en el “Libro Verde” de 2007, pese a los progresos realizados, se advierten todavía notables deficiencias en el establecimiento del EEI. Así, la carrera profesional del investigador sigue siendo una carrera llena de obstáculos (trabas jurídicas que dificultan la movilidad de investigadores); ausencia de coordinación entre la financiación nacional y regional; deficiente explotación de los resultados de la investigación; fragmentación de la investigación pública que hace que Europa resulte poco atractiva para los inversores extranjeros; dificultades de las empresas para asociarse con Universidades, etc.).

En esta misma línea España ha emprendido diversas reformas encaminadas a la implantación de un nuevo modelo productivo que contribuya al desarrollo económico sostenible y al bienestar social mediante la generación, difusión y transferencia del conocimiento y la innovación. Con este claro propósito ya se aprobó en 1986 la Ley de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (Ley 13/1986, de 14 de abril), actualmente reemplazada por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, LCTI) que nació con el firme objetivo de alcanzar la consolidación e internacionalización de la ciencia potenciando la generación de una comunidad científica y técnica profesionalizada, competitiva y abierta al mundo, y la transición hacia una economía basada en el conocimiento³³⁷.

La política de expansión de la investigación científica, técnica y de innovación promovida desde las instituciones europeas pasa por incrementar los recursos humanos dedicados a la investigación y fomentar su productividad, aprovechando las experiencias de los investigadores más consolidados. En este sentido juega un papel esencial la captación y formación de nuevos investigadores capaces de atender las exigencias generales de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación, y hacer frente a aquellos ámbitos que demanden más intensamente personal cualificado. Resulta necesario, pues, el establecimiento de un marco normativo adecuado que asegure un eficaz reclutamiento de personal investigador y el desarrollo estable y en condiciones dignas de la carrera profesional desde sus inicios, garantizando el paso de unas etapas a otras.

En este contexto cabe recordar los principios recogidos en la Carta Europea del Investigador y el Código de Conducta para la contratación de investigadores (Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005), exigiendo a las entidades empleadoras y financiadoras una serie de deberes y compromisos: reconocer como profesionales a todos los investigadores que siguen una carrera de investigación desde el inicio de sus carreras; velar por que el rendimiento de los investigadores no se vea socavado por la inestabilidad de los contratos de empleo; por que los investigadores (en todas las etapas de su carrera) gocen de condiciones salariales justas y atractivas con disposiciones de seguridad social adecuadas y equitativas; por que, en cualquier etapa de su carrera e independientemente de su

³³⁷ Como reza en el preámbulo de esta Ley “la generación de conocimiento en todos los ámbitos, su difusión y su aplicación para la obtención de un beneficio social o económico, son actividades esenciales para el progreso de la sociedad española”.

situación contractual, tengan la oportunidad de desarrollarse profesionalmente y mejorar sus posibilidades de empleo, accediendo a medidas de desarrollo continuo de sus capacidades y competencias; o comprometerse con la mejora de la estabilidad de las condiciones laborales de los investigadores.

En España, la LCTI recoge todo un catálogo de derechos y deberes específicos del personal investigador de conformidad con lo indicado en dicha Recomendación europea, si bien incorporando las singularidades correspondientes en virtud de la naturaleza de la relación jurídica que une al personal investigador con la entidad para la que se prestan servicios, al poder estar aquél sujeto al derecho administrativo o al derecho laboral, y ser funcionario de carrera, interino o personal laboral fijo o temporal. Esta distinta vinculación jurídica, unido al carácter público o privado del organismo empleador, va a determinar la aplicación de diversos cuerpos normativos o, cuando menos, la necesidad de respetar un distinto orden a la hora de aplicar dichas normas jurídicas. De este modo, dependiendo de la categoría de trabajadores de que se trate, resultará de aplicación una u otra norma jurídica, y la LCTI será aplicable preferentemente a cualquier otra o, por el contrario, deberá jugar por detrás de otras Leyes específicas³³⁸. La multiplicidad de normas jurídicas que pueden resultar de aplicación en este ámbito determina la existencia de una pluralidad de estatutos jurídicos del personal investigador que confieren gran complejidad al sistema y dificulta enormemente el objetivo de cohesión propugnado por la propia LCTI.

En el presente estudio se va a centrar la atención única y exclusivamente en el personal investigador sujeto al ordenamiento laboral, y de forma más concreta, en el análisis de las modalidades de contrato de trabajo temporal específicas recogidas en la LCTI para desarrollar la actividad investigadora, pues pese a que en la actualidad existe una multiplicidad de contratos de trabajo que sirven de soporte a la prestación de servicios del personal investigador, en este lugar interesan únicamente aquellos que han sido diseñados de forma específica para este colectivo. Así pues, se descarta el estudio de los distintos contratos de trabajo de carácter temporal recogidos en el ET (de aplicación también en este ámbito) en la medida en que no son específicos de la actividad investigadora, a saber: el

³³⁸ Así, por ejemplo, si la vinculación que une al investigador con la entidad empleadora pública es de carácter laboral, le resultará de aplicación, en primer término, la LCTI y de forma subsidiaria el ET y su normativa de desarrollo. En cambio, tratándose de una relación funcionarial, se regirá en primer lugar por lo dispuesto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en segundo lugar, por lo previsto en la LCTI, y supletoriamente por la normativa de desarrollo de la función pública.

contrato de obra o servicio determinado, el contrato eventual por circunstancias de la producción, y el de interinidad. No obstante, sí se hará una breve referencia a una submodalidad de contrato de obra o servicio determinado previsto en la LCTI, el denominado contrato para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica, a fin de poner de relieve ciertas particularidades que reviste este contrato cuando se utiliza en el ámbito de la investigación. Tampoco serán objeto de tratamiento en este lugar los contratos de trabajo de carácter temporal contemplados en la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (conocida como LOMLOU, que vino a modificar la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades – LOU –), singularmente, los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante, al ser aplicables únicamente en el ámbito de las Universidades (independientemente de que éstas puedan recurrir también a otro tipo de contratos de duración determinada, entre otros, los previstos en la LCTI o en la legislación laboral común – ET y normas de desarrollo –)³³⁹.

2. Evolución de la regulación jurídica de la carrera investigadora en España. La progresiva “laboralización” de la actividad de investigación

En España ha sido práctica habitual la ausencia de regulación jurídica en los primeros momentos de la carrera investigadora, dejando generalmente dicha regulación en manos de los criterios particulares establecidos en cada una de las convocatorias realizadas por las diferentes Administraciones Públicas o, en su caso, por algunas entidades privadas. En la mayoría de casos, la escasa y parca regulación jurídica existente en este ámbito se ha limitado a establecer el cuadro teórico de derechos y obligaciones atinente al personal investigador en formación, en esencia, en lo que concierne a la acción protectora en el ámbito de la Seguridad Social, y al reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial que correspondan derivados de su actividad investigadora³⁴⁰. En

³³⁹ Además de estas modalidades de contratación temporal, la LOMLOU prevé otros contratos laborales: los de profesor colaborador, contratado doctor, asociado y emérito.

³⁴⁰ En este sentido señala algún autor que “el importante papel que los becarios de investigación han desempeñado y siguen desempeñando en el actual panorama investigador español no se ha visto correspondido por el ordenamiento jurídico que incomprensiblemente hasta fechas recientes no ha contemplado esta figura, ni mucho menos la ha regulado de forma general, habiéndose limitado los estatutos y la normativa interna de algunas universidades y centros de investigación, así como también las bases

este contexto, puede traerse a colación el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se estableció el Estatuto del Becario de Investigación, a través del cual se pretendió instaurar por vez primera un régimen jurídico de aplicación general a este colectivo, mostrando especial preocupación por el reconocimiento del derecho a protección social que debe ser común a todos los becarios de investigación y que se materializa a través de su inclusión en el Régimen General de Seguridad Social (como asimilados a trabajadores por cuenta ajena). En atención a lo dispuesto en esta norma reglamentaria, los becarios de investigación pasan a tener derecho a todas las prestaciones reconocidas comúnmente a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, a excepción de la protección por desempleo³⁴¹. En cuanto al modelo de financiación que recoge el Real Decreto se basa en un modelo tradicional que implica que la vinculación del investigador con la entidad receptora sea a través de una beca de cuatro años de duración (modelo 4+0).

Apenas tres años más tarde de su promulgación, esta norma jurídica fue sustituida por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, a través del cual se aprueba el Estatuto del personal investigador. Esta última norma incorporó alguna reforma en materia de derechos del personal investigador en formación (reconociendo, por ejemplo, el derecho a percibir la ayuda económica o “beca” en plazo, o el derecho al disfrute de permisos, licencias y vacaciones), e instauró un nuevo modelo en el que se alternan dos años de beca de investigación (los dos primeros) con dos años de contrato laboral (modelo 2+2), en contraposición al modelo puro de beca que recogía el anterior Real Decreto³⁴².

de las convocatorias de las becas que otorgan la condición de becarios de investigación, a establecer las condiciones de acceso a la condición de becarios de investigación y los derechos y obligaciones básicos que a los mismos les correspondían”. Moreno Gené, J., “El personal investigador en formación ¿Becarios o trabajadores?”, *Temas Laborales*, n. 78, 2005, pp. 96 y 97.

³⁴¹ En la medida en que la actividad investigadora desarrollada por el personal investigador en formación no es considerada como trabajo productivo, ni la beca que recibe goza de carácter salarial, no se considera tampoco que la terminación de la beca sea constitutiva de situación legal de desempleo ni que pueda dar paso a la protección correspondiente. Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de Palomeque López, M.C., “Las relaciones jurídicas de formación a través de beca o estipendio”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 83, 2009.

³⁴² Sin embargo, el modelo 2+2 también ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, por considerar que, en realidad, no existen diferencias entre el investigador en situación “de beca” y el investigador en situación “de contrato”, y que el distinto tratamiento obedece a una decisión puramente legislativa. Vid. En este sentido, Cristóbal Roncero, R., “El personal investigador en formación: un contrato común con peculiaridades”,

Como se infiere de estas dos normas reglamentarias, y pese al tímido avance que introduce la segunda de ellas, el legislador español se ha mostrado reacio tradicionalmente a la laboralización del personal investigador, negando el carácter laboral de la totalidad o de una parte importante de su primera etapa de formación, y optando preferentemente por el establecimiento de un sistema de becas. No obstante, la LCTI pone fin a esta tradición al reconocer una modalidad de contrato laboral, el denominado contrato predoctoral, dirigido precisamente al personal investigador en fase formativa. De este modo, el personal investigador queda plenamente incorporado al ordenamiento laboral desde el inicio de su carrera, asistiendo con ello a un nuevo episodio de expansión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de conformidad con la <<vis atractiva>> que resulta característica de este sector del ordenamiento jurídico (en cuanto ordenamiento tutelador o protector de la parte contratante más débil en la relación de trabajo)³⁴³. Cuestión que no resulta en absoluto baladí, pues la consideración como laboral de la relación jurídica que une al investigador en formación con el centro u organismo de investigación al que se adscribe implica la aplicación de los beneficios legales (y convencionales) reconocidos en la legislación laboral (contratos, régimen de jornada y descansos...), sindical (derechos colectivos de participación y representación...), prevención de riesgos laborales, y de Seguridad Social (cotización, acción protectora...).

Así pues, no cabe negar el importante papel que juega la LCTI en el camino hacia la laboralización del personal investigador. A través de esta norma jurídica no sólo se reconocen modalidades específicas de contratación laboral dirigidas al personal investigador en los distintos estadios de su carrera profesional, sino que además procede a declarar como Derecho supletorio, en todo lo no previsto en la misma, el ET y el resto de normas de desarrollo, admitiendo expresamente la posibilidad de recurrir a las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el ET.

Revista Ministerio Trabajo e Inmigración, n. 83, 2009.

³⁴³ Esta opción por contractualizar laboralmente al personal investigador se observa también en etapas más avanzadas de la carrera investigadora. Prueba de ello es la previsión de las figuras contractuales recogidas en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (actualmente derogada por la LCTI) permitiendo a ciertos organismos dedicados a la investigación la contratación en régimen laboral de personal científico y técnico para la ejecución de proyectos determinados (conforme al artículo 15.1.a) ET), y de personal para su formación científica y técnica en la modalidad de trabajo en prácticas regulado en el artículo 11.1 ET. Asimismo, el Estatuto del Personal Investigador en formación aprobado en 2006 que prevé, si bien únicamente para los dos últimos años, una relación jurídico-laboral canalizada a través del contrato en prácticas.

Sin embargo, pese a los avances experimentados, todavía quedan muchos aspectos que deben ser objeto de revisión a fin de dar por finalizada la situación precaria que aún pervive en algunos profesionales de la investigación.

3. Las diversas modalidades de contratación laboral previstas en la Ley de la Ciencia, Tecnología e Innovación

Como ya se ha anticipado, la LCTI prevé modalidades específicas de contratación laboral para el personal investigador. En particular, esta Ley contempla tres contratos laborales distintos en atención a los diversos estadios de la carrera profesional del investigador: el contrato predoctoral configurado con la clara finalidad de dotar de formación específica en el campo de la investigación a quien acredite cierto nivel de conocimientos en estudios superiores; el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI), pensado con el objetivo de consolidar la experiencia profesional y obtener un grado óptimo de especialización en el campo de investigación de que se trate; y el contrato de investigador distinguido, diseñado para investigadores de reconocido prestigio a fin de realizar actividades de investigación o dirigir equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia. Los dos primeros contratos, de naturaleza temporal ambos, se prevén como etapas previas a la estabilización del personal investigador pues, como se verá más adelante, a partir de la finalización del segundo año del contrato de acceso al SECTI, el investigador podrá someter a evaluación la actividad investigadora desarrollada, y en caso de resultar positiva podrá ver sus méritos valorados en las pruebas de acceso a puestos de personal laboral fijo. Con esta previsión, pues, se brinda al personal investigador la oportunidad de transformar el contrato temporal en otro de naturaleza indefinida.

Como ya se ha dicho, junto a estos tres tipos de contrato de trabajo específicos, la LCTI admite también la posibilidad de contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el ET, siendo de especial relevancia en este marco el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica en el seno de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y de otros agentes de ejecución de la Administración General

Estatual³⁴⁴. Pese a que la LCTI no recoge una regulación específica en relación con este contrato (remitiéndose genéricamente a lo dispuesto en el ET y a su normativa de desarrollo), sí contempla algunas especificidades que inciden en su régimen jurídico y que merecen por ello un breve comentario.

Con carácter transitorio, la LCTI mantiene vigentes los programas de ayuda al personal investigador en formación financiados con fondos públicos incluidos en el ámbito de aplicación del RD 63/2006, de 27 de enero, basados, como se vio, en el modelo 2+2 (dos primeros años de beca, y dos últimos, de contrato en prácticas). De este modo, los programas que ya se encuentren en ejecución y los contratos laborales financiados por dichos programas que ya se hubieran suscrito el 2 de junio de 2012 (fecha de entrada en vigor del artículo 21 LCTI, regulador del contrato predoctoral) se mantendrán hasta finalizar su vigencia. Respecto a las convocatorias que se publiquen a partir de ese momento, se ordena que dichos programas se adapten a la regulación prevista en la LCTI en relación con el contrato predoctoral (DT 4ª).

El reconocimiento por parte de la LCTI de todas estas modalidades contractuales específicas en el ámbito de la investigación son una muestra clara del fenómeno descrito en páginas anteriores en cuanto a la potenciación de la contratación laboral en el ámbito de la actividad investigadora como vía de reducción del nivel de precariedad laboral que ha venido presentando la profesión de investigador. Cuestión distinta es que con la nueva regulación jurídica prevista en dicha norma se haya conseguido el propósito perseguido. Resulta por ello necesario analizar, siquiera sea someramente, el régimen jurídico particular de cada uno de dichos contratos a fin de poder hacer un balance general en cuanto al nivel de satisfacción alcanzado con esta reforma.

No obstante, antes de pasar a analizar el régimen jurídico particular de dichos contratos conviene hacer mención de una previsión de aplicación común a todos ellos, cual es la inaplicación en este ámbito de la regla relativa a la prohibición de concatenación de contratos temporales y la

³⁴⁴ Vid. a este respecto, los artículos 26.7, 30 y D.A. decimocuarta, párrafo segundo, de la LCTI. En el párrafo de esta D.A. se relacionan los agentes de ejecución de la Administración General del Estado, considerando como tales: el Museo Nacional del Prado, la Biblioteca Nacional de España (BNE), el Instituto del Patrimonio Cultural de España (IPCE), la Filmoteca Española, adscrita al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, los museos y archivos de titularidad y gestión estatal, la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional, el Centro Nacional de Información Geográfica, y las Reales Academias y Academias Asociadas vinculadas con el Instituto de España.

solución anudada a dicha prohibición. Con carácter general, el artículo 15.5 del ET prohíbe que un mismo trabajador permanezca vinculado con la misma empresa (o grupo empresarial) mediante dos o más contratos de trabajo de duración determinada, por un período superior a 24 meses en un arco temporal de 30 mensualidades, con o sin solución de continuidad. En caso de producirse tal situación, el ET proclama que el trabajador afectado adquirirá la condición de fijo³⁴⁵. No obstante, de esta prohibición son exceptuados los contratos formativos, de relevo e interinidad, contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, y contratos temporales utilizados por empresas de inserción cuando su objeto sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado (párrafo cuarto artículo 15.5 ET). Además de estas exclusiones, la D.A. 15ª ET recoge otras que conciernen únicamente al ámbito del sector público, singularmente, a aquellas modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o “en cualesquiera otras normas con rango de ley”. Por consiguiente, habida cuenta que los contratos predoctoral, de acceso al SECTI, y de investigador distinguido, son contratos de trabajo recogidos en una “ley” (como se ha dicho, Ley 14/2011, de 11 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación), habrá que entender que no resulta de aplicación a estos contratos la regla de prohibición de encadenamiento de contratos de trabajo temporales recogida en el artículo 15.5 del ET ni, por ende, la solución de fijeza que deriva de la conculcación de dicha prohibición³⁴⁶. Esta excepción normativa al encadenamiento prohibido puede dar pie a que se generen en la práctica situaciones de auténtica precariedad laboral dentro de este colectivo, pues se corre el riesgo de que

³⁴⁵ Concretamente, lo que señala el artículo 15.5 del ET es que “los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

³⁴⁶ Como apunta algún autor “es posible que existan razones objetivas y suficientes para excluir de las reglas del encadenamiento contractual prohibido las modalidades específicas del contrato de trabajo reguladas en la Ley de la Ciencia, dando cumplimiento así a las exigencias del derecho comunitario y, más concretamente, de la Directiva 1999/70. Sin embargo, no se entiende bien por qué no se ha dispensado el mismo tratamiento en el ámbito del empleo privado, concurriendo como concurren las mismas razones para la exclusión, pudiendo atentar esta disparidad contra el principio de igualdad (artículo 14 CE)”. Ballester Laguna, F., “La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador”, *Revista Derecho Social*, n. 68, 2014, pp. 232 y 233.

un investigador pueda permanecer vinculado *sine die* mediante contratos de duración determinada con la misma Administración Pública; más aún teniendo en cuenta que se constata cierto solapamiento en cuanto a lo que constituye el “objeto” de muchos de estos contratos, circunstancia que puede condenar a una situación de casi permanente temporalidad al personal investigador mediante el pase de unos contratos a otros³⁴⁷. Y si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico español el acceso al empleo público queda condicionado por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y que ello impide aplicar sin más al personal investigador que estuviera en tales condiciones la solución de fijeza prevista con carácter general, nada obsta para que pudieran haberse articulado otras soluciones alternativas en orden a evitar situaciones injustas. Así, por ejemplo, la obligación por parte del organismo público de instar el procedimiento oportuno para cubrir la plaza una vez transcurrido un período de tiempo prudencial (de mayor extensión, en todo caso, que el previsto con carácter general en el artículo 15.5 ET), y el paralelo derecho del investigador a optar por ella, valorando como mérito el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo en cuestión.

3.1. Contrato predoctoral

La LCTI contempla un contrato de nuevo cuño para ordenar jurídicamente la relación de trabajo del personal investigador en los primeros momentos de su carrera profesional. Este contrato, basado en el modelo 0+4 (4 años de contratación laboral y ninguno de beca) viene a sustituir al modelo del 2+2 previsto en el RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprobó el Estatuto del Personal Investigador en Formación³⁴⁸. A través del nuevo modelo que instaura la Ley, la

³⁴⁷ Compárense, sino, en el ámbito de las Universidades Públicas, el contrato de “ayudante” que puede celebrarse con quienes hayan sido admitidos o estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de doctorado, y cuyo objeto consiste en completar la formación docente e investigadora de sus destinatarios (artículo 49, apartados a) y b) LOMLOU); y el contrato predoctoral que tiene como destinatarios aquellos que hayan sido admitidos a un programa de doctorado y cuya finalidad es la realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso (artículo 21.a) LCTI). O el contrato de ayudante doctor al que pueden acceder quienes estén en posesión de dicho título para realizar tareas docentes y de investigación (artículo 50 a) y b) LOMLOU); con el de acceso al SECTI que puede celebrarse también con doctores para realizar, asimismo, tareas de investigación que pueden complementar con otras de índole docente (artículo 22, apartados a), b) y e) LCTI).

³⁴⁸ No en vano, la D.A. 2ª de la LCTI ordena al Gobierno que, en el plazo de 2 años a

vinculación jurídica del personal investigador en formación con la entidad a la que se adscribe para realizar funciones de investigación es de carácter netamente laboral, dejando atrás el sistema de becas.

El contrato predoctoral es una modalidad de contrato de trabajo, de carácter temporal, que se justifica en los fines específicos a los que sirve el mismo, en esencia, la adquisición de formación en el terreno de la investigación. Se podría decir, por ello, que se trata de una submodalidad de contrato formativo. En este orden de ideas, como se tendrá oportunidad de analizar a continuación, no son pocas las previsiones contenidas en la LCTI que evocan el régimen jurídico particular previsto para dicho contrato formativo³⁴⁹.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LCTI, pueden celebrar este contrato, como empleadores, los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, los Organismos de Investigación de otras Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas, si bien en este último caso, únicamente cuando sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador, o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i³⁵⁰. Pese a esta previsión inicial, la LCTI amplía considerablemente los organismos y entidades que pueden acudir a este contrato. Así: las Universidades Privadas, y las de la Iglesia Católica, cuando sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador; y las entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas que incluyan en su objeto la contratación de personal investigador (D.A. primera)³⁵¹. Quedan excluidos como posibles empleadores las entidades privadas con ánimo de

partir de la entrada en vigor de la Ley, elabore un nuevo Estatuto del Personal Investigador en Formación (...) que incluirá las prescripciones recogidas en dicha Ley en relación con el contrato predoctoral. Asimismo, la D.T. 4ª de la LCTI prevé la adaptación de los programas de ayuda al personal investigador en formación financiados con fondos públicos al contenido de lo dispuesto en la LCTI para el contrato predoctoral.

³⁴⁹ Así, por ejemplo, la necesidad de estar en posesión de una titulación académica para poder celebrar el contrato, la limitación máxima de contratación establecida, ya sea en la misma o en distintas entidades, el régimen retributivo, o la incidencia de determinadas causas suspensivas en el cómputo de la duración del contrato.

³⁵⁰ En caso de no ser beneficiarias de dichos fondos, el trabajo del personal investigador en las Universidades se canalizará a través de las figuras contractuales previstas en la LOU o en el ET.

³⁵¹ Resulta criticable la técnica legislativa seguida por la LCTI en este tema, utilizando Disposiciones Adicionales y Finales para ampliar de forma considerable el número de empleadores que pueden recurrir a este contrato. Hubiera resultado más adecuado preverlo directamente en el texto de la Ley (para el caso, el art. 20).

lucro y, consiguientemente, las empresas privadas. Éstas deberán recurrir a los contratos laborales previstos con carácter general en la legislación laboral (ET y disposiciones de desarrollo) cuando deseen contratar personal investigador en formación.

Como trabajadores, podrán ser contratados por esta vía quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS, o master universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Por consiguiente, dos son los requisitos que debe cumplir el personal investigador para poder ser contratado mediante esta modalidad de contrato de trabajo. En primer lugar, estar en posesión de una titulación universitaria, en particular, cualquiera de las exigidas para poder acceder al doctorado de conformidad con lo establecido en el artículo 6 RD 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, y excluyendo las antiguas de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, y Arquitecto Técnico, al presuponer la Ley que éstas no habilitan para el ejercicio de la actividad investigadora. En segundo lugar, haber sido admitidos en un programa de doctorado, requisito que se acreditará mediante escrito expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso. De conformidad con tal requisito, no pueden celebrar este contrato quienes ya estén en posesión del título de doctor.

El objeto del contrato consiste en la realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, lo cual parece apuntar a que la finalidad última del contrato sea la realización de la tesis doctoral. Ello, habida cuenta la propia denominación que recibe el contrato – predoctoral –, o el hecho de que la Ley establezca como requisito inexcusable para poder celebrar el mismo haber sido admitido a un programa de doctorado³⁵². Ahora bien, dada la laxitud con la que se expresa la norma, puede entenderse que el objeto del contrato no tiene por qué ser en todos los casos la elaboración de la tesis doctoral, pudiendo venir constituido también el mismo por la realización de trabajos de

³⁵² En este sentido, afirma la doctrina que “a pesar de que la delimitación inicial del objeto del contrato podría plantear alguna duda al referirse genéricamente a la “realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso”, la posterior exigencia de que estas actividades se desarrollen por quienes “hayan sido admitidos a un programa de doctorado” pone de manifiesto que el proyecto específico y novedoso que constituye el objeto de este contrato equivale a la realización de la tesis doctoral”. Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la Ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 340, 2011, pp. 92 y 93.

investigación en el seno de un proyecto concreto y novedoso, quedando obligado, en cualquier caso, el destinatario del contrato a participar en el programa de doctorado correspondiente. Así pues, aunque lo más habitual será que el objeto del contrato esté dirigido a la realización de la tesis doctoral, no siempre tendrá por qué ser así, pudiendo también celebrar este contrato para participar en tareas específicas vinculadas al proyecto de investigación (piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de softwares concretos, la recogida y tratamiento de datos, la elaboración de artículos para su publicación en revistas científicas o presentaciones en Congresos, etc.).

Resulta llamativo que no se haya previsto como parte del contenido de este contrato, junto al desempeño de actividades de investigación, el desarrollo de tareas docentes. Sobre todo, si se tiene en cuenta lo dispuesto en la recomendación incluida en la Carta europea del Investigador en la que se constata una clara apuesta por la docencia como elemento fundamental para estructurar y difundir conocimientos y, por ende, como opción de sumo valor en las trayectorias profesionales de los investigadores, en el bien entendido de que las actividades docentes deben desarrollarse en su justa medida al objeto de no truncar la realización de las actividades de investigación, especialmente en el inicio de la carrera del personal investigador. Con esta omisión se rompe con una amplia tradición en la regulación española del sistema de becas en la que los becarios venían asumiendo responsabilidades docentes como complemento a sus tareas de investigación³⁵³.

La duración del contrato predoctoral no podrá ser inferior a un año ni exceder de cuatro, admitiéndose prórrogas no inferiores al año cuando el contrato se hubiera celebrado por tiempo inferior al máximo³⁵⁴. La actividad desarrollada por el investigador en formación será objeto de evaluación anual por parte de la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso, de la escuela de doctorado. La no superación de dicha evaluación puede suponer la resolución del contrato. Asimismo, se

³⁵³ Seguramente esta omisión responde a la voluntad legislativa de poner fin a una práctica bastante frecuente en España por parte de las entidades receptoras de becarios de investigación de atribuir cargas abusivas en las tareas docentes asignadas a los becarios en detrimento de su formación.

³⁵⁴ Excepcionalmente, empero, el contrato predoctoral podrá celebrarse (o prorrogarse) por períodos inferiores al año, singularmente, cuando el trabajador ya haya estado contratado previamente bajo esta modalidad y el tiempo que reste hasta el máximo de 4 años permitido (o de 6, tratándose de un discapacitado) sea inferior a 1 año. Artículo 21.c) LCTI, redactado de conformidad con la Disposición Final sexta de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

prohíbe que un mismo trabajador pueda estar contratado mediante esta modalidad en la misma o distinta entidad por tiempo superior a 4 años (incluidas las posibles prórrogas). Cuando el contrato se concierte con una persona con discapacidad, la duración máxima podrá alcanzar los 6 años, teniendo en cuenta las características de la actividad investigadora y el grado de las limitaciones en la actividad.

Por lo que atañe a la retribución del personal investigador contratado por esta vía, se encuentra sujeta a una doble limitación. Por un lado, se prevé que la retribución de este contrato no pueda ser inferior al 56% del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60% durante el tercer año, y al 75% durante el cuarto. Y, además, tampoco puede ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores. El inferior salario reconocido al personal investigador en formación se explica por la causa mixta a la que atiende el contrato predoctoral, en parte formativa, en parte productiva. El trabajador investigador contratado por esta vía, al tiempo que recibe un perfeccionamiento en su campo de conocimiento, revierte en el organismo que le contrata los frutos de su investigación (ya sea en forma de tesis doctoral, o en otro tipo de tareas – creación de software, etc. –). El hecho de que las limitaciones retributivas vayan en sentido ascendente también tiene sentido, pues es fácil suponer que cuanto mayor tiempo permanezca vinculado el trabajador con la entidad contratante, mayor nivel de formación y de especialización adquirirá prevaleciendo cada vez más el componente productivo sobre el formativo por lo que también es razonable que su retribución vaya en aumento.

Aunque tal previsión normativa en materia retributiva pudiera suscitar dudas de constitucionalidad al permitir fijar una retribución inferior a la prevista con carácter general para los trabajadores con contrato de trabajo común, dichas dudas se disipan aplicando la doctrina general que, a tales efectos, ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional español (TCO). En casos similares el TCO ha venido defendiendo la constitucionalidad de aquellas disposiciones normativas que introducen diferencias de trato siempre y cuando exista una justificación objetiva y razonable. De este modo, afirma el Alto Tribunal que “no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”³⁵⁵. Y, dentro de estas

³⁵⁵ STCo de 26 de abril de 1990 (RTC 76, FJ 9 A).

causas objetivas y razonables el TCo ha venido admitiendo el ingrediente formativo presente en algunos contratos³⁵⁶. Ingrediente que, como se ha venido defendiendo en este lugar, también está presente en el contrato predoctoral por lo que podría entenderse que es dicho componente formativo la razón objetiva que justifica la diferencia de trato retributivo en el contrato predoctoral, sin que pueda considerarse que dicha diferencia atente ningún principio o derecho constitucional.

En cualquier caso, resulta objetable el régimen retributivo establecido para el contrato predoctoral, previendo una retribución durante los dos primeros años de contratación más baja incluso que la dispuesta para el contrato de trabajo en prácticas. Así, en tanto que en el contrato predoctoral la retribución no puede resultar inferior al 56% del salario fijado para las categorías equivalentes durante los dos primeros años de contrato, en el de prácticas se impone como suelo mínimo el 60 o el 75% durante el primer o el segundo año de vigencia del contrato del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo. De este modo, si uno de los aspectos más criticados del sistema de becas anterior era la precariedad salarial a la que venían sometidos los becarios de investigación, no parece que pueda afirmarse que esta situación haya cambiado mucho con la nueva regulación contemplada en la LCTI, con el lastre que ello puede suponer a la hora de reclutar potenciales investigadores.

Como causa de extinción específica de este contrato se prevé la no superación de la evaluación de la actividad desarrollada por el investigador. A estos efectos, se exige que la actividad realizada por dicho personal sea evaluada anualmente por parte de la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, y de no resultar positiva, ello será justa causa para resolver el contrato.

³⁵⁶ En particular, así lo ha venido defendiendo el TCo en relación con los contratos formativos afirmando que es posible distinguir en el aspecto retributivo entre los trabajadores en prácticas o en formación y el resto de la plantilla puesto que “la distinción operaría en este caso sobre dos modalidades contractuales cuya causa no es la realización de un trabajo, sino también la puesta en práctica de unos conocimientos o el aprendizaje de una profesión u oficio, modalidades que por esa razón, ofrecen apreciables diferencias en la prestación de los servicios respecto de la relación laboral común”. STCo de 22 de julio de 1987 (RTC 136, FJ 6).

3.2. Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación

El contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI) tiene como precedente más inmediato al contrato para la incorporación de investigadores al sistema de Ciencia y Tecnología previsto en la Ley 13/1986. Este contrato se configura como un contrato de “transición” desde el momento en que se obtiene la titulación de doctorado y el de adquisición de un grado de perfeccionamiento y especialización profesional tales que le permitan estar en condiciones de ser contratado como personal laboral fijo. A través de este contrato se pretende proporcionar al personal investigador un alto nivel de cualificación profesional que garantice el desarrollo adecuado de su trabajo en el campo de la investigación. La LCTI prevé que a partir del segundo año de contratación (el contrato puede tener una duración máxima de 5 años), el investigador pueda solicitar la evaluación de la actividad investigadora desarrollada y, de obtener un resultado positivo, ésta podrá tenerse en cuenta como mérito en los procesos selectivos de personal laboral fijo que sean convocados por las Universidades Públicas, Organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado y Organismos de Investigación de otras Administraciones Públicas; o también en la evaluación positiva requerida en las Universidades Públicas para la contratación como Profesor Contratado Doctor. Con esta previsión se trata de facilitar al personal investigador la conversión del contrato temporal en otro de naturaleza indefinida.

El contrato se configura, además, como una submodalidad de contrato en prácticas, resultando de aplicación el régimen jurídico particular previsto en la LCTI para este contrato y, supletoriamente, el artículo 11.1 del ET (que, como es sabido, establece las líneas generales del régimen jurídico del contrato en prácticas). Pese a la llamada expresa que hace la LCTI a la regulación estatutaria prevista para el contrato de trabajo en prácticas, la finalidad del contrato de acceso al SECTI no parece que sea tanto de carácter formativo como de fomento del empleo³⁵⁷.

Entrando ya en el análisis del régimen jurídico de este contrato hay que señalar que pueden ser partes en el mismo, en calidad de empleadores, los mismos organismos y entidades ya vistos en relación con el contrato predoctoral; y en calidad de trabajadores, quienes estén en posesión del título de doctor o equivalente. A diferencia de lo que sucede con el de

³⁵⁷ En idéntico sentido se pronuncia Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia...”, *óp. cit.*, p. 101.

prácticas, la celebración del contrato de acceso al SECYT no queda supeditado a ningún plazo máximo desde la obtención del título de doctor (o equivalente).

La duración del contrato no puede ser inferior a 1 año ni superior a 5, admitiendo prórrogas sucesivas no inferiores a 1 año cuando el contrato se haya concertado por una duración inferior a 5 años. La norma prohíbe que un mismo trabajador esté contratado por esta vía más de 5 años en la misma o distinta entidad. La duración máxima de 5 años se aplica tanto si es en relación con un solo contrato como si lo es para varios, e independientemente también de que sea la misma, o distinta, la entidad contratante. Aunque la norma no recoge ninguna previsión expresa en relación con aquellos trabajadores que hayan sido previamente contratados a través del contrato de incorporación de investigadores al Sistema de Ciencia y Tecnología (regulado en la Ley 13/1986, de conformidad con la Ley 12/2001) y, particularmente, sobre si el tiempo de contratación bajo dicha modalidad contractual debe computar o no a efectos del tiempo máximo de contratación permitido bajo la modalidad del contrato de acceso al SECTI, parece que sí debe tenerse en cuenta aquella contratación dado que ambos contratos comparten idéntica naturaleza (no en vano el contrato de incorporación de investigadores al SECT es el precedente inmediato del contrato de acceso al SECTI).

Como complemento a las tareas de investigación propiamente dichas, el trabajador contratado por esta vía puede compatibilizar las mismas con el ejercicio de actividades docentes relacionadas con su campo de investigación, si bien el número de horas dedicadas a la actividad docente no puede exceder de 80 al año.

Por lo que atañe a la retribución del personal contratado mediante esta modalidad la norma exige que sea al menos igual a la que corresponda al personal investigador que realice análogas tareas. Como apunta algún autor esta regulación “restablece el principio de equivalencia retributiva entre el personal investigador contratado a través de esta modalidad singular de contrato en prácticas dirigida a la contratación de investigadores doctores y el personal investigador que realice idénticas o análogas actividades mediante otra vía de vinculación laboral o funcional”³⁵⁸. Se aparta así este contrato de una regulación que suele ser común a los trabajadores contratados en prácticas cual es la fijación de un salario inferior al del resto de los trabajadores que desempeñan análogas funciones al considerar que se trata de trabajadores que, a la vez que

³⁵⁸ Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia...”, *óp. cit.*, p. 105.

prestan sus servicios están recibiendo formación práctica relacionada con su titulación por lo que resultan menos productivos para la empresa. En el caso del personal investigador susceptible de ser contratado por esta vía se le presupone ya una sólida formación, estando dirigido su objeto a la consolidación de su experiencia profesional y a posibilitar su inserción en el SECTI. Con ello se pone de manifiesto que la finalidad de este contrato no es tanto la formativa como la de inserción en el mercado de trabajo, en este caso particular, al SECTI³⁵⁹. La comparación retributiva debe realizarse respecto del personal investigador que en el mismo organismo o entidad contratante realice tareas análogas, condición que, en el ámbito de las Universidades públicas se cumple con la categoría profesional de Ayudante Doctor³⁶⁰.

A partir del segundo año de contrato está previsto que el investigador contratado bajo esta modalidad pueda someter a evaluación la actividad investigadora desarrollada. Las evaluaciones tendrán en cuenta criterios de excelencia, y serán realizadas conforme a las normas de la Universidad u Organismo contratante, y contarán con un informe externo que tendrá carácter vinculante en caso de ser negativo, realizado por la ANECA o el órgano equivalente de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine en el caso de personal investigador contratado por Universidades Públicas; la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP) o el órgano equivalente que se determine en el seno de la Agencia Estatal de Investigación, en el caso de personal investigador contratado por Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado; o el órgano equivalente a la ANEP en las CC.AA., o en su defecto la ANEP, cuando el personal investigador haya sido contratado por Organismos de Investigación de otras Administraciones Públicas diferentes de la Administración General del Estado. En caso de no superar dicha primera evaluación, el personal investigador puede volver a someter a evaluación su actividad investigador y, de resultar positiva y tratándose de personal investigador que preste sus servicios para Universidades Públicas, se tendrá en cuenta como mérito investigador en el proceso de evaluación que debe superarse para la contratación como profesor contratado doctor. Asimismo, dicha evaluación positiva será valorada como mérito investigador en los procesos selectivos de personal investigador laboral fijo que sean

³⁵⁹ En idéntico sentido, Moreno Gené, J., *Ibidem*, p. 106.

³⁶⁰ Así lo defiende Marina Jalvo, B., “Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades Públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, Tecnología y la Innovación”, *Revista General Derecho Administrativo*, Iustel, n. 30, 2012, p. 12.

convocados por Universidades Públicas, Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y por los Organismos de Investigación de otras Administraciones Públicas. Como ya se ha apuntado, la posibilidad de someter a evaluación la actividad investigadora desarrollada a partir del segundo año de contrato facilita la transformación del contrato temporal en otro indefinido, sin que, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior (Ley 13/1986), la obtención de una evaluación negativa implique la resolución del contrato de trabajo, si no la posibilidad de volver a someter a una nueva evaluación la actividad investigadora (caso de ser la primera). Ahora bien, de obtener un resultado negativo en esta nueva evaluación, dicha actividad ya no podrá ser alegada como mérito en los procesos selectivos correspondientes.

3.3. Contrato de investigador distinguido

El tercer y último contrato laboral que recoge la LCTI es el de investigador distinguido, dirigido a investigadores – españoles o extranjeros – de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico que estén en posesión del título de doctor³⁶¹. A través de este contrato, el investigador distinguido se compromete a realizar actividades de investigación o a dirigir equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, dentro del marco de las funciones y objetivos del empleador.

La duración del contrato será la que las partes acuerden por lo que podrá celebrarse por tiempo indefinido o por tiempo determinado en función de la naturaleza de la actividad a desarrollar. No obstante, la norma no concreta el tipo de tareas que pueden justificar la celebración del contrato por tiempo determinado, rompiendo así el principio de causalidad típico del ordenamiento laboral español en materia de contratación temporal.

La LCTI también deja en manos de la autonomía de la voluntad la fijación de la jornada de trabajo y del régimen de descansos y permisos.

A diferencia de lo que sucede en la legislación laboral común en la que está previsto que el trabajador pueda celebrar otros contratos de trabajo salvo que se produzca concurrencia desleal o exista pacto expreso de plena dedicación a cambio de una compensación económica, la LCTI

³⁶¹ En calidad de empleadores pueden intervenir los mismos organismos y entidades ya vistos para el contrato predoctoral y el contrato de acceso al SECYT.

prohíbe al investigador contratado por esta vía la realización de otro tipo de trabajo de naturaleza laboral, salvo autorización expresa de la entidad contratante o pacto escrito en contrario. Así pues, se invierten los términos previstos con carácter general en la legislación laboral común prohibiendo *ex lege* al investigador la posibilidad de entablar vínculos jurídico-laborales con otros organismos, salvo autorización expresa por parte de la entidad contratante o existencia de pacto escrito en contrario.

En materia de extinción, se prevé como causa específica de este contrato el desistimiento *ad nutum* del empleador, constituyendo dicha previsión una excepción al régimen laboral común que únicamente reconoce el derecho del empleador a resolver unilateralmente el contrato de trabajo cuando exista causa para ello. Esta causa extintiva da lugar a la indemnización prevista en el ET para el despido improcedente (33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades), aparte la hipotética indemnización que pueda derivar por el incumplimiento empresarial del plazo de preaviso de 3 meses previsto en la norma (equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido).

3.4. El contrato para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica

Tal como se ha anticipado al comienzo de este apartado, la LCTI prevé que, además, de las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador, éste pueda ser contratado mediante las modalidades de contrato de trabajo establecidas en el ET. Dentro de estas últimas cobra especial relevancia el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación, científica y técnica, respecto del cual la LCTI no introduce un régimen jurídico particular debiendo entenderse por ello que resultan aplicables a este contrato las previsiones generales establecidas en el ET y su normativa de desarrollo para el contrato de obra o servicio (salvo las matizaciones que se comentarán a continuación), limitándose únicamente aquella norma a reconocer la posibilidad de celebrar este contrato para contratar personal investigador y técnico por parte de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, y otros agentes de ejecución³⁶². Ahora bien, como excepción al régimen jurídico común se

³⁶² En particular, el Museo Nacional del Prado, la Biblioteca Nacional de España, el

prevé que no resultan de aplicación a este contrato las limitaciones establecidas en materia de duración máxima para el de obra o servicio determinado (3 años o hasta 12 meses más si así se establece por convenio colectivo sectorial), ni tampoco lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 15.5 ET en materia de encadenamiento de contratos temporales³⁶³. En suma, el tope máximo de duración previsto con carácter general para el contrato de obra o servicio determinado no resulta aplicable cuando dicho contrato esté vinculado a un proyecto específico de investigación científica y/o técnica, pudiendo prolongarse su vigencia más allá de los 3 años (o de 4, en su caso) si el proyecto aún no hubiera finalizado, hasta el momento en que aquél se dé por terminado. Ni tampoco resulta extrapolable a este contrato la regla de encadenamiento prohibido prevista en el ET. Ello va a permitir que el personal investigador contratado por esta vía pueda permanecer vinculado con la misma entidad pública empleadora durante períodos que pueden resultar excesivos, dando lugar a situaciones precarias que no resultan respetuosas con el principio de estabilidad en el empleo proclamado en la Carta Europea del Investigador y en el propio ordenamiento laboral español. Regulación que puede entenderse, por ello, contraria a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999, dictada en prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos.

4. Conclusiones

En España ha sido tradicional que la prestación de servicios de los investigadores, sobre todo en el ámbito público y en los inicios de su carrera profesional, se canalizara a través del sistema de becas. La ausencia de una regulación legal para los becarios que estableciera unas mínimas garantías en cuanto a condiciones laborales, salariales y de protección social, ha dado lugar a no pocos abusos de este colectivo. Sin embargo, en la última década ha tenido lugar una sustitución progresiva de este sistema por otro de contratación laboral con el afán de dotar de un mejor status jurídico-laboral y social a este colectivo. En este proceso ha jugado un

Instituto de Patrimonio Cultural de España, la Filmoteca Española, adscrita al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, los museos y archivos de titularidad y gestión estatal, la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional, el Centro Nacional de Información Geográfica, y las Reales Academias Asociadas vinculadas con el Instituto de España (Disposición Adicional decimocuarta LCTI).

³⁶³ Así lo establecen la D.A. vigesimotercera de la LCTI, y la D.A. decimoquinta del ET, párrafos 2º y 3º.

papel relevante la LCTI, en la que se diseña un sistema de contratación laboral que comprende diversos estadios en función de la fase profesional en que se encuentre el personal investigador: período de formación, de especialización, y de transferencia de la experiencia ya consolidada. En este sentido, no cabe negar el avance que ha supuesto esta Ley en el régimen jurídico de los trabajadores de la investigación que desarrollan su actividad en el sector público, extendiendo a este colectivo la aplicación de las normas jurídico-laborales.

Pero el sistema de contratación del personal investigador en España continúa presentando ciertas “sombras”.

Aparte los reproches particulares que puedan hacerse en relación con las distintas modalidades de contrato de trabajo recogidas en la LCTI (bajos salarios o la no previsión de tareas docentes dentro del objeto del contrato predoctoral – como componente importante en el *iter* formativo –; o la excepción al principio de causalidad típico en la contratación laboral temporal, en el contrato de investigador distinguido...), y el reproche que cabe hacer al Gobierno por no haber dictado aún las disposiciones necesarias para el desarrollo de los contenidos de la LCTI, ni haber procedido a elaborar el estatuto del personal investigador en formación³⁶⁴, como críticas generales al sistema de contratación laboral temporal del personal investigador cabe dar cuenta, cuando menos, de lo siguiente. En primer lugar, resulta objetable la diversidad de regímenes jurídicos aplicables al personal investigador en función del carácter público o privado de la entidad empleadora. Así, en tanto que para los investigadores contratados por organismos públicos rige la LCTI, debiendo canalizarse estos contratos a través del contrato predoctoral, el de acceso al SECTI o el de investigador distinguido, y subsidiariamente, por las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el ET, las empresas privadas con ánimo de lucro únicamente pueden recurrir a estos últimos³⁶⁵. Pero, incluso dentro de la Administración Pública se prevén diferentes vías de contratación laboral de los investigadores según cuál sea el organismo público empleador. En este sentido, la LOMLOU contempla modalidades de contrato de trabajo singulares, de aplicación exclusiva en el ámbito de las Universidades públicas, sin perjuicio de la posible utilización también de los contratos laborales establecidos en la LCTI (cuando aquéllas sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la

³⁶⁴ Tal como demandan la Disposición Final décima y la Disposición Adicional segunda de dicha norma, respectivamente.

³⁶⁵ Aunque, dentro del sector privado, también las Universidades Privadas o de la Iglesia Católica pueden recurrir a los contratos previstos en la LCTI, cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador.

contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus propios programas de I+D+i), y de los recogidos en el ET.

Asimismo, resulta criticable el hecho de que a buena parte de los contratos temporales del sector público de la investigación no se les aplique las reglas concernientes a la duración máxima del contrato de obra o servicio determinado ni del encadenamiento prohibido; o, al menos, que no se hayan previsto soluciones particulares en estos supuestos teniendo en cuenta las especificidades de la actividad investigadora. Situación que resulta especialmente gravosa en este ámbito teniendo en cuenta la coincidencia de “objeto” que presentan algunos de estos contratos.

Tampoco parece de recibo, en última instancia, la inexistencia de un plan de financiación de carácter estable que garantice una política coherente para la contratación del personal investigador, dejando a la suerte de las Leyes presupuestarias anuales la provisión de los fondos que se estimen convenientes en cada ejercicio económico, lo cual provoca que el sistema sea especialmente sensible a las vicisitudes políticas en función de los diferentes partidos en el poder.

El resultado de todo ello es un sistema de contratación laboral enormemente complejo, falto de coherencia y que presenta signos claros de precariedad laboral, tanto en el momento de “entrada” de los investigadores al Sistema público español de Ciencia, Tecnología e Innovación (con el reconocimiento de niveles retributivos excesivamente bajos), como durante su permanencia en él. Se puede afirmar, por ello, que a fecha de hoy, el ordenamiento jurídico español no ha garantizado de modo suficiente el principio de estabilidad en la contratación laboral del personal investigador.

5. Bibliografía

- Ballester Laguna, F., “La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador”, *Revista Derecho Social*, n. 68, 2014.
- Carbajo Nogal, C., “Financiación y captación de fondos en el ámbito de la educación superior: objetivo prioritario”, en AA.VV., *La reforma del régimen jurídico universitario*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Cristóbal Roncero, R., “El personal investigador en formación: un contrato común con peculiaridades”, *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, n. 83, 2009.

Fernández Díez, A., “Contratos laborales específicos del personal investigador en las Administraciones u Organismos Públicos”, *Información Laboral*, Lex Nova, n. 7, 2011.

Marina Jalvo, B., “Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades Públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, Tecnología y la Innovación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 30.

Moreno Gené, J., “El personal investigador en formación ¿Becarios o trabajadores?”, *Temas Laborales*, n. 78, 2005.

Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la Ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 340, 2011.

Palomeque López, M.C., “Las relaciones jurídicas de formación a través de beca o estipendio”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 83, 2009.

¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE*

Fernando BALLESTER LAGUNA**

RESUMEN: El presente trabajo se plantea responder a la pregunta de si la legislación española se adecúa o no a la Directiva 1999/70/CE, desde la perspectiva de la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el ámbito de la investigación.

Tras un detenido análisis de esta problemática, se detectan ciertas disfunciones que permiten concluir que la legislación española no ha hecho lo suficiente para atajar la precariedad del personal investigador en el sector público, que puede permanecer muchos años (demasiados) vinculado con contratos de naturaleza temporal. En el trabajo se identifican tales disfunciones y se proponen las medidas necesarias para superarlas.

Palabras clave: Personal investigador, contratación temporal, encadenamiento contractual, precariedad en el empleo, Directiva 1999/70/CE.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Directiva 1999/70 CE. 3. Su trasposición al derecho español. 3.1. Los contratos temporales del personal investigador afectados por la prohibición de encadenamiento. 4. Su adecuación a la Directiva 1999/70/CE. 4.1. Los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante. 4.2. Los contratos predoctoral, de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y de investigador distinguido. 4.3. La necesaria coordinación de los contratos de ayudante, ayudante doctor, predoctoral y de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación en el ámbito de las universidades públicas. 4.4. El contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación científica o técnica. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Realizado en el marco del Proyecto de investigación n. 91, 2015, concedido por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) sobre el *Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*.

** Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

1. Introducción

Responder a la pregunta de si la legislación española se adecúa o no a la Directiva 1999/70/CE, desde la perspectiva de la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el ámbito de la investigación, no es tarea fácil. Hasta la fecha no se ha emitido ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre el particular. Y dar una respuesta categórica sobre la cuestión se antoja complicado a la luz del carácter abierto de la Directiva y de las interpretaciones, muchas veces laxas, que se vienen realizando de la misma. Incluso hay quienes estarían dispuestos a afirmar que el ordenamiento jurídico español se podría haber ahorrado la implementación de esta Directiva comunitaria, argumentando que el derecho español del trabajo ya poseía, antes de la aprobación de aquélla, numerosos instrumentos para luchar contra la precariedad en el empleo y situar la temporalidad en sus justos términos. Sin embargo, esta idea, que dejaría sin objeto el presente trabajo, no deja de ser un espejismo, pues sin desconocer por mi parte que ese tipo de medidas existen, lo cierto es que se han revelado insuficientes, como lo demuestran las enormes tasas de temporalidad que existen en nuestro país³⁶⁶. Sea como fuere, la Directiva 1999/70/CE se traspuso al ordenamiento jurídico español, existiendo en la actualidad una prohibición de encadenamiento contractual de amplio espectro. De ahí que las exclusiones a la aplicación de esta regla general prohibitiva deban aparecer convenientemente justificadas. En el caso que centra nuestro interés, referido a los contratos de trabajo temporales del personal investigador, se da la circunstancia añadida de que el grueso de las exclusiones del ámbito de la prohibición de encadenamiento contractual son selectivas, produciéndose respecto de unos mismos tipos contractuales en el ámbito del empleo público y no, en cambio, en el sector privado. De ahí que se deba extremar todavía más si cabe el control de adecuación, si no queremos avalar auténticos privilegios de las administraciones públicas.

El trabajo se estructura en torno a los siguientes puntos: 1) el contenido de la Directiva 1999/70/CE; 2) su implementación en el ordenamiento jurídico español, con especial referencia al tratamiento dispensado a los contratos de trabajo temporales del personal investigador; 3) la adecuación de la regulación interna a la Directiva comunitaria; y 4) conclusiones.

³⁶⁶ En el año 2014 la tasa de temporalidad en España se situó en el 24%, siendo una de las más altas de la Unión Europea, tan solo por detrás de Polonia. Fuente: Eurostat, 2015. http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsq_etpga&lang=en.

Dada la amplitud de los contenidos a tratar y las limitaciones de espacio impuestas, el tratamiento referido tanto al contenido de la Directiva como a su implementación al derecho interno será necesariamente breve y sintético, desarrollando más ampliamente la problemática sobre la adecuación de la regulación española al derecho comunitario (el objeto de este estudio) y terminando con unas concisas conclusiones.

2. La Directiva 1999/70/CE

Como es sabido, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (DOCE de 10 de julio), hace suyo el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Dado que se trata de una materia común en el ámbito de la Unión Europea, además de sobradamente conocida, me limitaré a exponer las líneas maestras de su contenido, poniendo el acento en los aspectos que más interesan a este análisis.

I. El Acuerdo Marco parte de una serie de consideraciones sobre el binomio contrato indefinido – contrato temporal que le servirán para articular determinadas medidas. De una parte, se afirma que los contratos de trabajo indefinidos son – o deben ser, diría yo – la forma más común de relación laboral, contribuyendo a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a la mejora de su rendimiento. Sin embargo, también se reconoce que los contratos de trabajo de duración determinada son un instrumento de la “flexibilidad”, la cual se debe acompañar – equilibrar – con la “seguridad”. Al tiempo se afirma que los contratos temporales son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades, e inclusive pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores, destacando asimismo que más de la mitad de los trabajadores con contratos de duración determinada en la Unión Europea son mujeres, y que, por lo tanto, el Acuerdo puede contribuir a mejorar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

II. Partiendo de tales premisas, el Acuerdo se marca dos objetivos nucleares (Cláusula 1): a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada³⁶⁷.

³⁶⁷ Aunque no se recoja en la Cláusula 1. Objeto, se contemplan también determinados derechos de información y oportunidades de empleo a favor de los trabajadores temporales, en relación con la existencia de puestos vacantes de carácter permanente, así como el acceso a la formación adecuada para mejorar su cualificación profesional, el

III. Por lo que se refiere al ámbito del Acuerdo (Cláusula 2), se aplica a los trabajadores sujetos a una relación laboral de duración determinada. La jurisprudencia comunitaria es pacífica en considerar que el Acuerdo rige tanto en el ámbito del empleo privado como en el sector público³⁶⁸. Finalmente, el Acuerdo autoriza a los Estados miembros a excluir su aplicación respecto de: a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje; b) los contratos o relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenidos por los poderes públicos.

IV. En relación con el tema que centra nuestra atención (prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada), la Cláusula 5 del Acuerdo insta a los Estados miembros a introducir, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales de duración determinada. Se prevé igualmente que los Estados miembros determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo de duración determinada se considerarán “sucesivos” y se considerarán celebrados por tiempo indefinido. La jurisprudencia comunitaria ha precisado en este punto que la conversión del contrato temporal en indefinido no se cierne de modo inevitable, pudiendo preverse sanciones distintas por la utilización abusiva de la contratación temporal sucesiva³⁶⁹.

V. El presupuesto para que los Estados miembros estén obligados a introducir alguna o algunas de las medidas a las que se acaba de hacer

desarrollo de su carrera profesional y su movilidad profesional (Cláusula 6). También se reconocen derechos de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores sobre el volumen de trabajo de duración determinada existente en la empresa, el cual deberá ser tenido en cuenta para calcular el límite a partir del cual pueden constituirse los órganos de representación de los trabajadores en las empresas (Cláusula 7).

³⁶⁸ Un completo análisis de la jurisprudencia comunitaria del periodo 2005-2008 relativa a la aplicación de la Directiva 1999/70/CE en relación con las administraciones públicas puede encontrarse en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La contratación temporal en las administraciones públicas y la Directiva 1999/70 (I, II y III)”, *Relaciones Laborales*, n. 21 de 2011, n. 1 de 2012 y n. 3 de 2012.

³⁶⁹ ATJUE (Sala Octava) de 11 de diciembre de 2014, apartado 47; STJUE (Sala Tercera) 3 de julio de 2014; STJUE (Sala Sexta) de 8 de marzo de 2012. Tanto el Auto como las Sentencias citan otras resoluciones anteriores en el mismo sentido.

referencia en el punto IV, es que no existan ya medidas legales equivalentes en el derecho interno para prevenir los abusos (Cláusula 5). Se reconoce también la naturaleza de norma mínima del Acuerdo, de tal modo que los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el Acuerdo (Cláusula 8). Al tiempo se veta que la aplicación del Acuerdo pueda constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores existente (Cláusula 8).

Así pues la Directiva 1999/70/CE se marca como uno de sus objetivos prioritarios prevenir los abusos derivados de la contratación temporal sucesiva, tanto en el ámbito del empleo privado como en el sector público, existiendo una amplia libertad de los Estados miembros en cuanto a las medidas a arbitrar para ello, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias medidas enunciadas en la Cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco, o incluso a medidas legales existentes que sean equivalentes, y ello teniendo en cuentas las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores. De ahí en parte la complejidad del análisis de la adecuación de la regulación interna de cada país a las exigencias de la normativa comunitaria.

3. Su trasposición al derecho español

La trasposición en España de la Directiva 1999/70/CE se produjo de la mano de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), aunque la regulación ha experimentado importantes cambios hasta llegar a su régimen jurídico actual, fruto de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre).

Más concretamente, el vigente artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) impide que un mismo trabajador³⁷⁰ haya estado vinculado con dos o más contratos de duración determinada (ya se verá cuales), con o sin solución de continuidad entre ellos, por un periodo superior a veinticuatro meses computados dentro de un arco temporal de treinta meses. Esta regla opera, además, partiendo de la premisa de que los contratos temporales celebrados no están aquejados por ninguna irregularidad relevante, remitiendo a las previsiones específicas correspondientes cuando se incurre en fraude de ley en la contratación

³⁷⁰ Cuando son distintos trabajadores quienes ocupan sucesivamente el mismo puesto de trabajo, el apartado 3 del artículo 15.5 ET remite a la negociación colectiva para el establecimiento de medidas tendentes a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal.

(apartado 3 del artículo 15 ET), se sobrepasa la duración máxima posible del contrato para obra o servicio determinado (apartado 1, letra a, artículo 15 ET) o se infringe la obligación de alta en la Seguridad Social habiendo transcurrido un plazo igual o superior al legalmente posible como de periodo de prueba (apartado 2 del artículo 15 ET)³⁷¹. A los efectos de esta regla es indiferente que durante el encadenamiento contractual el trabajador ocupe el mismo o distinto puesto de trabajo, con la misma empresa o grupo de empresas, contratado directamente o mediante su puesta a disposición en el marco de las empresas de trabajo temporal e, inclusive, cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Sin embargo, la limitación no afecta a los contratos formativos, de interinidad o relevo, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales utilizados por las empresas de inserción debidamente registradas cuando el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

La consecuencia jurídica aparejada a su incumplimiento consiste en la adquisición de la condición de trabajador fijo de la empresa. Directamente relacionado con ello, el apartado 9 del artículo 15 ET establece la obligación empresarial de facilitar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos anteriormente indicados, un documento justificativo de su nueva condición de trabajador fijo. También el trabajador podrá solicitar por escrito al servicio público de empleo competente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su nuevo status. El servicio público de empleo emitirá dicho documento y lo pondrá asimismo en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios.

Por su parte, la disposición adicional 15^a ET se refiere a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las administraciones públicas, estableciendo las siguientes previsiones: 1) declara aplicable el contenido del artículo 15.5 ET también en el ámbito de las

³⁷¹ O, aunque no se explicita en el artículo 15.5 ET, ante la falta de denuncia de los contratos temporales y la continuación en la prestación de servicios por parte del trabajador, siempre y cuando el contrato no resulte prorrogable (artículo 8.2 ET), o por el incumplimiento de la forma escrita en los contratos temporales – la mayoría – que así lo requieren (artículo 49 1, letra c, ET). Los efectos aparejados a cualquiera de estos incumplimientos consisten en la conversión (que opera bajo la fórmula de una presunción, que puede ser *ius tantum* o *ius et de iure*, según los casos) del contrato temporal suscrito en un contrato por tiempo indefinido.

administraciones públicas y de sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de las exigencias anudadas a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículo 103.3 de la Constitución española – en adelante, CE –), declarándose que la adquisición de fijeza no será obstáculo al cumplimiento de la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios. Se afirma, asimismo, que el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta su cobertura definitiva, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, a no ser que el trabajador en cuestión acceda al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo; 2) otra singularidad consiste en la aplicación del límite a la concatenación de los contratos en el ámbito de cada una de las administraciones públicas, sin que formen parte de ellas los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de aquéllas que, a estos solos efectos, se consideran empleadores distintos (dicho de otro modo, se acuña un concepto más estricto de empleador que el introducido en el ámbito del empleo privado); y 3) se amplía el catálogo de contratos temporales que no resultan afectados por la prohibición, los cuales se identifican difusamente como las modalidades particulares de contratos de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

Directamente relacionada con la problemática objeto de estudio hay que considerar también la disposición adicional 23ª de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, LC), que bajo el título de “Normas comunes a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica”, exceptúa expresamente estos contratos de obra o servicio determinado de la prohibición de concatenación contractual.

Como puede observarse, el artículo 15.5 ET, aplicable en principio tanto en el ámbito de la empresa privada como en el empleo público, prohíbe ciertas concatenaciones contractuales que afectan a todos los contratos de naturaleza temporal, a excepción de los expresamente excluidos de la prohibición: *“los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”*. De este modo, es posible afirmar la existencia de una regla general prohibitiva, dado el potencial alcance expansivo que posee la prohibición: excepto los contratos expresamente

excluidos todos los demás son alcanzados por aquélla. Por su parte, la disposición adicional 15ª ET amplía el catálogo de contratos temporales que escapan a esta regla general prohibitiva en el ámbito de las administraciones públicas, pero lo hace empleando una fórmula tan abierta – nada más y nada menos que todas “*las modalidades particulares de contratos de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley*” – que lo que posee en estos casos un potencial alcance expansivo no es la regla general prohibitiva sino, por el contrario, las excepciones a la aplicación de dicha regla.

Es muy probable que algunas de las disfunciones que serán analizadas en el punto 4 guarden relación con esta técnica de regulación empleada. Pero lo que no ofrece lugar a dudas es que la fórmula escogida por la disposición adicional 15ª ET para ampliar el catálogo de exclusiones del ámbito de la prohibición en el sector público es desafortunada, pudiendo contribuir a un paulatino vaciamiento de la prohibición de encadenamiento contractual en relación con las administraciones públicas³⁷². Por ello, considero mucho más adecuado identificar singularmente cada uno de los contratos temporales que escapan a la aplicación de la regla general prohibitiva, en lugar de la fórmula general y abstracta acuñada por la disposición adicional 15ª ET.

3.1. Los contratos temporales del personal investigador afectados por la prohibición de encadenamiento

La prestación de servicios del personal investigador en España ha ido experimentando paulatinamente cierto proceso de laboralización³⁷³, existiendo en la actualidad una multiplicidad de contratos de trabajo que le

³⁷² Véase Serrano Argüello, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 36, Iustel, 2014, pp. 120, 124 y 125, quien considera que la disposiciones adicionales 15ª ET y 23ª LC no se ajustan a las exigencias de la Directiva 1999/70 a la vista de su formulación general y abstracta. Por su parte, en una valoración general de las reglas aplicables Lahera Forteza, J. ha puesto de manifiesto que “la proyección de las reglas del encadenamiento de contratos apenas tiene incidencia en la lucha contra la temporalidad del sector público” [en “La reforma de la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 21, 2010, p. 13].

³⁷³ Por todos, Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. ¿El final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros (CEF), n. 340, 2011, pp. 82 a 88.

sirven de soporte, aunque a los efectos de este estudio tan solo interesan los contratos de naturaleza temporal suscritos por el personal investigador, esto es, por quienes *“estando en posesión de la titulación exigida en cada caso, lleva(n) a cabo una actividad investigadora, entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación”* (artículo 13.1, párrafo 1º LC); también se considera personal investigador *“el personal docente e investigador definido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras”* (artículo 13.1, párrafo 2º LC)³⁷⁴.

En el ámbito universitario, destacan los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante, que no existen fuera de las universidades, las cuales sin embargo pueden recurrir también a otros contratos de duración determinada, como el contrato de obra o servicio determinado. A este respecto conviene clarificar que los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante, constituyen figuras contractuales propias y exclusivas del ámbito universitario público, mientras que los contratos de trabajo para obra o servicio determinado poseen un alcance más amplio, pudiendo ser concertados también por las universidades privadas.

Más allá del marco estrictamente universitario, pero también dentro del mismo, la Ley de la Ciencia recoge otros contratos laborales específicos, señaladamente, el contrato predoctoral, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y el contrato de investigador distinguido, los cuales pueden convivir con las modalidades contractuales establecidas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores destacando, de nuevo aquí, el contrato de trabajo para obra o servicio determinado³⁷⁵.

³⁷⁴ Quedan fuera de nuestro interés tanto los contratos indefinidos como aquellos otros de naturaleza temporal que no incluyan entre sus cometidos la actividad investigadora propiamente dicha. Como ejemplo de los primeros (contratos indefinidos), cabe destacar la figura del profesor contratado doctor regulada en el artículo 52 LOU, pudiéndose citar también en este mismo sentido los “procesos selectivos del personal laboral fijo”, a los que se refiere el artículo 22.3 LC y otras normas dispersas de la misma ley, los cuales pueden desembocar en una contratación por tiempo indefinido. Como muestra de los segundos (contratos temporales cuyo objeto no incluya la investigación), destacan los profesores asociados, cuya contratación se circunscribe al desempeño de tareas meramente docentes a través de las cuales se pueden aportar los conocimientos y la experiencia de determinados especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito universitario (artículo 53 LOU).

³⁷⁵ En cuanto a los empleadores que pueden hacer uso de todos – o de la mayoría de – estos tipos contractuales son los siguientes (artículo 20.2, disposiciones adicionales 1ª, 4ª,

Enunciados los principales contratos de trabajo temporales que puede suscribir el personal investigador, procede analizarlos desde la perspectiva de su afectación o no por la prohibición de encadenamiento contractual a que se refieren los artículos 15.5 ET, la disposición adicional 15ª ET y la disposición adicional 23ª LC. Un objetivo ciertamente arduo considerando la diversidad de figuras contractuales implicadas, así como las dificultades interpretativas que se suscitan sobre el particular. Por ello, y teniendo en cuenta las limitaciones de espacio del presente trabajo, me limitaré a identificar qué contratos están afectados por la prohibición de encadenamiento y cuáles no, remitiendo a un estudio previo mío³⁷⁶ para

14ª y 27ª, y disposición final 8ª LC): 1) los organismos públicos de investigación de la administración general del estado (incluido el Instituto de Astrofísica de Canarias); 2) los organismos de investigación de otras administraciones públicas; 3) las universidades públicas, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i; 4) universidades privadas y universidades de la iglesia católica, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador; 5) entidades privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico, generen conocimiento científico o tecnológico, faciliten su aplicación y transferencia o proporcionen servicios de apoyo a la innovación a las entidades empresariales. Además, se requiere que sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas que tengan como objeto la contratación de personal investigador concedidas en el marco de la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología o de la Estrategia Española de Innovación, mediante la utilización de estos tipos de contratos de trabajo – a excepción de la figura del investigador distinguido, cuya utilización no se posibilita a estas entidades privadas –; 6) consorcios públicos y fundaciones del sector público cuyo fin u objeto social comprenda la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica o de prestación de servicios tecnológicos, o aquellas otras de carácter complementario necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad. Dichas actividades deberán formar parte de los programas de desarrollo del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica, y de Innovación o del Plan Estatal de Innovación; 7) otros organismos de investigación de la administración general del estado distintos de los organismos públicos de investigación a que se ha hecho referencia en el punto 1), siempre y cuando sean beneficiarios de ayudas o subvenciones públicas que incluyan en su objeto la contratación de personal investigador (excluyéndose la figura del investigador distinguido); 8) el personal del Sistema Nacional de Salud que, junto a la actividad asistencial, desempeñe actividad investigadora (a excepción del contrato de investigador distinguido); 9) otros agentes de ejecución de la administración general del estado (el Museo Nacional del Prado, la Biblioteca Nacional de España, el Instituto de Patrimonio Cultural de España, la Filmoteca Española, y un largo etcétera) podrán contratar personal investigador de carácter temporal para la realización de proyectos de investigación científica y técnica de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.1 a ET (esto es, a través del contrato para obra o servicio determinado).

³⁷⁶ Ballester Laguna, F., “La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador”, *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014, pp. 209 a 234.

quien esté interesado en un análisis completo de lo que aquí tan solo se puede exponer sintéticamente. A saber:

I. Las figuras contractuales propias y exclusivas del ámbito universitario público (ayudante, ayudante doctor y profesor visitante) no están afectadas por la prohibición de encadenamiento (disposición adicional 15ª ET).

II. Tampoco están afectadas por dicha prohibición las modalidades específicas del contrato de trabajo reguladas en la Ley de la Ciencia (contrato predoctoral, contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y contrato de investigador distinguido), cuando estas figuras contractuales se desenvuelven en el ámbito del empleo público (disposición adicional 15ª ET). Sin embargo, cuando estos mismos contratos se conciertan con universidades privadas (incluidas las de la iglesia católica), o con ciertas entidades privadas sin ánimo de lucro, entonces sí resultan afectadas por la prohibición de encadenamiento contenida en el artículo 15.5 ET.

III. Esta disparidad de tratamiento jurídico emerge, de nuevo, en relación con el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos de investigación científica o técnica, al menos si acaba por imponerse la tesis – al parecer, mayoritaria – que afirma que las disposiciones adicionales 15ª ET y 23ª LC han optado por considerar expresamente estos contratos como “modalidades particulares” del contrato de trabajo establecidas en la Ley Orgánica de Universidades y en la Ley de la Ciencia, las cuales escapan a la prohibición que se viene analizando, en el seno de las administraciones públicas. Ello a diferencia de lo que sucede con este mismo contrato de obra o servicio determinado cuando los empleadores tuvieran naturaleza jurídica privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.5 ET.

Como puede apreciarse, un tratamiento jurídico muy dispar, que depende del tipo de contrato y/o del ámbito público o privado en el que aquél se desenvuelve, lo cual debe ser analizado (ahora sí) pormenorizadamente desde la perspectiva de su adecuación o no a la Directiva 1999/70/CE.

4. Su adecuación a la Directiva 1999/70/CE

4.1. Los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante

Empezando el análisis por los contratos temporales propios y exclusivos de las universidades públicas (ayudante, ayudante doctor y profesor

visitante), considero que su exclusión de las reglas sobre el encadenamiento contractual prohibido es acorde con la Directiva comunitaria, en atención a las características que poseen estos contratos. Así, el contrato de ayudante (artículo 49 LOU) se puede concertar por quienes hayan sido admitidos (o estén en condiciones de serlo) en los estudios de doctorado, con la finalidad principal de completar la formación docente e investigadora de dichas personas. Las tareas docentes se limitan a su colaboración en las clases prácticas hasta un máximo de 60 horas anuales y, aunque no se diga expresamente, la investigación tiene por objeto primordial realizar la tesis doctoral. El contrato es de naturaleza temporal y a tiempo completo, entre un mínimo de un año y un máximo de cinco, pudiéndose prorrogar cuando se concierte por una duración inicial inferior a la máxima posible. Agotada su duración máxima el contrato ya no se podrá concertar de nuevo con la misma persona. Por su parte, el contrato de ayudante doctor (artículo 50 LOU) se puede celebrar con aquellos doctores que hayan obtenido la previa evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o del correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, siendo mérito preferente para la contratación la estancia del candidato en universidades o en centros de investigación de reconocido prestigio, españoles o extranjeros, distintos de la universidad que lleva a cabo la contratación. El objeto de este contrato, identificado con gran amplitud, consiste en desarrollar tareas docentes e investigadoras. Y, al igual que en el caso anterior, el contrato será de carácter temporal y a jornada completa, con una duración entre uno y cinco años, pudiéndose prorrogar si se hubiere concertado por una duración inicial inferior a la máxima. Una vez agotada su duración máxima, el contrato ya no se podrá celebrar de nuevo con el mismo investigador. Se prevé, además, que el tiempo total de duración conjunta entre esta figura contractual (ayudante doctor) y la anteriormente descrita (ayudante), no podrá exceder de ocho años en la misma o en distinta universidad.

Como puede apreciarse, las figuras de ayudante y ayudante doctor han sido concebidas como un tándem de contratos temporales, sucesivamente concertados, que encierran una valoración propia y más dilatada de la temporalidad en que puede permanecer el personal docente e investigador en su carrera profesional, antes de consolidarse en el empleo³⁷⁷; valoración

³⁷⁷ Una explicación similar en Goerlich Peset, J.M^a, “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010, p. 59; Rodríguez Escanciano, S., “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 334,

que excede de los estrechos márgenes de la prohibición de encadenamiento contractual a que nos venimos refiriendo. Así, obviando la regla prohibitiva contenida en el Estatuto de los Trabajadores de no superar más de veinticuatro meses en un arco temporal de treinta meses, con dos o más contratos temporales sucesivos, la Ley Orgánica de Universidades permite cinco años de contratación como ayudante para realizar la tesis doctoral y cinco años de investigación postdoctoral, sin que alcanzada la duración máxima de cada uno de estos dos contratos puedan renovarse de nuevo y sin que la duración conjunta de ambos contratos pueda exceder de ocho años, en la misma o en distinta universidad. De este modo, la Ley Orgánica de Universidades contiene previsiones propias y distintas a las establecidas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores para prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales, regulando ex profeso tanto el número de renovaciones de los contratos de ayudante y ayudante doctor, como la duración máxima total de estos contratos sucesivos, permitiendo unos periodos de contratación más amplios en atención a las características de la actividad investigadora. Ahondando en esta idea, hay que considerar también la naturaleza eminentemente formativa del contrato de ayudante en el campo de la investigación, mediante la realización de la tesis doctoral, la cual pone fin a la etapa de formación del personal investigador, tal y como se contempla expresamente en el artículo 20 LC. Esta circunstancia coadyuva a explicar la opción de la Ley Orgánica de Universidades de permitir un encadenamiento de mayor amplitud temporal entre este contrato y el de ayudante doctor que el establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores; de hecho, la naturaleza eminentemente formativa del contrato de Ayudante habría permitido incluso excluirlo del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco (Cláusula 2). Por todo ello, cabe concluir que la regulación interna de los contratos de ayudante y ayudante doctor se adecúa a la Directiva comunitaria, dando cumplida cuenta de lo exigido en la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, en concreto, en las letras b) y c), referidas a la duración máxima total de estos sucesivos contratos de trabajo, así como al número de renovaciones de los mismos.

Por lo que se refiere al contrato de profesor visitante, su exclusión del ámbito de la prohibición de encadenamiento contractual contenida en el Estatuto de los Trabajadores es igualmente acorde con la Directiva 1999/70/CE, aunque por razones distintas a las anteriormente expuestas en relación con los contratos de ayudante y ayudante doctor. Este otro

2011, p. 134.

contrato, regulado en el artículo 54 LOU, posee también naturaleza temporal, con la duración que acuerden las partes, y dedicación a tiempo completo o parcial, pudiéndose celebrar con profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, con la finalidad de desarrollar tareas docentes o investigadoras a cuyo través se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de los mismos a la universidad contratante. Como puede observarse, la Ley Orgánica de Universidades no establece reglas propias sobre la duración máxima de este contrato temporal (que se sujeta a lo que dispongan las partes) ni sobre el número de renovaciones que se pueden realizar (que se deja también al libre arbitrio de los contratantes). Sin embargo, existen a mi juicio razones objetivas que justifican la renovación de tales contratos – tal y como permite la letra a) de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco –, las cuales se concretan en los requisitos que debe reunir el sujeto contratante del lado del trabajador (profesores o investigadores de reconocido prestigio y, por ende, con cierto poder contractual, quienes mantienen además una relación jurídica de prestación de servicios – laboral, funcional o de otra naturaleza – con sus universidades o centros de investigación de origen), unido al carácter residual que poseen estos contratos, haciendo innecesaria en estos casos la lucha contra la precariedad³⁷⁸.

³⁷⁸ Por sentencia de 13 de marzo de 2014 el TJUE ha avalado la adecuación a la Directiva 1999/70/CE de la figura estrictamente docente de los profesores asociados de las universidades públicas españolas, la cual escapa también a la prohibición de encadenamiento contractual establecida en el Estatuto de los Trabajadores. Para llegar a tal conclusión el TJUE esgrime distintos argumentos, concretándose uno de ellos (a mi juicio, el más importante de todos, aunque no lo plantee así el TJUE) en la innecesariedad de luchar contra la precariedad en el empleo en estos casos, por el hecho de que los profesores asociados deben ser profesionales de reconocido prestigio que ejercen su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario y solo pueden desempeñar su actividad docente a tiempo parcial. Para un análisis reciente de esta sentencia me remito a Pérez Rey, J. y Trillo Párraga, F., “Precariedad en la universidad pública: los *falsos asociados*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*, n. 66, 2014, pp. 136 y ss.; Moreno Gené, J., “La contratación irregular de profesores asociados de las universidades y sus efectos. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona, de 28 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014, pp. 242 a 249.

4.2. Los contratos predoctoral, de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y de investigador distinguido

Continuando este análisis con los contratos temporales del personal investigador recogidos en la Ley de la Ciencia (contrato predoctoral, contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e investigación, y contrato de investigador distinguido), ya se ha dicho que tales contratos escapan también a la prohibición de encadenamiento contractual contenida en el Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando el empleador sea una administración pública. Dado el paralelismo que presentan estos contratos con sus homólogos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante, es posible afirmar que dicha exclusión es ajustada al Acuerdo Marco y se sustenta en parecidas razones a las expuestas con anterioridad.

Así, el contrato predoctoral (artículos 20 y 21 LC) constituye una figura completamente nueva, introducida por vez primera en el año 2011 (y con entrada en vigor el 1 de junio de 2012), como un contrato de duración determinada y a tiempo completo, cuyo objeto consiste en la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso (singularmente la realización de la tesis doctoral, aunque aquí tampoco se explicita en esos términos), por quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario o con grado de al menos 300 créditos ECTS o master universitario o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. La duración mínima del contrato será de un año, prorrogable por periodos anuales previo informe favorable de la comisión académica del programa de doctorado o, en su caso, de la escuela de doctorado durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación³⁷⁹. En ningún caso la duración acumulada del contrato inicial más las prórrogas podrán exceder de cuatro años (o seis, cuando se trate de discapacitados). Ningún trabajador podrá ser contratado bajo esta modalidad, en la misma o en distinta entidad, por un tiempo superior al anteriormente indicado. Por su parte, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación (artículos 20 y 22 LC), cuya regulación originaria proviene de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica

³⁷⁹ Esto último de conformidad con la precisión introducida mediante la disposición final 6ª de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre (BOE de 10 de septiembre).

(BOE de 18 de abril), es igualmente un contrato de duración determinada el cual podrá concertarse con quienes estén en posesión del título de doctor o equivalente con el objeto primordial, ciertamente amplio, de realizar tareas de investigación orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzca a la consolidación de su experiencia profesional. Además, los trabajadores así contratados podrán prestar colaboraciones complementarias en tareas docentes relacionadas con la actividad de investigación propuesta, hasta un máximo de 80 horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas (cuando sea el caso). La duración del contrato no podrá ser inferior a un año ni exceder de cinco, pudiéndose prorrogar año a año cuando el contrato se concierte con una duración inicial inferior a la máxima posible, sin que ningún trabajador pueda ser contratado mediante esta modalidad, en la misma o en distinta entidad, por un tiempo superior al máximo posible. La remisión realizada al artículo 11.1 ET (contrato en prácticas), respecto de lo no regulado expresamente en relación con el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, permite concluir que el contrato podrá celebrarse a tiempo completo o parcial (artículo 2 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo – BOE de 9 de abril –, por el que se desarrolla el artículo 11 ET en materia de contratos formativos). En cuanto al contrato de investigador distinguido, se trata de una figura creada *ex novo* a través de la Ley de la Ciencia de 2011 (artículos 20 y 23), pudiéndose concertar este contrato con investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico que se encuentren en posesión del título de doctor o equivalente, con el objeto de realizar actividades de investigación o dirigir equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito del conocimiento de que se trate. El contrato tendrá la duración que las partes acuerden, de donde se infiere que puede ser tanto temporal (el único que nos interesa a los efectos de este análisis) como indefinido. Así, es posible afirmar, aquí también, que el contrato predoctoral y el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, pueden articularse como dos contratos temporales sucesivos que encierran una valoración propia y más dilatada de la temporalidad a la que puede quedar sujeto el personal investigador vinculado a estos contratos en su proceso de consolidación profesional, resultando incompatible ello con la prohibición de encadenamiento contractual que se viene

analizando. Así, el contrato predoctoral tiene prevista una duración máxima de cuatro años – seis para discapacitados – y el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación que se puede concertar con posterioridad puede extenderse hasta cinco años más como máximo, sin que cada uno de estos dos contratos por separado puedan agotar su duración máxima más que una sola vez, en la misma o en distinta entidad; debiéndose destacar también la naturaleza eminentemente formativa que posee el contrato predoctoral, circunstancia que puede contribuir también aquí a explicar la opción de la Ley de la Ciencia de permitir un encadenamiento de mayor amplitud temporal entre este contrato y el de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación que el establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al contrato de investigador distinguido se refiere, es muy probable que la exclusión obedezca a las mismas razones que se han expuesto en relación con los contratos de trabajo de los profesores visitantes de las universidades: esto es, el carácter residual de estos contratos unido a las características de los investigadores que los suscriben, haciendo innecesario también en estos casos la lucha contra la precariedad en el empleo.

Sin embargo, cuando estos mismos contratos regulados en la Ley de la Ciencia son concertados con un empleador privado (universidades privadas y de la iglesia católica, y ciertas entidades privadas sin ánimo de lucro – aunque estas últimas tienen vedada la posibilidad de acudir al contrato de trabajo de investigador distinguido –), entonces dichos contratos quedan afectados por la prohibición de encadenamiento establecida en el artículo 15.5 ET. Solución que no se comprende en absoluto, dado que con independencia de la naturaleza pública o privada del empleador subsisten las mismas razones para su exclusión del ámbito de la prohibición. No es descartable que esta disparidad de regímenes jurídicos no sea deliberada y obedezca a un lapsus del legislador, propiciado por las características de la ordenación de las reglas de encadenamiento contractual prohibido contenida, respectivamente, en el artículo 15.5 y en la disposición adicional 15ª ET. Es posible, también, que se pudiera hacer un esfuerzo interpretativo para considerar que el contrato predoctoral no computa a los efectos de la prohibición de encadenamiento en el ámbito del empleo privado, si se le considera uno de los contratos formativos a los que se refiere el artículo 15.5 ET como excepciones a la regla general prohibitiva. Pero lo que está claro es que esta disparidad de tratamiento jurídico entre el empleo público y el privado – de mayor o menor alcance, según lo que se concluya en relación con el contrato predoctoral – no está justificada, debiéndose

homogeneizar la regulación por la vía de excluir expresamente de las reglas de encadenamiento contractual prohibido contenidas en el artículo 15.5 ET el contrato predoctoral, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y el contrato de investigador distinguido. Ello constituye una exigencia del principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE. Aunque no se puede concluir que esta igualación de regímenes jurídicos sea también una exigencia de la Directiva 1999/70/CE, que si bien se marca como otro de sus objetivos básicos mejorar la calidad del trabajo de duración determinada por la vía de garantizar el respeto al principio de no discriminación (Cláusula 1 del Acuerdo Marco), dicho objetivo se aborda exclusivamente desde la perspectiva de las diferencias de tratamiento jurídico tomando como término de comparación el contrato de duración indefinida (Cláusula 4 del Acuerdo Marco).

4.3. La necesaria coordinación de los contratos de ayudante, ayudante doctor, predoctoral y de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación en el ámbito de las universidades públicas

Como se ha expuesto con anterioridad, las universidades públicas cuentan con los contratos de ayudante y ayudante doctor como modalidades propias y exclusivas de contratación temporal. Sin embargo, también pueden hacer uso de sus homólogos, el contrato predoctoral y el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, sin que se hayan establecido instrumentos de coordinación entre todos estos tipos contractuales. Ya se ha visto que ninguno de estos cuatro contratos por separado puede renovarse de nuevo, en la misma o en distinta universidad, una vez agotada su respectiva duración máxima. Sin embargo, no se ha previsto en modo alguno que un investigador que haya agotado por completo un contrato de ayudante no pueda concertar después un contrato predoctoral si todavía no ha culminado la tesis doctoral, o que una vez agotado el contrato de ayudante doctor no se pueda recurrir al contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación. A mi juicio, se trata de una importante disfunción que debe ser corregida pues, de lo contrario, se puede agravar la precariedad en el empleo del personal investigador hasta límites intolerables (hasta diecisiete o diecinueve años, según los casos). Debería ser incompatible que un mismo investigador pudiera suscribir sucesivamente todos estos contratos temporales si no se quiere poner en peligro el objetivo o el efecto útil del

Acuerdo Marco³⁸⁰. La única duda al respecto viene representada por el par contrato de ayudante y contrato predoctoral, cuya utilización sucesiva cuando no se hubiere culminado la realización de la tesis doctoral podría encontrar justificación en la naturaleza formativa de sendos contratos de duración determinada, cuyo encadenamiento podría quedar extramuros de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE, de conformidad con su Cláusula 2.

4.4. El contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación científica o técnica

Pero, sin ningún género de dudas, el ataque más frontal a la Directiva 1999/70/CE viene representado por la dualidad de tratamiento jurídico que se advierte en el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación específico, excluido de la prohibición de encadenamiento por mor de las disposiciones adicionales 15ª ET y 23ª LC en el ámbito del empleo público y afectado por esa misma prohibición contenida en el artículo 15.5 ET en el ámbito del empleo privado. Y es que, a diferencia de lo concluido en relación con las figuras contractuales anteriormente tratadas, existen razones de peso para considerar que el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación específico debe quedar afectado por la prohibición de encadenamiento en todo caso: tanto si se desenvuelve en el sector privado como si lo hace en el ámbito del empleo público³⁸¹.

Como ya se ha adelantado, a esta modalidad contractual regulada en el Estatuto de los Trabajadores se refieren específicamente tanto la Ley

³⁸⁰ Son numerosas las sentencias del TJUE que aluden a la necesidad de efectuar una valoración global de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, incluidos el número y duración acumulada de los contratos temporales, que pueden revelar que las prestaciones requeridas del trabajador no se corresponden con una necesidad temporal, contrariando así el objeto o el efecto útil del Acuerdo Marco. Véase la STJUE (Sala Segunda) de 25 de enero de 2012, con cita de otras resoluciones anteriores.

³⁸¹ Sin analizar la problemática desde la perspectiva de su adecuación o no a la Directiva 1999/70/CE, el profesor Moreno Gené ha afirmado que este régimen especial contenido en la disposición adicional 15ª ET “no queda plenamente justificado” [“La contratación de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 1, 2011, BIB 2011\428, p. 15].

Orgánica de Universidades como la Ley de la Ciencia³⁸². Así, el artículo 48.1 LOU, permite a las Universidades (públicas y privadas) contratar personal investigador, técnico “*u otro personal*” a través del contrato de trabajo de obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Y en parecidos términos se expresan también los artículos 26.7 y 30, y la disposición adicional 14ª LC. Nada más se establece sobre el régimen jurídico de este contrato, el cual debe ser completado por el Estatuto de los Trabajadores y por su normativa de desarrollo (especialmente, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada – BOE de 8 de enero –). De este modo, queda claro que el contrato de obra o servicio determinado es de carácter temporal (artículo 15.1 a ET), pudiéndose concertar a tiempo completo o parcial (artículo 5.1 del Real Decreto 2720/1998), con una duración coincidente con el tiempo necesario para la realización del proyecto de investigación científica o técnica que constituye su objeto, sin que dicho contrato resulte prorrogable (artículo 2.2 b del Real Decreto 2720/1998). La limitación temporal de tres años máximos de duración (o hasta doce meses más si se establece por convenio colectivo sectorial), introducida por la Ley 35/2010 en relación con el contrato para obra o servicio determinado, tan solo rige en el sector privado, estando exceptuada, por mor de lo dispuesto en la disposición adicional 15ª, apartado 2º, ET y en la disposición adicional 23ª LC, en el ámbito del empleo público cuando el contrato esté vinculado a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

En cuanto a las razones por las cuales considero que la prohibición de encadenamiento propia del sector privado debería extenderse también al ámbito público, se pueden concretar en las siguientes:

Aunque el contrato de obra o servicio determinado no admite prórrogas, esta modalidad contractual se puede concertar de nuevo cuantas veces sea necesario, para atender distintos proyectos de investigación, sin que se hayan establecido ninguna de las medidas para prevenir los abusos en la contratación sucesiva a que se refieren las letras b) y c) de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, esto es, ni la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo ni el número de renovaciones de tales contratos. Es verdad que la Ley 35/2010 introdujo una duración máxima al contrato

³⁸² Este contrato ya fue objeto de atención particular tanto en la Ley de la Ciencia de 1986 (artículo 17), como en la Orden de 27 de marzo de 1986, sobre contratación laboral temporal de personal para la investigación en las Universidades y en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (artículo 1).

(tres años o, eventualmente, doce meses más), superada la cual aquél se convierte en indefinido, como una medida arbitrada para impedir que el contrato se alargue en exceso. Sin embargo, tal limitación solo rige en el ámbito del empleo privado, precisamente allí donde además opera la prohibición de encadenamiento que se viene analizando. Es precisamente en el sector público, donde está destopada la duración máxima del contrato de obra o servicio determinado, donde además se exceptúa la aplicación de las reglas del encadenamiento contractual prohibido. ¿Por qué?

Si ponemos el acento en la posible existencia de razones objetivas que pudieran justificar la renovación de estos contratos de duración determinada, que es otra de las posibles medidas a arbitrar de conformidad con lo dispuesto en la letra a) de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, considero que no concurren ninguna de estas razones en la figura que nos ocupa³⁸³. Ciertamente, el contrato de obra o servicio determinado es un contrato causal, que en el ámbito de la investigación se justifica por la necesidad de llevar a cabo un proyecto específico de investigación científica o técnica. Sin embargo, el hecho de que el contrato de obra o servicio determinado esté previsto para satisfacer necesidades temporales de mano de obra – como por lo demás le ocurre al grueso de los contratos temporales en España –, no ha representado ningún obstáculo para que el mismo quede afectado por la prohibición de encadenamiento cuando el contrato se desenvuelve en el sector privado, demostrando así que la vinculación de la contratación temporal a la satisfacción de necesidades temporales de mano de obra es un dato en principio insuficiente para justificar su exclusión. Tampoco se aprecian razones objetivas de otra índole que pudieran justificarla. Antes al contrario, el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación – al igual que sucede con el contrato de obra o servicio determinado fuera del ámbito de la investigación –, es un contrato al que se recurre con demasiada frecuencia³⁸⁴, ahondando así en la precariedad en

³⁸³ En relación con el concepto de “razones objetivas”, el TJUE ya ha afirmado reiteradamente que debe ser entendido en el sentido que se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. Así, STJUE (Sala Tercera), de 26 de febrero de 2015; STJUE (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014; STJUE (Sala Segunda) de 26 de enero de 2012.

³⁸⁴ Aunque no he localizado fuentes estadísticas que den cuenta del peso que posee el

el empleo del personal investigador. Máxime si se tiene en cuenta que esta modalidad contractual se puede alternar con las restantes figuras contractuales introducidas por la Ley Orgánica de Universidades y por la Ley de la Ciencia. Por ello, no se entienden las razones por las cuales este contrato está excluido de la prohibición de encadenamiento cuando el mismo se desenvuelve en el sector público; siendo además, como es, el ámbito en el que se concentra una buena parte de los investigadores en España y, por ende, donde más se necesita luchar contra los abusos en la utilización de la contratación temporal. Por último, soy consciente de que las administraciones públicas quedan sujetas a ciertas obligaciones, como la necesidad de contener el gasto público y asegurar la igualdad en el acceso al empleo público. Sin embargo, considero que estas razones son completamente insuficientes para excluir de la prohibición de encadenamiento el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación en el ámbito del empleo público; máxime teniendo en cuenta las peculiaridades que poseen los incumplimientos de dicha regla prohibitiva en relación con las administraciones públicas, que no se traducen en la adquisición de la condición de trabajador fijo de las administraciones públicas, resultando de aplicación la figura (de creación jurisprudencial) del trabajador indefinido no fijo, a la que me he referido ya en el punto 3 del presente trabajo³⁸⁵.

Así pues, siendo claro que la Directiva 1999/70/CE es de aplicación tanto en el sector privado como en el ámbito del empleo público, teniendo en cuenta que el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación está afectado por la prohibición de encadenamiento contenida en el artículo 15.5 ET cuando

contrato de trabajo de obra o servicio determinado en el ámbito de la investigación, es indudable que se trata de una figura muy utilizada. De “excelente acogida en la práctica” del contrato de obra o servicio determinado habla Luján Alcaraz, J., “La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia”, AAVV, *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2012, p. 181. Inclusive se ha afirmado que es el contrato temporal más utilizado en la investigación [Serrano Argüello, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, ob. cit., p. 120].

³⁸⁵ Sobre la figura del trabajador indefinido no fijo ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE, afirmando su naturaleza temporal y, por ende, su inclusión dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, remitiendo a la apreciación del juzgador a quo la determinación de la indemnización que corresponde al trabajador por la extinción del vínculo laboral, en un supuesto en el que no había percibido indemnización alguna cuando la administración decidió amortizar la plaza que ocupaba. [ATJUE (Sala Octava) de 11 de diciembre de 2014].

el empleador es un sujeto privado, y considerando también que no concurren razones objetivas para su exclusión del ámbito de la prohibición, hay que concluir que este mismo tratamiento es el que debe dispensarse al contrato en el ámbito de las administraciones públicas. La disparidad de regímenes jurídicos actualmente existente supone un ataque frontal a la Directiva 1999/70/CE, debiéndose considerar que el ordenamiento jurídico español ha introducido un “privilegio” totalmente injustificado a favor de las administraciones públicas. Se impone pues una modificación de nuestro derecho interno que garantice que el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación quede afectado por la prohibición de encadenamiento contractual con independencia de la naturaleza privada o pública del empleador.

5. Conclusiones

Tras una valoración de conjunto de la problemática que centra nuestra atención, es posible concluir que la legislación española no ha hecho lo suficiente para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales en el ámbito de la investigación, habiéndose detectado algunas disfunciones que pueden contribuir a la precariedad del personal investigador en el sector público, que puede permanecer muchos años (demasiados) vinculado con contratos de naturaleza temporal.

La primera y principal disfunción afecta al contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación, el cual está exceptuado de la prohibición de encadenamiento contractual cuando el empleador es un ente público, sin que se haya encontrado ninguna justificación a esta exclusión.

La segunda disfunción consiste en la inexistencia de reglas de coordinación entre los contratos de ayudante, ayudante doctor, predoctoral y de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, cuando los mismos se desenvuelven en el ámbito de las universidades públicas, debiéndose introducir limitaciones en la utilización sucesiva de aquéllos por unos mismos investigadores; al menos por lo que se refiere al tándem contrato de ayudante doctor y contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación.

La corrección de ambas deficiencias constituye a mi juicio una exigencia de la Directiva 1999/70/CE.

Finalmente, y por lo que se refiere a la disparidad de tratamiento jurídico entre el empleo público y privado existente en relación con los contratos

predoctoral, de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación, y de investigador distinguido, ello supone otra disfunción a corregir, por la vía de excluir expresamente de las reglas de encadenamiento contractual prohibido contenidas en el artículo 15.5 ET estos tres contratos; exclusión que ya existe en el sector público de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15ª ET. Ello, sin embargo, no constituye una exigencia de la Directiva 1999/70/CE, aunque sí resulta indispensable a la luz del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE.

6. Bibliografía

- Ballester Laguna, F., “La deficiente regulación de los límites al encadenamiento de los contratos de trabajo temporales del personal investigador”, *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014.
- Goerlich Peset, J.Mª, “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, 2010.
- Lahera Forteza, J., “La reforma de la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 21, 2010.
- Luján Alcaraz, J., “La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia”, en AA.VV., *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2012.
- Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. ¿El final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros (CEF), n. 340, 2011.
- Moreno Gené, J., “La contratación de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 1, 2011.
- Moreno Gené, J., “La contratación irregular de profesores asociados de las universidades y sus efectos. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, de 28 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*, n. 68, 2014.
- Pérez Rey, J. y Trillo Párraga, F., “Precariedad en la universidad pública: los *falsos asociados*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Social*, n. 66, 2014.

- Rodríguez Escanciano, S., “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 334, 2011.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La contratación temporal en las administraciones públicas y la Directiva 1999/70 (I, II y III)”, *Relaciones Laborales*, n. 21 de 2011, n. 1 de 2012 y n. 3 de 2012.
- Serrano Argüello, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 36, Iustel, 2014.

El sistema “alternativo” de Formación Profesional Dual para el Empleo en España: perspectivas de evolución

M^a Cristina AGUILAR GONZÁLVEZ*

RESUMEN: En los últimos años la Formación Profesional para el Empleo en España ha sido objeto de numerosas reformas. Desde su “novedosa” configuración como Formación Profesional Dual en 2012, en el sentido de impulso en el seguimiento de la modalidad conocida en nuestro país como “formación en alternancia”, y desde su enfoque como medida de política activa de empleo, tanto en el ámbito educativo, como en el sentido de la última reforma en el ámbito laboral operada por la Ley 30/2015, analizaremos el papel que se atribuye a los algunos de los sujetos que intervienen en su desarrollo: en especial, las empresas en aras de su participación más activa y los Servicios Públicos de Empleo, en coordinación con la Administración Educativa y sin dejar de destacar la participación de las Comunidades Autónomas, pioneras en la implantación del sistema al ostentar las competencias.

Palabras clave: Formación Profesional Dual, formación en alternancia, políticas activas de empleo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precisiones conceptuales y entramado normativo. 3. El papel de algunos sujetos implicados en el Sistema. 3.1. La empresa como entidad formativa. 3.2. Los Servicios Públicos de Empleo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora, Departamento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Universidad de Cádiz.

1. Introducción

La expresión “Formación Profesional para el Empleo”, utilizada en el sistema normativo español de Derecho del Empleo, responde a un tipo de formación clasificada en atención a los sujetos destinatarios de la misma, esto es, “trabajadores”, ocupados o desempleados, y a su finalidad: propiciar el tránsito al mercado de trabajo ordinario, tanto si se pertenece al colectivo de “jóvenes”, mayoritariamente con déficit de formación, como al de “desempleados”, en numerosos casos “de larga duración”.

Al “Subsistema de Formación Profesional para el Empleo” creado en 2007 añadimos en su denominación “dual” y lo consideramos como “sistema alternativo” porque desde el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y que establece las bases de la Formación Profesional Dual, se ha pretendido un más profundo acercamiento al modelo germano, conocido como tal, y se instaura como modelo alternativo, por más eficiente, al que se venía desarrollando en España con carácter general, sin que estuviera de más plantearnos qué rasgos del modelo alemán son exportables a nuestro mercado laboral-panorama educativo, y sin que ello signifique que fuese del todo novedoso, como tendremos ocasión de argumentar³⁸⁶.

En una primera aproximación a la materia de la Formación Profesional para el Empleo, es preciso diferenciar dos enfoques: el educativo y el laboral, porque se trata de las dos finalidades que marcan claramente la regulación jurídica que de la Formación Profesional se realice, íntimamente ligadas por las innegables repercusiones de la primera en la situación de la población activa en el mercado de trabajo.

Puesto que ambos enfoques educativo y laboral (o de Derecho del Empleo) están indisoluble y lógicamente entrelazados, habrían de ser regulados en paralelo, para afianzar los objetivos que ambos persiguen: cubrir las necesidades que demanda el mercado de trabajo ha de estar en la base de la formación que se oferte. Lo contrario, que no tendría sentido por incoherente, sin embargo parece haber sido la técnica seguida si analizamos los respectivos marcos normativos y el efecto conseguido,

³⁸⁶ BOE n. 270, de 9 de noviembre de 2012. Véanse, con carácter introductorio: Instituto Federal de Formación Profesional (BIBB), vídeo sobre la Formación Profesional Dual, <http://youtu.be/rQJBy2MjnXk>; Para acercarnos al modelo alemán, recomendamos la lectura de Instituto Bertelsmann, *Transición escuela-empleo*, <http://www.fundacionbertelsmann.org/es/home/>; DW, *¿Es efectivo el modelo alemán contra el desempleo juvenil?* en <http://youtu.be/K09BkUUMMc0>. “España y Alemania firman el acuerdo para dar trabajo a 5000 jóvenes españoles al año”, <http://www.expansion.com/2013/05/21/economia/1369123154.html>

según ponen de manifiesto las estadísticas.

En España, no ha sido aún definida a nivel estatal la regulación definitiva de la formación profesional en alternancia en el marco de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que se limita a introducir el concepto de Formación Profesional Dual del Sistema Educativo Español³⁸⁷. Han sido algunas Comunidades Autónomas, entre ellas Valencia, Andalucía y Cantabria, las que motivadas por el convencimiento de la necesaria puesta en práctica de un sistema que ofrece mejores resultados, han procedido a regular en uso de sus competencias ejecutivas, a pesar de la inexistencia de un marco estatal³⁸⁸.

Porque, si continuamos en nuestra aproximación a esta maraña normativa e interdisciplinar, la situación se complica puesto que las Comunidades Autónomas tienen transferidas tanto las competencias de educación como de formación en cuanto política activa de empleo. Ello significa que la implantación de la Formación Profesional Dual, en su doble vertiente, depende de cada Comunidad Autónoma.

³⁸⁷ BOE n. 295, de 10 de diciembre de 2013.

³⁸⁸ Es así afirmado en la Exposición de Motivos de la Orden de 27 de marzo de 2015, por la que se convocan proyectos de formación profesional dual o en alternancia del sistema educativo en Andalucía para el curso 2015/2016 (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía n. 75, de 21 de abril de 2015), pág. 23. Consejería Educación, Cultura y Deporte, Orden núm. ECD/84/2013, de 30 de julio, que regula la Formación Profesional Dual del sistema educativo en Cantabria (BO. Cantabria n. 153, de 12 agosto 2013). Otro ejemplo, que en su momento respondía a la afinidad ideológica entre gobierno estatal y de la Comunidad Autónoma, Consellería de Educación, Cultura y Deporte, Decreto 74/2013, de 14 de junio, del Consell, por el que se regula la Formación Profesional Dual del sistema educativo en la Comunitat Valenciana (Diario Oficial de la Comunitat Valenciana de 18 de junio de 2013). Véase asimismo “Educación amplía el plazo para implantar la FP dual”, <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2013/09/30/educacion-amplia-plazo-implantar-fp/1037284.html>; “Los institutos critican las lagunas en la Formación Profesional Dual”, <http://www.diarioinformacion.com/alicante/2013/10/02/los-institutos-critican-las-lagunas/1421216.html> (consultado el 18 de septiembre de 2015); “La Formación Profesional Dual que ofrece Educación con Estrella de Levante y Repsol es seleccionada por el Ministerio”, 26 octubre 2013, http://www.teinteresa.es/region-de-murcia/murcia/Formacion-Profesional-Educacion-Estrella-Ministerio_0_1018098577.html En la noticia “El modelo alemán de la FP dual gana alumnos en España”, http://economia.elpais.com/economia/2015/04/13/actualidad/1428914445_607629.html, se pone de manifiesto la descoordinación que genera en el desarrollo de este tipo de formación a nivel educativo; sin embargo ello no impide que vaya en aumento el número de alumnos/as que lo siguen: de 9.550 estudiantes en 2013, se pasó a 18.000 en 2014 (consultadas el 14 de septiembre de 2015). Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, “II Informe de seguimiento de la FP dual”, Subdirección General de Orientación y Formación Profesional, www.todoFP.es.

Como “novedad relativa”, el 11 de septiembre de 2015 ha entrado en vigor la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que viene a convalidar el RD 4/2015, de 22 de marzo, que materializó la necesidad de una reforma urgente del mismo, y acomete “una reforma integral del sistema” (así definida en el punto III del Preámbulo), marcada por la imperiosa necesidad de dotarlo de “estabilidad y coherencia”, y focalizado en la adecuación entre la oferta formativa y la demanda de cualificaciones en el mercado de trabajo, que se traduzca en la creación de empleo estable y de calidad³⁸⁹.

Podemos afirmar que el Sistema de Formación Profesional para el Empleo es regulado por un marco normativo dispar, desde la doble perspectiva que señalamos, y en lenta evolución. Llevamos años hablando de “nuevo” sistema de Formación Profesional para el Empleo, y a la espera de que produzcan en el mercado de trabajo español los resultados que se le encomiendan.

La línea de tendencia es clara en el sentido de que las “nuevas” regulaciones que de la Formación Profesional para el Empleo se van adoptando, apuntan hacia la mayor implicación de la empresa en la formación. La clave, el objetivo de fondo con el que se ha venido tintando de novedosa la regulación de la Formación Dual, no cabe duda que es de política de empleo: era así expuesto en el art. 34.3 RD 1529/2012, en el que al prever el seguimiento y evaluación de los proyectos de Formación Profesional Dual, indica que una de las informaciones a reflejar en los instrumentos de evaluación ha de ser “los alumnos que continúan en la empresa al término de los dos años posteriores a la finalización del proyecto, desempeñando las funciones relacionadas con el ciclo formativo cursado”; y es este el enfoque desde el que abordamos el estudio: como medida de política activa de empleo, sin entrar en su visión como derecho laboral básico del trabajador, establecido en el art. 4.2,b) Estatuto de los Trabajadores (derecho a la formación profesional en el trabajo, como desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad), y sin pretender analizar de forma exhaustiva el régimen jurídico previsto en las normas reguladoras más actuales.

³⁸⁹ BOE n. 217, de 10 de septiembre de 2015, págs. 79779-79823. Ha entrado en vigor salvo lo establecido en relación al cheque de formación (art. 9.4), y lo relativo a las modalidades de impartición de la formación, que producirá efectos desde el 1 de enero de 2016. Real Decreto 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (BOE n. 70, de 23 de marzo de 2015).

2. Precisiones conceptuales y entramado normativo

Hemos hecho mención de tres fechas claves en la configuración del Sistema de Formación Profesional para el Empleo: fue creado en 2007, como “subsistema”, con una vocación integradora en un único modelo de lo que venían siendo dos modalidades diferenciadas de formación profesional en su relación con el ámbito laboral: la formación ocupacional (para desempleados) y la formación continua (para trabajadores ocupados)³⁹⁰; es en 2012 cuando se decide afrontar la preocupación por la inadecuación entre formación ofertada y necesidades de cualificación en el mercado de trabajo que hemos señalado, y el modelo a ser instaurado es el de la Formación Dual o formación en alternancia, del que se establecen sus bases, que incorpora las pautas propias del modelo alemán, una vez que ha quedado demostrada desde el ámbito europeo la estrecha relación causa-efecto entre dicho sistema y la baja tasa de desempleo juvenil que disfrutaban los países con unos sistemas sólidos de educación y Formación Profesional, como Alemania, Dinamarca, Países Bajos y Austria³⁹¹; y en 2015 se adopta una regulación del Sistema Formación Profesional para el Empleo, precisando el título de la norma que es “en el ámbito laboral”, y en la que tan solo una vez es mencionada la formación profesional dual; en concreto en el art. art. 26.3,d), cuando entre las funciones que se encomiendan a las Estructuras Paritarias Sectoriales, a requerimiento del Servicio Público de Empleo Estatal o de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, podrán “participar en la extensión y consolidación de la formación profesional dual, a través del contrato para la formación y el aprendizaje, en el ámbito laboral”. Sin embargo, “la

³⁹⁰ RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, BOE n. 87, de 11 de abril. Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual y la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el sistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación (BOE n. 21, de 24 de enero de 2015).

³⁹¹ En este sentido, Comisión Europea, Alianza Europea para la Formación de Aprendices, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-634_es.htm OIT, Resolución “La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción”, 101ª Conferencia Internacional del Trabajo, junio 2012. Recomendamos la lectura de OIT, “Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013: Una generación en peligro”, Ginebra, 2013, www.ilo.org

formación en alternancia con el empleo” es encuadrada en la Ley, cuando en su art. 8 está enumerando las distintas iniciativas de formación profesional para el empleo, como “otra iniciativa”, junto a la formación destinada a la obtención de certificados de profesionalidad, no haciéndola extensiva como método a la contratación para la formación y aprendizaje, ni identificándolo con la Formación Profesional Dual.

La Ley 30/2015, tal y como expone en su art. 1, responde al objeto de ofrecer el marco general del Sistema Nacional de las Cualificaciones y Formación profesional, regulando cuatro cuestiones: la planificación de la formación (que engloba la programación y ejecución de las acciones formativas, así como su control y seguimiento), la financiación del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, el régimen sancionador, y el funcionamiento adecuado del Sistema en sí, en sus aspectos de información, evaluación, calidad y gobernanza.

En todo caso, tanto desde el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo como desde la Formación Profesional Dual desde una vertiente educativa, se han de perseguir los fines que la reciente Ley 30/2015 especifica en su art. 2: la adaptación a las necesidades que demanda el mercado de trabajo. Ello implica atender la formación de los trabajadores ocupados, en el sentido de formación a lo largo de la vida, que ha de ser además acreditada, en el desarrollo de sus competencias profesionales y personales; a los desempleados, en el mismo sentido antes expuesto y para la mejora de su empleabilidad; así como la atención a las empresas, para la mejora de su productividad y competitividad.

La formación profesional es un valor en alza en cualquier modalidad contractual, en atención a los beneficios que aporta a ambas partes del contrato de trabajo: “para el trabajador se traduce en una mayor cualificación profesional, una mayor empleabilidad y unos menores riesgos de pérdida de empleo; mientras que al empresario le aporta un mayor rendimiento de sus trabajadores y mayor competitividad de sus productos o servicios”³⁹².

Por su parte, resulta interesante la reflexión que la Ley orgánica 8/2013 para la mejora de la calidad educativa, ofrece en su Preámbulo XIII acerca de que “la principal diferencia del sistema educativo español con los de nuestro entorno radica en el número especialmente bajo de radica en el número especialmente bajo de alumnos y alumnas que transitan por nuestra Formación Profesional. Esta situación incide inevitablemente en la empleabilidad y en la competitividad de nuestra economía, limitando las

³⁹² Citando a Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, n. 23/24, 2012, p. 51.

opciones vitales de muchos jóvenes” A ello responde el objetivo que se marca la Ley de revitalizar la opción del aprendizaje profesional, para lo que es precisa la modernización de la oferta, su adaptación a los requerimientos de los diferentes sectores productivos, y la implicación de las empresas en el proceso formativo, “con la importante novedad de la Formación Profesional dual, y la búsqueda de un acercamiento a los modelos de los países de nuestro entorno con niveles mucho menores de desempleo juvenil”. Es por ello que “regula” la Formación Profesional dual; si bien se limita a introducir un nuevo artículo 42 bis en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación³⁹³, que lleva por título “Formación Profesional dual del Sistema Educativo Español”, al que define como “conjunto de acciones e iniciativas formativas que, en corresponsabilidad con las empresas, tienen por objeto la cualificación profesional de las personas, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre los centros educativos y los centros de trabajo”. Señala a continuación que el Gobierno regulará las condiciones y requisitos básicos que permitan su desarrollo por las Administraciones Educativas.

El momento clave en que se plantea el ensamblaje entre la Formación Profesional Dual y el “Sistema para el Empleo” se produce cuando el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, que, como su título indica, establece las bases de la Formación Profesional Dual, la define, de forma escueta en su art. 1.2, como aquella que “combina los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación”. Por su parte, la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en el párrafo 2º del art. 1 nos remite a la explicación del sistema educativo que habrá de seguirse como contenido del contrato para la formación y aprendizaje, según el Estatuto de los Trabajadores en su art. 11.2: “régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”³⁹⁴.

Y es que la Formación Profesional Dual en el sistema de formación profesional para el empleo se materializa en esta modalidad contractual;

³⁹³ BOE n. 106, de 4 de mayo.

³⁹⁴ Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE n. 10, de 11 de enero de 2014). Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n. 75, de 29 de marzo de 1995).

mientras que en el sistema educativo se formaliza a través de convenios de colaboración entre centros de formación y empresas del sector a través de un sistema de becas.

Con un carácter más dinámico, descendiendo a un nivel práctico de puesta en marcha de proyectos, nos ha resultado muy gráfica la definición que de la figura hace la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía: “La Formación Profesional Dual (o en Alternancia) es una modalidad de Formación Profesional, que combina el desarrollo de las actividades formativas propias de cada titulación entre el centro educativo y la empresa, consiguiendo integrar los esfuerzos del sector formativo y productivo por alcanzar una sociedad con alto nivel de competencias profesionales, personales y sociales y una cualificación profesional adecuada para ser motor de cambio”^{395,396}.

Es por ello que nos planteamos cuánto de novedoso tienen “los sistemas duales de formación y empleo” gracias a la regulación de esta “nueva” Formación Profesional en el RD 2012: la formación “en alternancia” para el empleo que se está desarrollando en nuestro país desde que nacen en 1985 los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios³⁹⁷; habiéndose

³⁹⁵ Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, Portal Formación Profesional Andaluza, <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/web/formacion-profesional-andaluza>. En la pestaña “Soy empresa”, hay un apartado sobre Formación Profesional Dual, en el que aparecen publicados los proyectos aprobados y denegados para el curso 2015/2016.

³⁹⁶ En su portal de Internet nos ilustra muy bien sobre el concepto al diferenciarlo del de “Formación en Centros de Trabajo”, que responde, estableciendo un cierto paralelismo, a lo que en nuestros Grados universitarios constituye la asignatura de “Prácticas curriculares”, regulada en la Orden de 28 de septiembre de 2011, por la que se regulan los módulos profesionales de formación en centros de trabajo y de proyecto para el alumnado matriculado en centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA n.206, de 20/10/2011). Explica el portal de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía que consiste “en un módulo profesional (asignatura) presente en todos los ciclos formativos de formación profesional que se cursa una vez superados el resto de materias impartidas en el centro educativo. Es un complemento idóneo en la formación del alumnado, ya que permite el desarrollo integral de las competencias profesionales, personales y sociales adquiridas en el centro educativo, en entornos reales de producción y/o servicio, por tanto se hace imprescindible la colaboración de las empresas en este sentido”.

³⁹⁷ Programas mixtos de formación y empleo regulados en el RD 1593/1994, de 15 de julio, por el que se da nueva redacción a determinadas disposiciones del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo y del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, en materia de escuelas-taller y casas de oficios (BOE n. 181, de 30 de julio), por la OM de 14 de noviembre de 2001 (BOE de 21 de noviembre) y por la Orden ESS/1271/2013, de 24 de junio, por la que se modifican la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de noviembre de 2001, por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y

procedido a su regulación por el RD 395/2007 bajo la denominación subsistema de Formación Profesional para el Empleo, en desarrollo del entonces art. 26 Ley de Empleo³⁹⁸, en respuesta al mismo objetivo de “impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento” (art. 2).

Y hoy en día se sigue en la línea de su impulso: el Plan Anual de Política de Empleo para 2015, adoptado por Acuerdo del Consejo de Ministros en julio, dedica el Eje 2 a la formación, y en concreto, el 2.4 a la formación en alternancia, disponiendo su promoción³⁹⁹.

Podemos afirmar que en 2012, trasladando el concepto al ámbito laboral, se instaura como método formativo en el contrato para la formación y aprendizaje, y ello nos permite la combinación de los dos Sistemas empleada en el título de este estudio: “Formación Profesional Dual para el Empleo”.

Observamos una diferencia en los destinatarios, debido al objetivo al que obedece la norma de 2007: dentro de este subsistema participan trabajadores en activo, titulares de cualquier modalidad contractual, siendo lo relevante el que sean ocupados, destinatarios de una “formación continua” en cumplimiento del derecho a la promoción y formación profesional recogido en el art. 4.2,d) ET, porque como hemos señalado una de las finalidades determinantes de esta regulación fue articular en un solo modelo dos tipos diferenciados de formación profesional, la formación continua y la ocupacional⁴⁰⁰. Y desde 2012, de la Formación Profesional Dual también pueden ser destinatarios asimismo trabajadores ocupados, pero los titulares de una modalidad contractual concreta que podría ser catalogada como “de inserción” en el mercado de trabajo, dada

Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas y la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 14 de noviembre de 2001, por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho programa (BOE n. 161, de 6 de julio).

³⁹⁸ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE n. 301, de 17 de diciembre).

³⁹⁹ Resolución de 29 de julio de 2015, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2015, según lo establecido en el artículo 4 ter de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE n. 191, de 11 agosto 2015), pág. 72023

⁴⁰⁰ Véase la Exposición de Motivos, RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. Véase Monereo Pérez, J.L., *Manuel de política y Derecho del Empleo (Instituciones, relaciones de empleo, marco legal de las políticas públicas y Derecho Social del Empleo)*, Tecnos, 2011, pp. 267 y ss.

la edad de los mismos (ampliada y dependiente de la tasa de desempleo en España⁴⁰¹) y su esencia: el contrato para la formación y aprendizaje, que implica una formación inicial, no continua. En la regulación de 2012 “se pone el acento” en la formación de oferta dentro del subsistema de Formación Profesional para el Empleo, esto es, acciones formativas dirigidas a los trabajadores desempleados, además de en un intento de extender al contrato para la formación y aprendizaje el “nuevo” diseño de la Formación Profesional de tradición germana⁴⁰².

Por tanto consideramos que ya existía en España la modalidad de Formación Profesional Dual en su vertiente de formación en alternancia, coincidente con la modalidad de Formación Profesional para el Empleo que ha pretendido estar más relacionada con el empleo real, para facilitar a los desempleados “jóvenes”, así formados, el tránsito a la contratación como trabajadores ordinarios en empresas. Observamos que se trata en parte de una cuestión terminológica en atención a la nacionalidad, puesto que para lo que en Francia se usa el término “alternancia” en el sentido de períodos formativos sucesivos en empresas y en un organismo de formación (se simultanea la formación en el puesto de trabajo, con la formación académica), en Alemania el sistema dual es la forma de aprendizaje que combina el que los aprendices tienen escolarización obligatoria a tiempo parcial hasta los dieciocho años, y a la vez realizan una actividad laboral⁴⁰³.

Desde el ámbito comunitario, la Decisión del Consejo 1999/51/CE relativa a la promoción de itinerarios europeos de formación en alternancia incluido el aprendizaje, ya estableció que “el centro de formación, por una parte, y la empresa, por otra, pueden ser espacios complementarios de adquisición de conocimientos y de competencias

⁴⁰¹ “Las cinco regiones con mayor tasa de paro en la Unión Europea vuelven a ser españolas” (Andalucía, Canarias, Ceuta, Extremadura y Castilla-La Mancha; a continuación, Grecia), http://economia.elpais.com/economia/2015/04/22/actualidad/1429705637_707628.html (consultado el 14 de septiembre de 2015).

⁴⁰² Crítica interesante en Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, pp. 72-73, quien lo califica de “quimera inasequible, hoy por hoy”, en atención al distinto contexto de las empresas alemanas-españolas, y a la brecha existente entre las realidades productivas, sociales y económicas sobre las que el modelo se proyecta. Véase “Los peligros de importar el modelo de FP Dual de Alemania”, <http://www.diariocritico.com/nacional/formacion-profesional/fp-dual/fp-dual-de-alemania/444095>

⁴⁰³ Rodríguez-Piñero Royo, M. (Dir.), “Lecciones de Derecho del Empleo”, *óp. cit.*, p. 367.

generales, técnicas, sociales y personales”⁴⁰⁴. Lo que se pretendió en 2012 fue su impulso, ante la desesperada situación de desempleo juvenil que venimos padeciendo países del Sur de Europa, y en un entorno laboral difícil plagado de reformas que se marcan como objetivos los avances exigibles en el mercado laboral español, en aplicación de la Estrategia Europa 2020⁴⁰⁵.

3. El papel de algunos sujetos implicados en el Sistema

En este apartado de nuestro estudio vamos a centrarnos en el análisis de dos de los sujetos implicados en el Sistema de Formación Profesional Dual para el Empleo, sin olvidar que son muchos otros los sujetos que participan.

Y es que, lo primero que nos genera inquietud, es que son muy variados y múltiples los sujetos que intervienen en estos procesos formativos duales: el protagonista, y parte esencial, es el desempleado joven que quiere formarse para de este modo acceder al mercado de trabajo, o el trabajador ocupado que necesita reciclar sus conocimientos porque de lo contrario está en riesgo su puesto de trabajo o simplemente quiere mejorar su empleo; el empresario, que puede ser incluso una empresa de trabajo temporal, lo que implicará asimismo a las empresas usuarias a las que envíen el aprendiz en misión, que lo contrata bajo la modalidad de contrato para la formación y aprendizaje, o las empresas que aportan la parte práctica en el proceso formativo del alumnado o en donde se realiza la actividad laboral, que pagarán salarios o becas, y que habrán de ser autorizadas/acreditadas, según los supuestos; en el caso de proyectos mixtos de formación y empleo, la Corporación Local, por ejemplo, como promotora del mismo; el centro de formación que habrá de celebrar un acuerdo con la empresa que participará en el proceso formativo y aplicar así la dualidad; las Administraciones Educativas actuarán, especialmente en los proyectos mixtos que se celebren en el marco del sistema educativo; los Servicios Públicos de Empleo, sujetos intervinientes principalmente en el supuesto de formación dual en los contratos para la formación y aprendizaje, y su papel en el marco de programas mixtos de formación y empleo; los profesores y tutores que impartirán la formación (art. 20 RD 1529/2012 en ambos supuestos por remisión desde el art. 30.5, y art. 32

⁴⁰⁴ DOCE L 17, de 22/1/1999.

⁴⁰⁵ Comisión Europea, Comunicación *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020, de 3/3/2010.

en relación a los proyectos); y ya como sujetos externos al entramado que nos ocupa, pero que son además agentes intervinientes, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su labor de control y en su caso proponiendo la sanción ante los incumplimientos que detecte, que desde la Ley 30/2015 deberá crear una Unidad Especial especializada en el Sistema; y los interlocutores sociales, con el renovado papel que les asigna la Ley, desde la ruptura de su monopolio en la titularidad de los planes de formación.

La Ley 30/2015 amplía además como sujetos titulares de la formación, a todas las organizaciones y entidades con acreditada experiencia en materia pero, por otro lado, asume que era preciso dar respuesta a la problemática que plantea la variedad y multiplicidad de sujetos que intervienen en la regulación y puesta en práctica de estos procesos formativos duales, al menos en el nivel político-organizativo: es necesaria la coordinación entre el Estado, las Comunidades Autónomas, las organizaciones empresariales y sindicales, las organizaciones representativas de los trabajadores autónomos y de la economía social, para lo que en su art. 1.2 invoca “a una acción coordinada, colaborativa y cooperativa” entre todos; y si sumamos el ámbito educativo, el diseño implica un panorama complejo en el que han de estar muy perfiladas las funciones exigibles a cada sujeto interviniente, o de lo contrario el papel formativo atribuible a cada uno, y el cumplimiento eficaz de su finalidad formativo-laboral, se verá diluido.

3.1. La empresa como entidad formativa

Otra fuente de inquietud en la materia, nace del poder de actuación y decisión que se atribuye a las empresas que participan en los procesos formativos. Según nos indica la Exposición de Motivos del RD 1529/2012, se pretende la implantación progresiva del Sistema Dual en España con la nota de una mayor participación de las empresas en los sistemas de formación profesional, y de este modo acabar con la falta de conexión entre el tipo de ocupación ofertada desde las empresas, y la formación y cualificación de los demandantes de empleo, lo que repercute en las cifras de desempleo⁴⁰⁶.

Por su parte, la Ley 30/2015, en el punto IV de su Preámbulo, destaca el “nuevo papel” de la empresa en relación a la formación de sus propios trabajadores, como herramienta principal para alcanzar los objetivos del

⁴⁰⁶ García Quiñones, J.C., *La Formación Profesional para el empleo*, Comentarios a la Ley de Empleo, La Ley, 2012, p. 464.

Sistema, de tal modo que participarán con sus recursos en la financiación de la misma (arts. 9 y 12 Ley se dedican a la formación programada por la empresa y para sus trabajadores). En relación al colectivo de los trabajadores ocupados, las Administraciones competentes, en lo no previsto en el ámbito de la empresa, vendrán a completar la oferta formativa.

Ello unido a que, tal y como ya indicaba antes de la reforma el art. 26.1 Ley de Empleo, uno de los objetivos de la formación profesional para el empleo es contribuir a la mejora de la competitividad de las empresas, el papel que se atribuye a las empresas en aras de esa participación más activa habrá de estar sometida a rigurosos controles para evitar que en respuesta a sus necesidades propias se aparte de los objetivos del sistema educativo.

Puesto que es difícil encontrar el equilibrio entre los intereses de la empresa, y el proceso formativo del alumno que ha de estar movido por esa combinación entre aprendizaje y su posterior inserción en el mercado laboral, nos parece relevante analizar las posibilidades de intervención que el RD 1529/2012 atribuye a la empresa portadora de la formación práctica, puesto que fue la norma que por primera vez en el ámbito laboral, aborda esta materia.

En primer lugar, para que una empresa participe en la formación profesional dual, si estamos ante contratos para la formación y aprendizaje, simultáneamente habrá debido firmar un acuerdo a tres bandas, con el trabajador-a y con el centro de formación u órgano designado por la Administración Educativa o Laboral que imparta la formación, con un contenido mínimo predeterminado en virtud del art. 21 RD 1529/2012.

Uno de los contenidos necesarios del acuerdo es la modalidad de desarrollo de la formación profesional dual, de las descritas en el art. 3 RD 1529/2012: la formación que se imparte en su totalidad en la empresa puede producirse en los supuestos de contratos para la formación y aprendizaje, si dispone de instalaciones y personal con formación técnica y didáctica adecuados (art. 18.4 RD 1529/2012); en este caso, de forma lógica, las partes del acuerdo se reducen a dos, la empresa y la persona trabajadora (art. 21.3 RD 1529/2012), si bien insistimos en la idea del control, puesto que si bien la empresa ha de estar autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación exigible para la expedición de los certificados de profesionalidad, entendemos que durante la ejecución del proceso formativo habría que observar el cumplimiento de los objetivos educativos. Por su parte, el art. 22 atribuye tareas de información,

orientación y coordinación a los SPEs.

De otro lado, si la formación va a ser compartida entre el centro de formación y la empresa, ésta habrá de disponer de autorización por parte de la Administración Educativa y/o acreditación de la Administración laboral para impartir el tipo de formación de que se trate.

Como otro de los aspectos a figurar en el acuerdo, debe constar el contenido del programa de formación y, en concreto, la formación complementaria que en su caso se oferte, “expresión detallada de la misma”, en atención a las necesidades de la empresa o del trabajador/a. Puesto que se está apartando de la formación referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, para que la empresa puede proceder en este sentido, habrá de ser autorizada por el Servicio Público de Empleo competente (art. 11.2 ET en relación con el art. 16.6 RD 1529/2012). En todo caso, han de autorizar la actividad formativa, previamente a su inicio, puesto que dicho acuerdo empresa-centro formativo debe figurar en el anexo del contrato (art. 16.7 RD 1529/2012). Es la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, la que vino a matizar los aspectos formativos permitidos a la empresa configurada como centro educativo del titular de un contrato para la formación; en concreto, reproduce el que se permite, dentro de la actividad formativa, “una formación complementaria asociada a las necesidades específica de la empresa” (artículo uno) que puede incluso no formar parte del Fichero de especialidades formativas previsto en el RD 395/2007 (art. 20.3), y habrá de iniciarse por tanto el procedimiento para su inclusión en el mismo. En todo caso, como medida de control, la empresa deberá estar inscrita en el Registro de Centros y Entidades de Formación de la correspondiente especialidad.

No olvidemos que la Orden citada, de enero de 2015, tal y como expone en su Preámbulo, responde al objetivo de fomentar el uso de los contratos para la formación y el aprendizaje y articula para ello mecanismos, como el expuesto inmediatamente antes, que lleven a las empresas a decantarse por este tipo de contratación, tales como la financiación pública, mediante bonificaciones, de la formación complementaria. En esta línea, para los contratos que se celebren, hasta el 30 de junio de 2016, con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, se amplía la cuantía máxima de las bonificaciones que podrá aplicarse la empresa para la financiación de los costes de formación (nuevo punto 3 del art. 8 Orden ESS/2518/2013). Ante esta medida, hemos de tener en consideración que

desde la Resolución de 29 de julio de 2015, se amplía la edad máxima de acceso al Sistema Nacional de la Garantía Juvenil a los mayores de 25 años y menores de 30 que cumplan los requisitos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, para beneficiarse de una acción derivada del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, dado que la tasa de desempleo para este colectivo se situó en 29,77 puntos de acuerdo con los datos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2014.

Siguiendo con el tema que nos preocupa, los límites a la participación activa de la empresa en el proceso formativo del alumnado, para que las empresas puedan participar, insistimos en que deben estar autorizadas para ofertar la formación de ciclos formativos o ser acreditadas como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad. Si la formación dual se imparte a través de proyectos del sistema educativo, el art. 31 RD 1529/2012 exige la autorización del mismo por la Administración Educativa, y la celebración de un convenio con la empresa colaboradora del sector correspondiente, que tendrá como contenido mínimo destacable, entre otros aspectos, el régimen de becas que podrá recibir el alumnado, procedente de empresas, instituciones, fundaciones, etc. y/o por las Administraciones⁴⁰⁷; la jornada y horario en el centro y en la empresa, y las condiciones que deben cumplir empresas, alumnos, profesores y tutores.

En el estudio de la aplicación inmediata del RD 1529/2012, de las “Instrucciones de la Dirección General de Educación Secundaria, Formación Profesional y Enseñanzas de Régimen especial sobre el proceso de admisión de alumnos en ciclos formativos de Grado Superior de Formación Profesional Dual en centros públicos de la Comunidad de Madrid, curso 2013-2014”, vimos que en la práctica los centros formativos se encuentran con dos regímenes de formación profesional en

⁴⁰⁷ Representación en España de la Comisión Europea, *Formación Profesional Dual: un futuro laboral para los jóvenes*, junio 2013, http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/educacion-formacion-y-juventud/fp-dual-2013_es.htm, especificaba que la formación dual se formalizará con un convenio con la empresa a través de un programa de becas de entre 250 y 500 euros. Noticias de interesante lectura: *Los alumnos que cursen ciclos de FP dual cobrarán hasta 480 euros mensuales*, <http://www.lasprovincias.es/v/20131001/comunitat/alumnos-cursen-ciclos-dual-20131001.html> y “Los estudiantes de FP dual podrán formarse en Renault Valladolid”, http://www.cadenaser.com/espana/articulo/estudiantes-fp-dual-podran-formarse-renault-valladolid/csrsrpor/20130930csrsrnac_12/Tes “7 centros SAFA realizarán 10 proyectos de FP Dual en Alternancia en el curso 15/16”, <http://www.safa.edu/index.php/noticias-topmenu-68/30-ciclos-formativos/445-7-centros-safa-realizaran-10-proyectos-de-fp-dual-en-alternancia-en-el-curso-15-16>

el sistema educativo, el ordinario y el dual. Y de esta misma norma extraemos el que en el régimen dual el alumnado es seleccionado por la empresa: “Las empresas que participen en el desarrollo del ciclo, podrán citar al alumno para una entrevista o para realizar las pruebas de selección que cada una de ellas determine. Una vez realizadas las pruebas de selección o las entrevistas, la empresa comunicará al alumno si ha sido seleccionado y dará traslado de la selección al centro educativo” (Instrucción 4^a); las labores de coordinación y control de la admisión y selección son atribuidas al personal de la Dirección General de Educación Secundaria, Formación Profesional y Enseñanzas de Régimen especial (Instrucción 6^a)⁴⁰⁸.

Puesto que supone otro ejercicio del papel activo asignado a la empresa, queremos destacar el impulso de una de las modalidades de impartición de la formación (de las previstas en el art. 17 RD 1529/2012): Ya en octubre de 2013, se estableció la teleformación como forma posible de impartición de los certificados de profesionalidad en la mejora del objetivo de adaptación a las necesidades de los trabajadores y de las empresas. En concreto se indicaba que “la oferta de formación de los certificados podrá impartirse, en su totalidad o en parte, de forma presencial o mediante teleformación e, incluso, realizarse parte en una empresa a través de la formación profesional dual”⁴⁰⁹. Por su parte, la Orden ESS/41/2015 precisa en su art. dos, que en dichos casos la tutoría-formación de la parte presencial obligatoria “podrá realizarse en la propia empresa”, si bien menciona que la prueba de evaluación final de carácter presencial que corresponde en la modalidad de teleformación habrá de ser realizada en el centro educativo. Y en este sentido insiste la reforma operada en 2015: el art. 14 Ley 30/2015 la prevé como modalidad única de impartición de la formación o en combinación con la presencial.

Nos resulta aspecto clave en la Ley, la previsión que hace en el mencionado art. 14, punto 2, al referirse a quiénes pueden impartir formación profesional para el empleo: la enumeración comienza con las empresas que desarrollen acciones para sus propios trabajadores, de su grupo o red empresarial, o para desempleados, “bien con compromiso de contratación u otro acuerdo con los Servicios Públicos de Empleo”. Este artículo menciona lo deseable, el resultado último de la formación profesional como medida de política activa de empleo: la colocación de

⁴⁰⁸ <http://www.madrid.org/fp/>

⁴⁰⁹ Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “De un total de 496 certificados publicados en el BOE, 310 certificados de profesionalidad ya pueden realizarse desde hoy por Internet”, 17 de octubre de 2013, <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2062>

trabajadores en el mercado de trabajo. La empresa forma a desempleados y a continuación los contrata; representa el éxito más absoluto de la formación profesional, “se ha formado en lo que se necesita”.

Por último, y conectando con lo anterior, coincidimos con lo expuesto en el portal de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, acerca de las ventajas que ofrece, para todos (tanto las empresas, los centros educativos, y por supuesto el alumnado), el modelo de la Formación Profesional Dual. En concreto para las empresas destaca que “una primera ventaja es la planificación de recursos humanos a medio y largo plazo, puesto que participar en estos proyectos supone conocer de primera mano a las personas a las que posteriormente pueden contratar, el conocimiento de la formación que el alumnado recibe, sus competencias y habilidades, y por lo tanto reduce los costes y riesgos de los procesos de selección. Además participar en proyectos de Formación Profesional Dual refuerza el compromiso con el entorno, mejorando su imagen ante la sociedad y haciéndola participe de su política de Responsabilidad Social Corporativa”⁴¹⁰.

3.2. Los Servicios Públicos de Empleo

No cabe duda que estamos ante otro de los sujetos cuya participación e implicación es ineludible y sumamente relevante. Es por todos conocido que los SPEs ostentan el papel de acompañantes de los desempleados en su proceso de retorno al empleo, y en relación a los ocupados, han de impulsar su promoción (punto III del Preámbulo Ley 30/2015).

Dentro de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo⁴¹¹ se encuentran, entre otros, los servicios de formación y cualificación para el empleo, en el que los usuarios podrán disponer de asesoramiento y oferta de formación acreditable, y de procesos de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, así como de los instrumentos europeos para favorecer la movilidad en la formación y cualificación profesional. Precisamente en el servicio de formación y cualificación para el empleo queda comprendida “la formación de demanda que realizan las empresas para sus trabajadores y la formación en alternancia con el empleo, promoviendo asimismo la formación profesional dual mediante la

⁴¹⁰ Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, *Portal Formación Profesional Andaluza*, <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/web/formacion-profesional-andaluza>.

⁴¹¹ Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, Cartera común Servicios Sistema Nacional de Empleo (BOE n. 31, de 5 de febrero de 2015).

celebración de contratos para la formación y el aprendizaje” (art. 10.2, a del Real Decreto 7/2015).

En el supuesto de la Formación Profesional Dual del sistema educativo, corresponde a la Administración Educativa la organización, seguimiento y evaluación sobre los procesos (art. 34 RD 1529/2012) en colaboración con las Comunidades Autónomas: entendemos que no sólo en el ámbito educativo, sino también personalizada en la intervención del Servicio Público de Empleo autonómico, puesto que se trata de proyectos mixtos de formación y empleo y estamos ante una medida de política activa para la que tienen transferidas las competencias. Con este fin habrá que analizar datos, tan relevantes para el empleo, a incluir en los instrumentos de evaluación, como es el número de alumnos que continuarán trabajando en la empresa que los ha formado y realizando funciones relacionadas con el ciclo formativo cursado (al término de los dos años posteriores a la finalización del proyecto, art. 34.3 RD 1529/2012).

Como es lógico, es mucho más exhaustiva la presencia de los SPEs en lo que respecta a los contratos para la formación y el aprendizaje: una de las labores que han de cumplir los SPEs, además de lo ya mencionado, es incluir los centros acreditados para impartir la formación en el registro que en cada Comunidad Autónoma estará funcionando, o hacer constar dicha condición a los ya incluidos (art. 18.3 RD 1529/2012 remite al art. 9.3 RD 395/2007). Han de informar y orientar a las empresas y a los trabajadores sobre los mismos, para lo que habrán de colaborar con la Administración Educativa (art. 22 RD 1529/2012). Les corresponde realizar el seguimiento y control de la formación para la obtención de los certificados de profesionalidad, garantizando el desarrollo de procesos de evaluación que aseguren los resultados de aprendizaje (art. 25.1 y 3 RD 1529/2012). Es regulado en el mismo sentido en el art. 10.2 Real Decreto 7/2015 sobre la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

Por otro lado, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) financiará la actividad formativa mediante las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social (art. 24.1 RD 1529/2012). En materia de financiación, el art. 6 Ley 30/2015 les atribuyen, como alternativa a las convocatorias de subvenciones, proporcionar un «cheque formación» a los trabajadores desempleados que, de acuerdo con su perfil, les acredite para realizar acciones formativas concretas dirigidas a mejorar su empleabilidad.

Como particularidad, los Servicios Públicos de Empleo competentes habrán de autorizar los contenidos formativos de los contratos en los que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad

relacionados con el trabajo efectivo a realizar (D.A.1ª RD 1529/2012). En esta cuestión, traemos de nuevo a colación la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, que precisa en su art. uno, que el Servicio Público de Empleo competente habrá de autorizar la formación complementaria asociada a las necesidades específicas de la empresa o de la persona trabajadora, siempre que está programada en el acuerdo para la actividad formativa.

Los programas formativos están disponibles en la página *web* del SEPE, que ha fijado el procedimiento para la inclusión de nuevas especialidades en el Fichero de especialidades formativas previsto en el RD 395/2007⁴¹².

La Disposición Transitoria única de la Orden ESS/41/2015 regula el procedimiento para el supuesto de los contratos que no estén vinculados a la obtención de un título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, y será el SEPE el encargado de la gestión, control y seguimiento de los mismos, en virtud de la información que le suministre el correspondiente SPE de la Comunidad Autónoma.

Otra intervención prevista se producirá si el contrato es concertado con una persona con discapacidad: el SPE habrá de emitir informe favorable para la ampliación de su duración máxima (D.A.2ª.1, b RD 1529/2012).

Art. 18.2 Ley 30/2015 genera una nueva obligación para los SPEs, según el ámbito territorial de actuación de la Unidad especial que se constituirá en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y es la de suministro de información para el desarrollo de su labor.

La Ley tiene presente a las pequeñas y medianas empresas, como sujetos a los que los SPEs deberán prestar especial atención (D.A. 1ª). Contarán para ello con la colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas o representativas en sus respectivos ámbitos sectoriales y territoriales, y se trata de facilitarles el acceso a la formación de sus trabajadores. “A tal fin, deberán prestarles asesoramiento y poner a su disposición la información necesaria acerca de las distintas iniciativas de formación profesional para el empleo y de las entidades formativas existentes para su impartición”.

⁴¹² Resolución de 12 de marzo de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la inclusión de nuevas especialidades en el Fichero de especialidades formativas (BOE n. 72, de 24 de marzo de 2010). Puede consultarse el Buscador de especialidades formativas en https://www.sepe.es/contenidos/personas/formacion/especialidades_formativas/buscador_especialidades_formativas.html

Ya para finalizar, queremos destacar un papel principal en aras de un diseño real del escenario plurianual de actuación en tanto que marco de planificación estratégica de todo el sistema: el art. 4.1 Ley 30/2015 señala que a través del Observatorio del Servicio Público de Empleo Estatal, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en coordinación con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales, realizará la función de prospección y detección de necesidades formativas, que ha de ser permanente para permitir la anticipación a los cambios (otro de los principios que han de regir el Sistema, según el art. 3, b Ley 30/2015). Se detecta en la redacción del artículo una preocupación específica por la necesidad de aumentar el nivel de cualificación de los trabajadores, puesta ya de manifiesto en la Exposición de Motivos: el nuevo marco normativo ha de atender requerimientos de “mayores niveles de cualificación, sobre todo para cubrir empleos de cualificación media”, y de “escasez de mano de obra cualificada en algunos sectores u ocupaciones emergentes con elevados niveles de innovación” (punto I del Preámbulo).

En la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 se perfilan las medidas que habrán de ir desplegando los SPEs, tanto el Estatal como los Autonómicos, y en desarrollo de la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral⁴¹³.

4. Conclusiones

“La dualidad” se manifiesta, no solo en que la formación será impartida en los centros de formación y en las empresas, sino también en los dos sistemas de formación profesional que venían coexistiendo, el convencional y el de origen alemán, enfocados a la misma finalidad de política de empleo. Del mismo modo y como perspectivas de evolución, tal y como señalamos en el título de este estudio, entendemos que sería conveniente “casar” el subsistema de formación profesional para el empleo y el “nuevo” método, depurando así un único modelo como “Sistema de Formación Profesional Dual para el Empleo” en el que el fin y los medios coinciden porque van encaminados a los mismos destinatarios: desempleados y ocupados. La reciente Ley 30/2015 ha respondido a otros objetivos más organizativos (información, planificación y financiación) y de control; además de ser un marco. Pero la

⁴¹³ Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (BOE n. 231, de 23 de septiembre de 2014).

normativa más de desarrollo y ejecución nos sirven de fundamentos en nuestra argumentación. Las perspectivas de evolución se evidencian más en la práctica, en los proyectos formativos.

Es nuestra impresión que en 2012 se vino a regular lo ya regulado en 2007, si bien desde el principio de participación más activa de las empresas en la formación, y en combinación con las actuaciones que los proyectos mixtos de formación y empleo, ejecutados en el ámbito autonómico, ya venían siendo desarrollados. Este sistema “alternativo” de 2012 que en 2015 se regula en los aspectos antes señalados, vuelve a ser la formación en alternancia como Sistema de Formación Profesional para el Empleo, pero importando los rasgos de un modelo que ha dado resultados, en aplicación de la técnica comunitaria de “intercambio de buenas prácticas” que impulsa el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea en su título dedicado al Empleo, en concreto, en su art. 149⁴¹⁴.

La alarmante situación de desempleo juvenil en nuestro país y a la búsqueda “tan desesperada” de medidas de política activa de empleo, ha llevado incluso a dotar a empresas como las de trabajo temporal (art. 6 bis RD 1529/2012) de la titularidad y responsabilidad de la obligación formativa propia de los contratos para la formación y aprendizaje, pudiendo impartir la formación en su centro si cumple los requisitos del art. 18.4 RD. El atractivo en la contratación de estos trabajadores-aprendices figura en lo económico de la modalidad contractual en cuanto al salario a pagar y a que en el caso de jóvenes desempleados inscritos en la oficina de empleo, contratados para la formación y el aprendizaje, la medida de fomento del empleo prevista consiste en la reducción del 75 % o del 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, durante toda la vigencia del contrato, en virtud de la Ley 3/2012, más que en la intención firme de formar trabajadores, con lo que se está primando el interés de la empresa en detrimento del valor de la formación.

Desde un enfoque positivo de esta última función añadida a las empresas de trabajo temporal, si se encuentra acreditada además como agencia de colocación, puede incorporar al trabajador por ella formado en su base de datos y ejercer intermediación laboral para su colocación en el mercado de trabajo.

Con la posibilidad de encadenamiento de los contratos para la formación y el aprendizaje, junto al resto de modificaciones operadas en su regulación en el sentido de la ampliación en su duración máxima y en la

⁴¹⁴ Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, Título IX “Empleo”, DOUE C83/47, de 30/3/2010.

edad, vinculándola a un descenso en la tasa de desempleo que tardará en ser alcanzada (inferior al 15%), lo único que queda garantizado es que el aprendiz continúe formándose, sin que esté previsto el tránsito de su situación a la de trabajador “ordinario”, con permanencia en la/s empresa/s que lo han formado y ejecutando tareas relacionadas con su formación, para lo que se precisan medidas fuertes de fomento del empleo. Es cierto que la DF 4ª Ley 11/2013, que modifica el art. 3.2 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, prevé por conversión en indefinido al cabo de los tres años, en el caso de trabajadores que hubieran estado contratados para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de su celebración, y por una ETT para la formación y aprendizaje y puestos a disposición de una empresa usuaria, una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social por cada uno de tres los años de duración, y una bonificación de 1.500 euros en caso de hombres, y 1.800 si es mujer⁴¹⁵.

En todo caso el objetivo en política de empleo ha de ser doble: el del art. 34.4 RD, que “los alumnos continúen en la empresa al término de los dos años posteriores a la finalización del proyecto, desempeñando las funciones relacionadas con el ciclo formativo cursado”; y que dicha inserción lo sea de calidad, no precaria, esto es, relativamente pronto tras haberse formado, en un empleo que se adecue a su cualificación profesional y a las competencias y habilidades adquiridas, y con un salario adecuado al grupo profesional al que pertenece.

Como venimos indicando, la consolidación del sistema de Formación Profesional Dual depende de la puesta en marcha de proyectos por los centros educativos/empresas acreditadas, puesto que se rigen por el principio de autonomía, de la financiación procedente de fondos públicos y de empresas, instituciones, fundaciones, etc. que contribuyan con el pago de becas en ejecución de los convenios firmados. De 2012 a 2015 se han incrementado el número de proyectos, pero aún es incipiente su instauración en España y, por tanto, se tardará en ver resultados, tanto más si no es secundada por un cuadro posterior de fuertes medidas de fomento del empleo.

Observamos su instauración desigual en las distintas Comunidades Autónomas, en ocasiones en función de la ideología política que gobierna, de si es o no coincidente con la estatal, y en todo caso debido al desarrollo autónomo en la ejecución de sus propias competencias. Entendemos que

⁴¹⁵ Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Bonificaciones/Reducciones a la contratación laboral. Cuadro resumen de normativa vigente*, septiembre 2015, http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/bonificaciones_reducciones.pdf

impulsaría asimismo su consolidación una regulación más exhaustiva y clarificadora por parte de las Comunidades Autónomas, sobre las bases establecidas a nivel estatal en el RD de 2012 y en la Ley 30/2015, que facilitara los procesos a los centros educativos y a las empresas, en los dos ámbitos educativos y laboral.

Sobre todo en atención a la dificultad que entraña la intervención de tantos sujetos distintos en todo el proceso, y la necesidad de coordinación entre ellos.

El punto de partida de facilitar la inserción laboral de los jóvenes desde el mayor contacto con las empresas, que las empresas conozcan de forma más cercana la formación que reciben los jóvenes, y de este modo su impartición pueda adaptarse en contenido a la demanda de los sectores productivos y a las necesidades específicas de las empresas, necesidades que son además cambiantes, resulta ser un fundamento sólido y lógico por práctico y adecuado a la realidad económica y social, pero sin olvidar el control necesario en el seguimiento de la actuación formativa por parte de las empresas, materia en la que los Servicios Públicos de Empleo han de ostentar un papel prioritario, junto con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tal y como ha reconocido la Ley 30/2015 con la creación de una Unidad Especial en la misma, puesto que se trata de trabajadores aunque sea en formación, o de alumnos becados que adquieren formación práctica en empresas y que no han de sustituir, bajo ningún concepto, a trabajadores.

Por otro lado, parece ser que sigue “en el cajón del olvido” una de las responsabilidades de los Servicios Públicos de Empleo, anotar en la cuenta de formación del trabajador todo su bagaje, “en alternancia” o no, “la formación recibida a lo largo de su carrera profesional”; el RD 1529/2013 hubiera sido el lugar apropiado para regularlo en aplicación de la Disposición final 2ª de la Ley 3/2012 que provocó su inclusión en el entonces art. 26.10 LE, y del que ha sido retirado en la reforma de 2015. Por su parte el Real Decreto 7/2015, que aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, en su art. 10.2,d), les atribuye la tarea de mantenimiento y actualización constante de la misma. La pertinencia de dicha figura, a favor de ambas partes del contrato de trabajo al facilitar información contrastada acerca de la formación que aporta el trabajador – su acreditación para el propio trabajador, y su fácil articulación como cuenta asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, no permiten entender la ausencia de su reglamentación.

Más costosa aparenta ser la puesta en circulación de lo que es considerado en el preámbulo de la Ley 30/2015 como “herramienta novedosa”: el cheque de formación para desempleados, con el objeto de proporcionarles

la formación que necesitan, puesto que está pendiente de análisis conjunto entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las Comunidades Autónomas, asimismo el aspecto relevante de sus mecanismos de evaluación; y depende de la implantación progresiva que se decida en las Administraciones competentes. En todo caso, la D.A. 2ª Ley 30/2015 prevé su impulso. Nos movemos en el ámbito de la financiación de la formación, como alternativa de las subvenciones, y se trata de otra labor más encomendada a los Servicios Públicos de Empleo. Como positivo, el desempleado participa en su proceso formativo, entregando el cheque a la entidad formativa de su elección.

La valoración de la Formación Profesional Dual como instrumento del Sistema de Formación Profesional para el Empleo dependerá de los resultados que arroje la tasa de desempleo juvenil en España, que dependerá a su vez del compromiso que las empresas asuman más allá de la formación; estará vinculada al número de trabajadores ocupados que alcancen sus deseos de mejora de empleo o garantías de estabilidad en el que ejecutan. De lo contrario, habrá desempleados muy formados, que no habrán superado su estatus de aprendices.

5. Bibliografía

- Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, n. 23/24, 2012.
- García Quiñones, J.C., *La Formación Profesional para el empleo*, Comentarios a la Ley de Empleo, La Ley, 2012.
- Monereo Pérez, J.L., *Manual de política y Derecho del Empleo (Instituciones, relaciones de empleo, marco legal de las políticas públicas y Derecho Social del Empleo)*, Tecnos, 2011.
- OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013: Una generación en peligro*, Ginebra, 2013, www.ilo.org
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2013.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (Dir.), “Lecciones de Derecho del Empleo”, Tecnos, 2006.

Web sites

Alianza para la formación profesional dual, <http://www.alianzafpdual.es/>

Comisión Europea, Alianza Europea para la Formación de Aprendices,
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-634_es.htm

Consejería de Educación de la Junta de Andalucía:

- “Formación en alternancia”,
<http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/web/formacion-profesional-empleo/formacion-en-alternancia>
- Portal Formación Profesional Andaluza,
<http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/web/formacion-profesional-andaluza>

DW, “¿Es efectivo el modelo alemán contra el desempleo juvenil?” en
<http://youtu.be/K09BkUUMMc0> (consultado el 15 de septiembre de 2015)

Instituto Federal de Formación Profesional (BIBB), vídeo sobre la Formación Profesional Dual, <http://youtu.be/rQJBy2MjnXk> (consultado el 15 de septiembre de 2015)

Instituto Bertelsmann, “Transición escuela- empleo”,
<http://www.fundacionbertelsmann.org/es/home/> (consultado el 15 de septiembre de 2015)

Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Portal Formación Profesional Dual,
www.todofp.es/

Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, *II Informe de seguimiento de la FP dual*,
Subdirección General de Orientación y Formación Profesional,
www.todoFP.es

Ministerio de Empleo Alemán, Proyecto *The job of my life*,
<http://www.thejobofmylife.de/en/home.html> (consultado el 15 de septiembre de 2015)

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, <http://www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/>
(consultado el 15 de septiembre de 2015).

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “Bonificaciones/Reducciones a la contratación laboral. Cuadro resumen de normativa vigente”, septiembre 2015,
http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/bonificaciones_reducciones.pdf (consultado el 15 de septiembre de 2015)

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “De un total de 496 certificados publicados en el BOE, 310 certificados de profesionalidad ya pueden realizarse desde hoy por Internet”, 17 de octubre de 2013,
<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2062>

Representación en España de la Comisión Europea, *Formación Profesional Dual: un futuro laboral para los jóvenes*, junio 2013, http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/educacion-formacion-y-juventud/fp-dual-2013_es.htm

Servicio Público de Empleo Estatal, *Díptico informativo sobre el Contrato para la Formación y el Aprendizaje y sobre la Formación Profesional Dual*, www.sepe.es/contenido/conocenos/.../pdf/Contrato_FyA_FPD.pdf

Servicio Público de Empleo Estatal, Buscador de especialidades formativas, https://www.sepe.es/contenidos/personas/formacion/especialidades_formativas/buscador_especialidades_formativas.html

La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?*

Adrián TODOLÍ SIGNES**

RESUMEN: La incorporación de la formación dual a España es uno de los buques insignia del Gobierno en su lucha contra el desempleo juvenil. Sin embargo muchas son las críticas que ha recibido por parte de la doctrina desde su iniciación. En este estudio se pretende una comparación entre la formación dual española y la alemana en los objetivos, los medios, los sistemas utilizados y los agentes intervinientes. Con este análisis se pretende estudiar las semejanzas y diferencias entre ambos sistemas de formación dual con objeto de proponer al final del artículo algunas mejoras.

Palabras clave: Formación dual, Contrato para la formación y el aprendizaje, Alemania, España.

SUMARIO: 1. El nuevo contrato para la formación y su inspiración en el modelo alemán. 2. La configuración y funcionamiento del sistema de formación dual alemán. 3. El contrato para la formación y el aprendizaje y el sistema de formación dual español. 4. La formación dual a través de becas de trabajo. 5. Valoración del contrato para la formación y el aprendizaje como “base de la formación dual”. 6. Propuestas de mejora: Algunas directrices a debatir para la implantación de la formación dual en España. 7. Bibliografía.

* Investigación financiada por el Proyecto de Ministerio de Economía y Competitividad con referencia DER 2013-45142 titulado “Análisis y evaluación del marco regulador del empleo juvenil y propuestas de mejora”.

** Ganador del Premio Mejor Ensayo 2015 otorgado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia.

1. El nuevo contrato para la formación y su inspiración en el modelo alemán

El contexto económico de la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje

La crisis económica en España ha afectado de forma especialmente virulenta al desempleo juvenil. Durante el periodo de 2007 a 2013 el desempleo juvenil ha pasado del 18,1% al 55,5%⁴¹⁶. Alertados – o alarmados – por estos datos se ha pretendido, desde las instancias gubernamentales, poner remedio al problema. Con este objetivo se ha mirado hacia países europeos con niveles más saludables de desempleo de los jóvenes⁴¹⁷: Alemania (7,9%); Holanda (11%); Austria (9,2%); teniendo todos en común un sistema de formación dual para los jóvenes⁴¹⁸. Esta es la inspiración del nuevo contrato para la formación y el aprendizaje regulado por el RD-Ley 10/2011 y el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual⁴¹⁹. Este contrato tiene por objetivo básico “la cualificación profesional de los trabajadores” a través de la llamada formación dual. El modelo de aprendizaje consiste en combinar actividad laboral retribuida en una empresa con una actividad formativa recibida en el marco de la formación profesional del sistema educativo. Teóricamente la metodología de aprendizaje “dual” se inspira en el modelo alemán de formación dual el cual lleva en funcionamiento en

⁴¹⁶ Datos del EUROSTAT de desempleo de jóvenes de 15 a 24 años.

⁴¹⁷ Datos del EUROSTAT para 2013 de desempleo de jóvenes de entre 15 y 24 años.

⁴¹⁸ Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment in the Federal Republic of Germany”, *European Journal of Education*, v. 20, n. 2/3, 1985, p. 203; Nieto Rojas, P., “La formación dual como política activa de empleo. La escasa empleabilidad de los jóvenes sin cualificación como telón de fondo”, *Revista de información laboral*, n. 2, 2014, p. 44. Ya desde un principio se debe señalar que Suecia es un país que también cuenta con un sistema de formación dual pero su tasa de desempleo juvenil se sitúa en 2012 en el 23,7%.

⁴¹⁹ Así como la Orden ESS/2518/2013 que parece que próximamente será modificada conforme establece el art. 109 del RD-Ley 8/2014. Este artículo establece que “En el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social modificará la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del Contrato para la Formación y el Aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el Contrato para la Formación y el Aprendizaje y se establecen las bases de la Formación Profesional Dual, para aumentar las cuantías máximas de las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social dirigidas a financiar los costes de la formación inherente a dicho contrato, reguladas en el artículo 8 de la citada orden, siempre y cuando se contrate a un beneficiario de la Garantía Juvenil. Asimismo, mediante la citada orden se introducirá una bonificación adicional”.

aquél país más de 60 años sin apenas modificaciones⁴²⁰.

En el país teutón el sistema de formación dual está basado en un contrato entre la empresa y el aprendiz donde este último asiste a la empresa entre 3-4 días mientras que el resto del tiempo acude a una escuela de formación profesional⁴²¹. Este sistema, que combina formación en la empresa y formación “tradicional”, ha sido considerado por los expertos como el mejor elemento para facilitar la transición al mercado de trabajo⁴²². Se le atribuye también el mérito del bajo desempleo juvenil alemán⁴²³, pero sobre todo los expertos consideran que la formación dual es responsable de los altos niveles de productividad de los trabajadores alemanes⁴²⁴. No en vano la Comisión Europea considera el Sistema dual de formación como “el mejor modelo” para la formación profesional de los jóvenes⁴²⁵.

⁴²⁰ La Ley de formación profesional dual alemana (*Berufsbildungsgesetz*) es de 1969 (y sólo se aplicaba a Alemania del Oeste), aunque los orígenes de esta institución se remontan a 1869 donde la legislación obligaba a los jóvenes trabajadores a acudir a la escuela al menos un día a la semana, Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *The Economic Journal*, v. 103, n. 420, 1993, p. 1282.

⁴²¹ Ertl, H., “The Transition of Vocational Education and Training in Eastern Germany: Notes on the Role of European Unions Programs”, *Comparative Education Review*, v. 44, n. 4, 2000, p. 464.

⁴²² Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...”, *óp. cit.*, p. 213; Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *óp. Cit.*, pp. 1279-1280; Brauns, H., *et al.*, “Does Education Matter? France and Germany in Comparative Perspective”, *European Sociological Review*, v. 15, n. 1, 1999, p. 61.

⁴²³ Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *Industrial and Labor Relations Review*, v. 49, n. 4, 1996, p. 658. Gran proporción de los aprendices continúan en la empresa después del aprendizaje, Benner, H., “Die duale Berufsausbildung in Deutschland und Aspekte ihrer Weiterentwicklung im Hinblick auf die europäische Integration”, *Berufsbildung in Wissenschaft und Praxis*, n. 21, v. 2, 1992, p. 2; HER MAJESTY’S INSPECTORATE, *Aspects of Vocational Education and Training in the Federal Republic of Germany*, Further Educational Funding Council, London, 1991, p. 9; Ertl, E., “The Concept of Modularizations in Vocational Education and Training The Debate in Germany and Its Implications”, *Oxford Review of Educations*, v. 28, n. 1, 2002, p. 54; Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...”, *óp. cit.*, p. 213.

⁴²⁴ Witte, J.C. y Kalleberg A.L., “Matching Training and Jobs: The Fit between Vocational Education and Employment in the German Labour Market”, *European Sociological Review*, v. 11, n. 3, 1996, p. 293; Glover, R.W., “The German Apprenticeship System: Lessons for Austin, Texas”, *Annals of American Academy of Political and Social Science*, v. 544, 1996, p. 82. Aumentos de productividad que pueden fácilmente concluir en reducciones al desempleo gracias a las mejoras de competitividad del país.

⁴²⁵ Werner, W. y Wessels, W., *Europe from A to Z: Guide to European integration*, Institut für Europäische Politik European Commission, 1997, pp. 83 y ss. Se puede consultar en <http://darkwing.uoregon.edu/~gjs/euro410/images/pdf/A-ZEuropeanIntegration.pdf>

Con la aparente intención de emular los éxitos de este sistema de formación, nuestro legislador, en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, afirma inspirarse en el sistema alemán de formación dual con el objetivo de superar la distinción entre teoría y práctica decantándose por la alternancia entre la actividad educativa “oficial” y la actividad laboral retribuida⁴²⁶.

En el presente trabajo se pretende, desde una perspectiva crítica, analizar y compara la “verdadera” – en el sentido de original – formación dual alemana y la nueva legislación española con objeto de fijar pautas de mejora.

2. La configuración y funcionamiento del sistema de formación dual alemán

Objetivos de la formación dual

La formación profesional (*Berufsbildung*), por definición, persigue una gran variedad de objetivos: el desarrollo de competencias y habilidades útiles para el mundo laboral; la transmisión de valores positivos hacia el trabajo y la socialización de los jóvenes⁴²⁷; mejorar la autoestima; además de proveer una conjunto de actividades para los jóvenes que de otra manera podrían acabar envueltos en actividades ilegales⁴²⁸. Sumada a estas clásicas metas de la formación profesional el sistema dual alemán, de alternancia entre escuela y trabajo, incluye dos más. El primero consiste en permitir que los aprendices obtengan un amplio contacto en el mercado laboral⁴²⁹. Con el segundo objetivo se pretende que las empresas utilicen el contacto con los trabajadores para una mejor selección de sus empleados⁴³⁰. Es decir, este sistema de alternancia parte de la filosofía de que la formación profesional debería estar en manos de las empresas⁴³¹ las cuales son, según sus defensores, las que mejor conoce sus necesidades de mano de obra y,

⁴²⁶ Sempere Navarro, A.V., “Más medidas “urgentes” sobre empleo y desempleo, *Aranzadi Social Doctrinal*, n. 7, 2011; y Sempere Navarro, A.V., Martín Juménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 77.

⁴²⁷ Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *óp. cit.*, p. 1282.

⁴²⁸ Witte J.C., y Kalleberg A.L., “Matching Training and Jobs...”, *óp. cit.*, p. 293.

⁴²⁹ Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *Óp. Cit.*, p. 671.

⁴³⁰ Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...”, *óp. cit.*, p. 215 y ss.; Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *óp. cit.*, p. 659.

⁴³¹ Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...”, *óp. cit.*, p. 211.

además, las que pueden otorgar mayores beneficios formativos al aprendiz. Fue el pedagogo Georg Kerchensteiner (1854-1932), el que estableció, por primera vez, la necesidad de unir concretas ocupaciones laborales con formaciones específicas en las escuelas y viceversa. Este experto no concebía la existencia de un monopolio estatal en la formación sino que propugnaba que el valor educacional de las escuelas se integrara con una visión práctica del trabajo⁴³². Ahora bien, la idea de la formación en la empresa es muy anterior.

El origen de la formación dual

El origen de la formación profesional en la propia empresa proviene de la Edad Media⁴³³. Los gremios de artesanos permitían a los miembros más expertos acoger a un aprendiz en su taller, donde vivía y trabajaba sólo a cambio de comida, el cual pasados unos años de trabajo podía obtener el permiso del gremio para abrir su propio taller⁴³⁴. Este modelo de aprendizaje comenzó a decaer con la sociedad pre-industrial. Los liberales de la época querían disminuir la sociedad estratificada existente durante la Edad Media, así como eliminar las barreras de entrada en el mercado que los gremios imponían. Junto a todo esto, se empezaba a contemplar el Estado como el responsable de la educación y formación de los jóvenes lo que llevó, con el tiempo, a implantar escuelas estatales de formación profesional⁴³⁵. En este sentido, con la formación en alternancia entre la empresa y el centro educativos, la Ley alemana de 1969 – que regula el sistema de formación dual (*Berufsbildungsgesetz*) – parece querer integrar el tradicional concepto de formación en el lugar de trabajo con la moderna idea de la responsabilidad del Estado en la educación de los jóvenes⁴³⁶. Algo que, como más adelante se verá, no sólo lleva a la obligación de los

⁴³² Las ideas de este autor son las que guían la formación dual alemana, Higginson, J.H., “Michael Sadler and the German connections”, *Oxford Review of Education*, n. 16, 1990, p. 248.

⁴³³ Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act: its Function as an Instrument of Quality Control within a Tradition-Based Vocational Training System”, *Oxford Review of Education*, v. 22, n. 3, 1996, p. 318.

⁴³⁴ Lauterbach U. y Lanzendorf U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania: Funcionamiento y situación actual”, *Revista interuniversitaria de formación profesional*, n. 30, 1997, p. 61.

⁴³⁵ A raíz de los cambios sociales producidos por la revolución industrial en el S. XIX, la formación de los aprendices nuevamente entró en crisis y la calidad de la formación fue descuidada. Sumado a ello, la creciente expansión económica originó una demanda de técnicos cualificados lo que provocó la primera intervención del Estado en la regulación de la formación profesional en Alemania, Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania...”, *óp. cit.*, p. 61.

⁴³⁶ Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 318.

aprendices a asistir a la escuela, sino que toda la normativa está impregnada de medidas estatales de control de la calidad de la formación recibida por los aprendices.

Principios básicos de la formación dual

En Alemania el calificativo “dual” tiene cuatro significados. En primer lugar, y en el sentido que le da la legislación española (RD 395/2007)⁴³⁷, el término dual hace referencia a la alternancia (*Berufsschule*) entre dos formas de aprendizaje: el aprendizaje en la empresa y en la escuela⁴³⁸. Sin embargo, sumado a este significado existen tres más. En segundo lugar, se hace referencia a “dual” dado que existe una división de responsabilidades de financiamiento de la formación: La empresa es responsable de los costes de la formación en la empresa (tutorización, materiales, salario, etc.) mientras que los costes de la escuela los sufraga el *Land* (Estado federado). En tercer lugar, indica la separación legal de responsabilidades: Por una parte, las responsabilidades de la empresa están reguladas por la Ley de formación profesional de 1969; por otra, la formación en la escuela está regulada por cada Estado federado. En cuarto lugar, el término dual hace referencia a que el joven tiene, en el sistema dual, un doble rol: aprendiz (*Lehrling*) y estudiante (*Berufsschüler*)⁴³⁹. Estos cuatro elementos serán, pues, los que guíen la formación dual.

2.1. El contrato de aprendizaje integrado en el sistema de formación dual alemán

La ordenación normativa de la formación dual

El contrato de aprendizaje está regulado por la Ley de formación profesional (*Berufsbildungsgesetz*). Esta normativa se enmarca dentro del

⁴³⁷ El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en su art. 26, define la formación en alternancia como aquella que tiene por objeto contribuir a la adquisición de las competencias profesionales de la ocupación mediante un proceso mixto, de empleo y formación, que permite al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo.

⁴³⁸ Muchos estudios resaltan esta cualidad, olvidándose de las otras tres, ver, Glover, R.W., “The German Apprenticeship System: Lessons for Austin, Texas”, *óp. cit.*, p. 84; Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *óp. cit.*, 660.

⁴³⁹ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *Oxford Review of Education*, v. 14, n. 2, 1988, p. 166; Deissingner, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 321.

Derecho del Trabajo Alemán⁴⁴⁰ y contiene los preceptos que ordenan la relación entre el empresario y el aprendiz (art. 3 a 19)⁴⁴¹. Estos artículos regulan el objetivo del contrato, la estructura y duración del mismo (de 2 a 3 años), la jornada máxima de trabajo efectivo, etc. De acuerdo con la Ley, el contrato obliga al empresario a asegurarse de que los conocimientos y habilidades requeridas para la profesión son impartidos al trabajador. Obliga a la empresa a proteger al aprendiz de todo daño físico y moral (art. 6.1), así como impide que el trabajador realice funciones distintas a las relacionadas con el propósito del contrato – el oficio concreto – (art. 6 II). También obliga a la empresa a conceder al aprendiz todos los permisos necesarios para que atienda a la escuela de formación profesional y realice los debidos exámenes (art. 7). Por su parte, las obligaciones del aprendiz consisten en cumplir ciertos requerimientos de buen comportamiento, asistir a la escuela (art. 9) y mantener un diario de actividades que debe ser firmado cada día por el tutor de la empresa (art. 6.1).

El proceso comienza con la búsqueda de una empresa por parte del aprendiz, aunque también existe un registro público de empresas que buscan aprendices⁴⁴². Encontrada la empresa, el interesado debe solicitar por escrito la plaza de aprendizaje. Entre los solicitantes mejor cualificados, y normalmente tras una entrevista, la empresa elige. En este momento se firma el contrato donde se debe fijar el inicio y duración de la formación (dictaminado por el reglamento del oficio concreto), el horario de trabajo, el periodo de prueba, la remuneración del aprendiz (fijada por negociación colectiva) y la duración de las vacaciones⁴⁴³. Sumado a ello, de acuerdo con la Ley, el contrato debe especificar la profesión que se enseña – que debe ser una de entre las oficiales – y el plan de formación. Este plan de formación debe constar de las habilidades a adquirir; la cronología de aprendizaje en la empresa; la formación que recibirá en la escuela de formación profesional – de acuerdo con la profesión oficial elegida –; y las pruebas o exámenes, prácticos y teóricos, que el aprendiz debe superar

⁴⁴⁰ Lauterbach U. y Lanzendorf U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania...”, *óp. cit.*, pp. 59 y 63; Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 327.

⁴⁴¹ Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 326.

⁴⁴² Miller Idriss, C., “Challenge and Change in the German Vocational System since 1990”, *Oxford Review of Education*, v. 28, n. 4, 2002, p. 475; La Oficina Federal de Empleo puede encargarse de buscar una empresa para el aprendiz, Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *óp. cit.*, p. 660.

⁴⁴³ Lauterbach U. y Lanzendorf U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania...”, *óp. cit.*, p. 63.

para obtener su certificado de profesionalidad⁴⁴⁴.

El contenido económico del contrato

La retribución percibida por el aprendiz no depende del trabajo efectivo, sino de lo establecido por la negociación colectiva sector por sector. Las cantidades mínimas percibidas, pues, varían dependiendo del convenio colectivo aplicable, aunque suele ser un tercio de lo que percibe un trabajador totalmente formado⁴⁴⁵. Salario de inicio que va en aumento conforme pasan los años de aprendizaje⁴⁴⁶. La empresa debe pagar la cuota patronal de seguridad social⁴⁴⁷ lo que da derecho al trabajador a cobrar desempleo si al finalizar el aprendizaje no continúa trabajando⁴⁴⁸. Además de ello, la empresa también debe pagar una cuota a las cámaras de comercio por sus funciones en el control de la calidad del aprendizaje⁴⁴⁹. También hay una obligación legal de registrar todos los contratos de aprendizaje en las cámaras de comercio (art. 31)⁴⁵⁰.

¿Contrato de trabajo o beca de trabajo?

Una cuestión siempre controvertida es si el aprendiz puede realizar trabajo productivo en la empresa o por el contrario el contrato debe ceñirse a su vertiente formativa. La separación "ficticia" existente entre becas de trabajo – donde no se puede realizar trabajo productivo – y contrato de trabajo no existe en la legislación Alemana. Por esta razón, los aprendices pueden, legalmente, realizar trabajo productivo para la empresa. Las garantías de que el aprendiz no está siendo utilizado como mano de obra barata vendrán, pues, del escrupuloso cumplimiento del programa formativo diseñado y aprobado por los agentes sociales y el Estado. Esto implica que, dependiendo del oficio, el trabajador empezará antes o después a poder realizar trabajo productivo para el empresario conforme indique el reglamento del oficio.

⁴⁴⁴ Raggatt, P., "Quality Control in the Dual System of West Germany", *óp. cit.*, p. 169.

⁴⁴⁵ Steedman, H., "The Economics of Youth Training in Germany", *óp. cit.*, p. 1281.

⁴⁴⁶ Raggatt, P., "Quality Control in the Dual System of West Germany", *óp. cit.*, p. 169.

⁴⁴⁷ Winkelmann, R., "Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany", *óp. cit.*, p. 661.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 661.

⁴⁴⁹ Steedman, H., "The Economics of Youth Training in Germany", *óp. cit.*, p. 1281.

⁴⁵⁰ Raggatt, P., "Quality Control in the Dual System of West Germany", *óp. cit.*, p. 169.

2.2. El aprendiz

La educación previa al ingreso en el sistema dual

Entre el 50% y el 70% de jóvenes alemanes entre 15 y 18 años participan en la formación dual y esto no es casualidad. El sistema educativo alemán está diseñado para que así sea. En primer lugar, a los 10 años de edad del estudiante, el sistema educativo se divide en tres categorías⁴⁵¹: i) *Gymnasium* que forma a los jóvenes para asistir a la Universidad hasta los 18 años ii) *Realschule* que forma para la entrada al sistema de formación dual hasta los 15 años iii) *Hauptschule* que prepara para trabajos sin necesidad de cualificación hasta los 16 años. Así pues, desde los diez años gran parte de los adolescentes alemanes se preparan, específicamente, para entrar en el sistema de formación dual. Pero, además, existen dos obligaciones legales que aseguran una alta participación en este sistema. La primera es que hasta los 18 años existe obligación de estar en el sistema educativo, por esta razón los estudiantes sólo tienen dos posibilidades: i) o estar en el *Gymnasium*; ii) o entrar en una escuela de formación profesional; sin que entrar en el mercado de trabajo directamente sea, en principio, posible. Sumado a ello, la segunda obligación consiste en que las empresas sólo pueden contratar trabajadores, menores de 18 años, dentro del sistema de formación dual y en una de las profesiones "oficiales"⁴⁵². De esta forma, los estudiantes que tras finalizar la educación general deseen trabajar tendrán que hacerlo dentro del sistema de la formación dual. De la misma forma, la empresa que desee formalizar un contrato de aprendizaje, sea con menores o con mayores de 18 años, deberán, obligatoriamente, hacerlo siguiendo las pautas marcadas, y los niveles de calidad exigidos, por la formación dual.

Las ventajas de completar la formación dual para el futuro trabajador

Asimismo, tal y como está configurado el sistema de relaciones laborales en Alemania, los jóvenes tienen grandes incentivos para participar en la formación dual. Los agentes sociales, a la hora de negociar los salarios y la clasificación profesional en la negociación colectiva, tienen muy en cuenta la tenencia de los certificados de profesionalidad que la formación dual provee. Por esta razón, superar con éxito la formación profesional dual

⁴⁵¹ Ertl, H. y Phillips, D., "The Enduring Nature of Tripartite System of Secondary Schooling in Germany: Some Explanations", *British Journal of Educational Studies*, v. 48, n. 4, 2000, p. 399.

⁴⁵² Lauterbach U. y Lanzendorf U., "El sistema dual de formación profesional en Alemania...", *op. cit.*, p. 54; Steedman, H., "The Economics of Youth Training in Germany", *op. cit.*, p. 1283.

proporciona grandes recompensas en el futuro laboral; en forma de mejores salarios que los trabajadores sin formación; pero también en acceso a determinados ascensos que la negociación colectiva impide que obtengan las personas sin dicha formación⁴⁵³.

2.3. La regulación sobre los certificados de profesionalidad y el contenido de la formación

Sólo para profesiones reconocidas

Como se ha dicho, las empresas – con un contrato de aprendizaje – sólo pueden formar trabajadores dentro del marco de una formación profesional "oficial". La primera consecuencia de esta obligación legal es que la formación dual no está al servicio de la empresa sino del aprendiz y del sistema productivo en general. Es decir, la legislación impide que la empresa forme a un trabajador, con un contrato de aprendizaje, para sus propias necesidades económicas y tecnológicas. Por el contrario, el sistema de formación dual se basa en un alto nivel de estandarización de la formación adquirida en cada empresa por los estudiantes.

La reglamentación de las profesiones reconocidas

Esta estandarización se obtiene con una fuerte reglamentación de la formación dada por la empresa en cada una de las 331 profesiones oficiales⁴⁵⁴. La propia Ley de formación profesional creó el Instituto Federal de Formación Profesional (*Bundesinstitut für Berufsbildung*, BiBB), con sede en Berlín, que es el órgano encargado de reglamentar y perfeccionar el contenido y las estructuras del Sistema Dual. Su cometido se centra en preparar los Reglamentos de Formación, la elaboración de informes, estadísticas y en general funciones de perfeccionamiento del Sistema Dual a través de la investigación y el asesoramiento al Gobierno⁴⁵⁵. Junto con el BiBB los agentes sociales juegan un papel fundamental en la elaboración de tales reglamentos. De hecho, la iniciativa

⁴⁵³ Steedman, H., "The Economics of Youth Training in Germany", *óp. cit.*, p. 1283.

⁴⁵⁴ Dato ofrecido por el Gobierno Federal Alemán, se puede consultar en <http://www.bibb.de/en/13955.php>. Si bien, la tendencia es a reducir el número de profesiones, haciendo más general las habilidades aprendidas. Entre 1970 a 2014 han pasado de 600 profesiones a sólo 331, ver Deissinger, T., "Germany's Vocational Act...", *óp. cit.*, p. 329.

⁴⁵⁵ Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., "El sistema dual de formación profesional en Alemania...", *óp. cit.*, p. 60; Ertl, E., "The Concept of Modularizations in Vocational...", *óp. cit.*, p. 55.

para modificar, suprimir o crear una nueva profesión suele venir de las asociaciones de empresarios y de los sindicatos. Estos negocian y acuerdan un plan de formación, con el asesoramiento del Instituto Federal de Formación Profesional, que posteriormente debe ser aprobado por el Gobierno Federal. Estos reglamentos incluyen las habilidades que el aprendiz debe adquirir, las líneas generales del plan de aprendizaje, la duración y la estructura de las aéreas temáticas; y también los exámenes requeridos para que el trabajador obtenga la titulación correspondiente.⁴⁵⁶ Con la participación de los agentes sociales y la necesaria aprobación del Gobierno se pretende establecer los objetivos del contenido formativo, en su vertiente práctica y teórica, así como asegurar que el aprendizaje está técnica, social y económicamente adaptado a las necesidades del mercado laboral.

Así pues, es interesante reconocer que aunque la formación dual tiene como objetivo principal la formación en la empresa estas reglamentaciones aseguran que la formación obtenida sea útil para la sociedad en general más allá de las necesidades de las empresas que dan esa formación. Piénsese, por ejemplo, que la duración del contrato para el aprendizaje no está en manos del empresario, ni del el trabajador, sino de la reglamentación anexada a un concreto oficio. De la misma forma, el empresario no puede formar al trabajador, con este tipo de contrato, para el oficio que desee sino sólo para aquellos que tengan una reglamentación oficial. Todo esto lleva a la conclusión de que la formación dual está diseñada con el objetivo final de aumentar la productividad, y la capacidad productiva, de los trabajadores y no de las necesidades de empresarios individuales ni tampoco de la inserción laboral de los concretos aprendices.

2.4. La empresa

El papel de la empresa en la formación dual

Desde esta perspectiva se ve a la empresa como una colaboradora del servicio de formación estatal cuyos beneficios sólo son percibidos indirectamente – a través de la obtención de una mano de obra mejor preparada en todo el país –⁴⁵⁷. Las empresas colaboran voluntariamente.

⁴⁵⁶ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 172.

⁴⁵⁷ Anteriormente las empresas recibían subvenciones estatales por su participación y colaboración pero estas se han ido eliminando, Miller Idriss, C., “Challenge and Change in the German Vocational System since 1990”, *óp. cit.*, p. 476. A mi juicio, las subvenciones pueden crear una distorsión grande en el sistema por el que las empresas

De hecho, no todas las empresas pueden participar sino que solamente aquellas que acrediten unas adecuadas instalaciones para la formación durante el trabajo⁴⁵⁸. Sumado a ello, las empresas sólo podrán acoger aprendices si cuentan con personal preparado para tutorizarlos. La Ley de formación profesional exige que los aprendices sean guiados por un maestro en el oficio (*Meister*). Por ello, sólo las empresas que dispongan de empleados acreditados como *Meister* pueden admitir novicios, e incluso en ese supuesto el número de discípulos por *Meister* suele ser de dos o tres⁴⁵⁹. El título de *Meister* es concedido por el Estado tras la superación de un examen teórico-práctico (*Ausbildereignungsverordnung*)⁴⁶⁰. Tras años de experiencia como trabajador, un aspirante a *Meister*, para obtener el título, debe demostrar un avanzado conocimiento técnico, pedagógico y de administración de empresas. Se espera, de los expertos en su oficio, que tengan pleno conocimiento sobre los valores organizacionales, las normas y los procedimientos de mejora de la eficiencia empresarial, sobre los costes y los controles de calidad del proceso productivo, entre otras cosas⁴⁶¹. Por ello, los tutores deben superar un examen previo en el que, entre otras cosas, se asegurará que el responsable tenga conocimientos pedagógicos para que sea capaz de transmitir sus conocimientos técnico-prácticos al aprendiz.

El plan formativo de la empresa

De acuerdo con la Ley de formación profesional, la empresa está obligada a realizar su propio plan formativo concretado para cada trabajador, donde se incluya los objetivos perseguidos, la cronología formativa, las actividades a realizar y las aptitudes o habilidades a adquirir⁴⁶². Este plan es la adaptación a la empresa y al aprendiz de los reglamentos formativos creados por los agentes sociales y el Instituto Federal de formación profesional.

acojan aprendices por el subsidio sin intención de dar una verdadera formación al trabajador. De la misma forma que existe un claro peligro de que las empresas sólo acojan aprendices para obtener mano de obra barata y no para formarlos, la entrega de subsidios estatales incrementa tal riesgo.

⁴⁵⁸ Winkelmann, R., "Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany", *óp. cit.*, p. 660.

⁴⁵⁹ Raggatt, P., "Quality Control in the Dual System of West Germany", *óp. cit.*, p. 172.

⁴⁶⁰ Deissinger, T., "Germany's Vocational Act...", *óp. cit.*, p. 328.

⁴⁶¹ Raggatt, P., "Quality Control in the Dual System of West Germany", *óp. cit.*, p. 171.

⁴⁶² Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., "El sistema dual de formación profesional en Alemania...", *óp. cit.*, p. 67.

Las ventajas del sistema para las empresas

Es cierto que la empresa debe estar al servicio del sistema público de formación cuando acoge a un aprendiz, pero ello no significa que no obtenga ventajas del sistema. Como colaborador es el encargado de entrenar a los futuros trabajadores en su vertiente práctica, lo que le permitirá que el aprendiz conozca la forma de trabajar del empresario desde el inicio. Durante los años de formación (tres como regla general) del aprendiz el empresario podrá obtener valor productivo de éste y además adaptar los "micro" conocimientos a la estructura informal de su empresa, todo esto pagando al estudiante aproximadamente una tercera parte del sueldo⁴⁶³. Sumado a ello, el proceso formativo permite a la empresa una mejor selección de los trabajadores⁴⁶⁴. Durante el aprendizaje la empresa tiene tiempo más que suficiente para evaluar la idoneidad de un candidato. Esta modulación del trabajador y su evaluación durante el aprendizaje se muestra muy útil para el empresario, prueba de ello es que las estadísticas demuestran que – durante las crisis económicas – se despiden en último lugar a los trabajadores que se formaron en la propia empresa⁴⁶⁵.

2.5. Los controles de calidad del aprendizaje

Organismos encargados del control de la calidad

Adicionalmente a todas las medidas vistas hasta ahora, que garantizan las bondades formativas del aprendizaje práctico en las empresas, existen organismos externos a la empresa dedicados a evaluar la calidad de la formación dual. Esta responsabilidad recae, de acuerdo con la normativa, sobre los "organismos competentes" (*Zuständige Stellen*)⁴⁶⁶.

Funciones de los órganos competentes

Estos órganos pueden ser públicos, dependientes del Estado federado; o bien semi-públicos como las cámaras de comercio, los colegios de abogados, arquitectos, ingenieros, etc⁴⁶⁷. Los organismos competentes,

⁴⁶³ En este sentido, Clement, W., "Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...", *óp. cit.*, pp. 215 y 217.

⁴⁶⁴ Winkelmann, R., "Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany", *óp. cit.*, p. 659.

⁴⁶⁵ Clement, W., "Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment...", *óp. cit.*, p. 216.

⁴⁶⁶ Deissinger, T., "Germany's Vocational Act...", *óp. cit.*, p. 326.

⁴⁶⁷ Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., "El sistema dual de formación profesional en

pues, son los encargados de monitorizar y controlar la calidad de las prácticas laborales en los diversos sectores donde tienen competencia. Se encargan de comprobar que la normativa sobre formación – en cada concreto oficio – se cumple y se aseguran de que el aprendiz ha adquirido todas las competencias que la ley exige para obtener la cualificación profesional⁴⁶⁸. Una de las funciones más importantes de estos organismos consiste en atender a las reclamaciones de los aprendices – o de las empresas en su caso – sobre una deficiente calidad de la formación o de posibles abusos en este tipo de contratos de aprendizaje⁴⁶⁹. Ante una reclamación de este tipo, los órganos competentes están obligados a realizar una investigación y llegar a una conclusión sobre la reclamación. Esta resolución tendrá efectos vinculantes para las partes, teniendo potestad, incluso, para eliminar o suspender el derecho de una empresa a acoger aprendices si se acredita que la calidad formativa no llega a los estándares exigidos por la normativa⁴⁷⁰.

La evaluación del aprendizaje

Las cámaras de comercio – u otros organismos competentes designados por el Estado federado – también son los encargados de llevar a cabo los exámenes que dictaminarán el derecho del aprendiz a obtener su cualificación profesional. Existen pruebas finales y pruebas intermedias. Una suerte de evaluación continua que asegura la progresiva adquisición de conocimientos y habilidades del aprendiz. El grado de exigencia de las pruebas está regulado, de forma centralizada, por los reglamentos de formación, sin embargo la fijación del contenido de las pruebas se fija por los responsables de cada especialidad dentro de cada organismo competente⁴⁷¹. En cualquier caso, el objetivo final es que el aprendizaje sea evaluado con objeto de acreditar sólo a aquellos aprendices que adquirieron realmente las habilidades y conocimientos exigidos por la normativa. Esta evaluación – y la importancia que tiene socialmente obtener el certificado – hace que los alumnos tengan verdadero interés en que la empresa les forme en los conocimientos exigidos por los reglamentos formativos y no en habilidades específicas de esa empresa. Los aprendices son conscientes que lo importante de la formación no es "obtener un empleo inmediato" sino en adquirir las competencias

Alemania...”, *óp. cit.*, p. 70.

⁴⁶⁸ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 169.

⁴⁶⁹ Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 327.

⁴⁷⁰ Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *óp. cit.*, p. 1282.

⁴⁷¹ Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania...”, *óp. cit.*, p. 69.

necesarias para la acreditación. Esto, una vez más, hace recaer la importancia del objetivo del contrato para el aprendizaje en la productividad del trabajador y no en la inserción laboral. Siendo el incremento de la productividad del trabajador lo único que podrá asegurar su empleabilidad futura.

3. El contrato para la formación y el aprendizaje y el sistema de formación dual español

La regulación española

El contrato para la formación y el aprendizaje español fue introducido por el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y posteriormente ha sido modificado por la el RD-Ley 3/2012 que fue rectificado en su transformación en Ley (Ley 3/2012). A su vez, esta normativa de rango legal ha sido desarrollada por el RD 1592/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Tal y como expresa la propia exposición de motivos, esta normativa tiene por objetivo “establecer las bases para la implantación progresiva de la formación profesional dual en España, entendida como el conjunto de acciones e iniciativas formativas que tiene por objeto la cualificación profesional de las personas, combinando los procesos de enseñanza y aprendizaje en la empresa y en el centro de formación”. La exposición de motivos continua afirmando que “procede avanzar decididamente en una formación profesional dual basada en una mayor colaboración y participación de las empresas en los sistemas de formación profesional, propiciando una participación más activa de la empresa en el propio proceso formativo del alumnado”⁴⁷². En este sentido, esta regulación se enmarca en la filosofía de que la intervención de la empresa en la formación de los profesionales es la mejor manera de adecuar el aprendizaje a las necesidades del mercado de trabajo.

⁴⁷² Es interesante como la exposición de motivos a continuación señala otro aspecto de la formación dual “permitir que éstas (las empresas) conozcan de manera más cercana la formación que reciben los jóvenes, cada vez más adaptada a las demandas de los sectores productivos y a las necesidades específicas de las empresas”. Es decir, uno de los objetivos manifestados por la regulación consiste en que la empresa tenga la oportunidad de *conocer* la formación de los trabajadores cuando en toda lógica es la empresa la que debe dar esa formación. La exposición de motivos no oculta la esperanza de que la formación dual sirva de motor de inserción cuando afirma que: “Con la formación dual se pretende que la empresa y el centro de formación profesional estrechen vínculos, aúnen esfuerzos y favorezcan una mayor inserción del alumnado en el mundo laboral...”

Prevalencia de la inserción laboral sobre la formación

Es clásico ya el debate respecto a si el contrato formativo tiene como intención principal formar; o bien la inserción laboral del alumnado⁴⁷³. Según la regulación vigente en cada momento sobre aspectos como la edad, la duración, la retribución, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de la formación, etc., la doctrina se ha decantado por calificar el contrato como de inserción o formativo⁴⁷⁴. En el caso del “último” contrato para la formación y el aprendizaje también se ha hecho, decantándose la mayoría de la doctrina por entender que del régimen jurídico de este contrato, sobre todo tras las reformas de 2012, prevalece el carácter de inserción relegando la formación a un segundo plano⁴⁷⁵.

Sin embargo, éste no es el análisis que se pretende hacer el presente estudio, sino más bien comprobar cuánto de “formación dual alemana” contiene el contrato para la formación y el aprendizaje. El RD sostiene su intención de “establecer las bases de la formación dual”, pero como se ha visto hasta ahora la formación dual es mucho más que la simple formación en la empresa. La formación dual es un sistema basado en la co-responsabilidad de la formación de los jóvenes entre las empresas y el Estado. En este sentido, el legislador, en su regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, debe asegurarse que existen suficientes controles para garantizar esa formación. A mi juicio, carecería de sentido afirmar que se implanta en España la formación dual cuando lo único que

⁴⁷³ López Terrada, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 60.

⁴⁷⁴ Se puede ver un resumen de las distintas reformas del contrato de formación y su calificación como de inserción o formativo en López Terrada, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, *óp. cit.*, p. 61 y en López Gandía, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *RDS*, n. 57, 2012, p. 86. En este sentido una de las primeras críticas que se ha hecho a este contrato es el exceso de modificaciones que ha sufrido en su régimen jurídico lo que lleva a la conclusión de que la actuación del legislador en la materia no parece tener un modelo claro de referencia y que actúa movido por urgencias más o menos coyunturales, Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *RL*, n. 23, 2012, p. 20.

⁴⁷⁵ Mantienen esta tesis entre otros: Quesada Segura, R., “Derechos de formación profesional y contratos formativos”, *TL*, n. 115, 2012; Moreno Gené, J., “El contrato para la formación y el aprendizaje: Un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *TL*, n. 116, 2012; López Gandía, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *óp. cit.*; Suárez Corujo, B., “Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. El plan de empleo juvenil y emprendimiento”, en AA.VV., *La aplicación práctica de la reforma laboral*, La Ley, Madrid, 2013.

se está haciendo es volver a la formación en la empresa – como se hacía en la Edad Media –, olvidando – o dejando a un lado – la responsabilidad del Estado en la formación profesional de los jóvenes.

3.1. El contenido del contrato para la formación y el aprendizaje

Duración del contrato

El contrato para la formación y el aprendizaje debe ser pactado entre el empresario y el aprendiz con los límites establecidos por la normativa. En primer lugar, la Ley fija una duración mínima del contrato de un año y máxima de tres, aunque mediante el convenio colectivo se puede establecer una distinta duración del contrato sin que la máxima pueda ser superior a 3 años ni la mínima inferior a 6 meses (art. 11.2 b) ET). La primera cuestión criticable de este aspecto es que la duración del contrato se deja en manos de las partes. La Ley sólo establece un máximo y un mínimo pero la duración concreta depende de la autonomía de la voluntad. En el sistema dual alemán la duración de un contrato depende del oficio y viene determinada por el reglamento profesional de cada oficio. Cuestión, a mi juicio, lógica puesto que la formación de un oficio concreto debe realizarse en un periodo de tiempo estándar. De la misma forma, que las carreras universitarias son de 4 años, o los ciclos formativos de grado medio de 2 años, la formación profesional dual debe tener una duración estandarizada y no dejada al arbitrio de las partes. En España, con este sistema de duración máxima y mínima nos encontramos con que la inmensa mayoría de contratos para la formación y el aprendizaje celebrados tiene una duración no superior a un año⁴⁷⁶. Los vicios del sistema provocados por esta duración inferior a la necesaria son notables.

Problemas causados por la existencia de una duración variable del contrato de aprendizaje

El legislador, consciente de esta realidad, y sus problemas derivados, establece que cuando no se completan las cualificaciones exigidas en un título de formación profesional o certificado de profesionalidad, se reconocerán mediante una “acreditación parcial acumulable” que permitirá, en su caso, completar la formación para la obtención del

⁴⁷⁶ En el mes de febrero de 2013 la proporción de contratos de duración no superior a un año fue del 97%, al respecto ver, Suárez Corujo, B., “Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 78.

correspondiente título o certificado (art. 8.2 LO 5/2002)⁴⁷⁷. De esta forma, el legislador pretende que el aprendiz pueda obtener la certificación “acumulando” procesos formativos en diferentes empresas, algo que difícilmente puede asegurar una calidad formativa de las prácticas. Por esta razón, la solución no sería la acumulación de formación sino una planificación y estandarización de cada uno de los oficios realizada por los agentes sociales que impusiera una concreta duración para el contrato para la formación y el aprendizaje dependiendo de la profesión estudiada.

Sin embargo, esta no parece ser la intención del legislador. Esto se revela abiertamente cuando se permite que la negociación colectiva modifique la duración del contrato para la formación y el aprendizaje por razones organizativas o productivas de las empresas (art. 11.2 b) ET.)⁴⁷⁸. Así pues, el legislador cuando otorga a la negociación colectiva la potestad para modificar la duración del contrato parece estar pensando solamente en las necesidades de la empresa y no en las formativas del aprendiz, algo incompatible con los principios de la formación dual alemana.

El plan formativo en la empresa

El art. 21 del RD 1529/2012 regula la obligación de suscribir un acuerdo para la actividad formativa entre la persona contratada, la empresa y el centro formativo. En el artículo se regula muy detalladamente el contenido mínimo de tal acuerdo: identificación de las partes; identificación de los tutores en la empresa y en el centro formativo; el título de formación profesional al que se aspira; modalidad de aprendizaje (presencial, a distancia, tele-formación o mixta); el contenido del programa de formación; las actividades que se van a desarrollar en la empresa y en el centro formativos; los criterios de evaluación, el calendario, la jornada, los horarios; entre otros aspectos. Respecto al contenido de este anexo al contrato, recuerda bastante al acuerdo exigido en la formación dual alemana con la importante diferencia de que el acuerdo en Alemania es la adaptación pormenorizada de los programas formativos de cada oficio regulados por los agentes sociales y el Gobierno, mientras que en España este anexo, y la concreción de cada una de las cuestiones, queda a la libertad de las partes. Lo que puede implicar que esa libertad se utilice con objetivos distintos a los formativos.

⁴⁷⁷ Rodríguez-Piñero y Brevo Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual”, *óp. cit.*, p. 13.

⁴⁷⁸ Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 73; Quesada Segura, R., “Derechos de formación profesional y contratos formativos”, *óp. cit.*, p. 181.

3.2. El aprendiz

La edad máxima del aprendiz

Una de las cuestiones más polémicas del contrato formativo ha sido la edad máxima del aprendiz con el que se puede formalizar. El ámbito subjetivo de este tipo de contratos ha ido en aumento con los años, pasando de 21 años como límite máximo a los actuales 30 años⁴⁷⁹, cuestión que ha sido objeto de crítica en la doctrina⁴⁸⁰. Por el contrario, en Alemania no existe límite de edad ni tampoco parece ser este un impedimento para el correcto funcionamiento del sistema dual. El problema en España es que el contrato formativo se configura como una primera etapa de inserción laboral, precaria⁴⁸¹, que obliga al legislador a limitarla a una época de la carrera laboral del joven⁴⁸². Así pues, la limitación por edad no es inherente a un contrato de aprendizaje ni al sistema dual sino que es una previsión legislativa con objeto de proteger a ciertos colectivos de este tipo de “abuso”. De esta forma, desde el momento en que Alemania la formación dual no se ve como un trabajo precario sino como un verdadero proceso formativo, no es necesario impedir su uso para ningún colectivo⁴⁸³.

Contenido económico del contrato

Respecto al salario a percibir por parte del aprendiz, el art. 11.2 g) establece que “se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. En este sentido, la legislación coincide con la alemana que deja en manos de la negociación colectiva el

⁴⁷⁹ DT 9ª Ley 3/2012 establece que este contrato se podrá formalizar con menores de treinta años que carezcan de la cualificación profesional requerida para concertar un contrato en prácticas hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%.

⁴⁸⁰ López Gandía, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *óp. cit.*, p. 89; García Testal, E. y Altés Tárrega, J.A., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2015, p. 4.

⁴⁸¹ Nieto Rojas, P., “La formación dual como política activa de empleo...”, *óp. cit.*, p. 48.

⁴⁸² López Gandía, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *óp. cit.*, p. 89.

⁴⁸³ De hecho en Alemania cada vez es más habitual que los licenciados universitarios completen su formación entrando en el sistema de formación profesional dual, Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 168.

salario mínimo a percibir. En el mismo sentido, la legislación española obliga a que el trabajador esté cubierto por la acción protectora de la Seguridad Social para todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo (art. 11.2 h)). Esta protección social, que es habitual desde 1960 para los aprendices alemanes, fue introducida recientemente por el RD-Ley 10/2010 rompiendo con una larga tradición en esta materia que excluía a los contratados en formación de la protección por desempleo⁴⁸⁴.

3.3. Certificados de profesionalidad y contenido de la formación

Formación teórica en la propia empresa

En 2012 el contrato para la formación y el aprendizaje fue reformado permitiendo la posibilidad de que la formación teórica pueda darse por la propia empresa. Cuestión que ha despertado mucho recelo entre la doctrina⁴⁸⁵. Con anterioridad a la inclusión de la empresa como proveedor de la parte formativa las posibilidades ya eran numerosas. La formación (de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional) puede darse en los siguientes centros:

- a) Los centros integrados públicos y privados concertados de formación profesional.
- b) Los centros públicos y privados concertados del sistema educativo que ofertan formación profesional.
- c) Los Centros de Referencia Nacional.
- d) Los centros públicos del Sistema Nacional de Empleo.
- e) Los centros privados acreditados del Sistema Nacional de Empleo que ofertan formación profesional para el empleo.

Sumado a estas opciones, ahora la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje podrá impartirse en la propia empresa, si bien para ello el reglamento (art. 18.4 RD 1529/2012) exige que disponga de instalaciones adecuadas y personal con formación técnica y didáctica adecuada a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación

⁴⁸⁴ Lo que viene a equiparar a este colectivo al resto de trabajadores en materia de acción protectora de la Seguridad Social, Moreno Gené, J., "EL contrato para la formación y el aprendizaje...", *óp. cit.*, p. 81.

⁴⁸⁵ Rodríguez-Piñero y Brevo Ferrer, M., "Contrato de aprendizaje y formación dual", *óp. cit.*, p. 12; Moreno Gené, J., *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de cualificación profesional en régimen de alternancia*, *óp. cit.*, pp. 76 y ss.

profesional, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de realización de periodos de formación complementaria en los centros de la red mencionada. En todo caso, la empresa deberá estar autorizada para ofertar la formación de ciclos formativos y/o acreditada como centro para impartir la formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, para lo cual deberá reunir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación, así como las condiciones que puedan determinar las Administraciones educativas y laborales en el ámbito de sus competencias.

El objetivo de la inclusión de la empresa entre los centros donde se puede realizar la formación responde a una voluntad legislativa de ganar en agilidad, rapidez, flexibilidad y simplicidad en el cumplimiento del deber de formación teórica y evitar desplazamientos de trabajadores o suplir la falta de plazas disponibles en los centros de formación profesional “tradicionales”⁴⁸⁶. Ahora bien, estas virtudes conllevan ciertos riesgos. La doctrina mantiene que la exclusividad y la profesionalización de la “impartición” de la formación en centros especializados garantizan unos resultados mejores en términos de cualificación profesional⁴⁸⁷. En el mismo sentido, se mantiene que la formación en la empresa dificulta las labores de control de la formación⁴⁸⁸. En definitiva, se critica que establecer la consideración de la empresa en el mismo plano de igualdad que los centros formativos para suministrar la formación teórica favorece una mayor laxitud legal de la propia obligación formativa del empresario⁴⁸⁹. Por el contrario, a mi juicio, no creo que las cosas hayan cambiado tanto. Con anterioridad los centros educativos privados ya podrían impartir la formación teórica del contrato para la formación y el aprendizaje por lo que ésta nunca estuvo exclusivamente en manos públicas. De esta forma, ha venido siendo habitual que la formación fuera contratada por la empresa con un centro formativo privado que se adaptara a las necesidades de la propia empresa. La calidad de la formación teórica, pues, no proviene de quién otorga esa formación sino de los controles

⁴⁸⁶ Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 57. Lo que no cabe duda es que la inclusión de la empresa en el ámbito formativo va en línea con la intensificación de la privatización de las actividades formativas, Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 29.

⁴⁸⁷ Suárez Corujo, B., “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, en AAVV., *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 86.

⁴⁸⁸ Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 58.

⁴⁸⁹ Quesada Segura, R., “Derechos de formación profesional y contratos formativos”, *óp. cit.*, p. 182.

administrativos realizados sobre quién da la formación. En este sentido, es indiferente que la formación la provea la empresa o un centro privado con quien la empresa contrata esa formación. Es cierto que los centros educativos privados que imparten formación profesional deben acreditarse ante la autoridad competente, pero en el mismo sentido debe hacerlo la empresa. Por tanto, asegurar una buena formación teórica en la empresa – y también en los centros educativos – dependerá de las exigencias que imponga la autoridad competente para la acreditación como tal. Por otra parte, lo que sí merece ser criticado es la escueta regulación reglamentaria de los requisitos para la acreditación de la empresa como centro formativo⁴⁹⁰.

En lo que este estudio concierne – la comparación del sistema español con el alemán – en el país teutón la formación teórica se realiza siempre en centros educativos⁴⁹¹. La principal razón – además de para asegurar la calidad formativa de la parte teórica – es la importancia que tiene el sistema dual para la socialización de los jóvenes⁴⁹². El sistema dual no es simplemente un modo de aprendizaje sino que tiene como objetivo la transmisión de valores sociales y de comunidad. Para la consecución de este objetivo es importante que, al menos un día a la semana, los estudiantes “salgan” de la empresa y se reúnan en un centro formativo con otros estudiantes. Sumado a ello, la estandarización de la formación propugnada por el sistema dual hace conveniente que la formación teórica se de en centros especializados y no segmentada por empresas⁴⁹³.

Formación teórica y también práctica

Por último, existe otra diferencia importante entre el sistema de aprendizaje español y el alemán respecto a la regulación de dónde se debe impartir la *formación*. El art. 11.2 d) ET establece que “El trabajador deberá recibir la *formación inherente al contrato* para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red (...). No obstante, también podrá recibir dicha *formación* en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados”. En este punto la

⁴⁹⁰ Suárez Corujo, B., “Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 74; Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 29.

⁴⁹¹ Existen dos modalidades: 1) Aprendizaje en la empresa y en el centro educativo (80% de los estudiantes asiste a esta modalidad); Aprendizaje sólo en las escuelas estatales (el 20% asiste a esta modalidad), Miller Idriss, C., “Challenge and Change in the German Vocational System since 1990”, *óp. cit.*, p. 474.

⁴⁹² Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *óp. cit.*, p. 1282.

⁴⁹³ Witte, J.C. y Kalleberg, A.L., “Matching Training and Jobs...”, *óp. cit.*, p. 297.

legislación se está refiriendo a la formación teórica, si bien, esto no se concreta. Una interpretación literal podría llevar a la conclusión de que la única formación existente en este contrato es la teórica que puede darse en un centro formativo o en la propia empresa si está acreditada para ello. Por el contrario, en el sistema dual alemán queda muy claro que la formación es impartida por ambos; i) por la empresa la parte práctica ii) y por el centro formativo la parte teórica. Siendo en cualquier caso ambos responsables del aprendizaje y formación del estudiante/trabajador.

En este sentido se pronuncia parte de la doctrina española que mantiene que el régimen de alternancia entre la actividad laboral y la educativa no debe entenderse como una diferenciación funcional radical puesto que en el aspecto formativo del aprendizaje sigue siendo un elemento consustancial a la formación “in the job”⁴⁹⁴. Efectivamente la formación en el puesto de trabajo corre a cargo de la empresa que es responsable del aprendizaje práctico, al menos en Alemania.

La actividad laboral del aprendiz

El problema para entender que esto es así también en España es la propia legislación. El art. 11.2 d) ET solamente exige que la actividad formativa esté “relacionada con la actividad laboral desempeñada en el puesto de trabajo”. La correspondencia entre la formación teórica y la formación práctica es un elemento esencial en cualquier sistema dual o de alternancia. El éxito de la cualificación profesional del trabajador provendrá de la correcta adecuación entre la formación en la escuela y la formación en la empresa, por ello, desde la doctrina se ha criticado que la actividad laboral sólo deba estar “relacionada” con las actividades formativas, siendo éste un término amplio e indeterminado que puede prestarse a excesos y abusos del empleador⁴⁹⁵. Se propone como mejora que la legislación debería haber matizado y exigido una “estrecha relación o una relación directa” entre las distintas actividades⁴⁹⁶. Si bien, en mi opinión, se debe ir más allá.

En el modelo alemán, los reglamentos formativos de cada oficio establecen una lista de funciones que el aprendiz *debe* – no sólo puede – realizar en la empresa con objeto de obtener el certificado de profesionalidad. De esta forma, quedan delimitadas las funciones que puede realizar el trabajador en la empresa y cuales debe realizar como

⁴⁹⁴ Rodríguez-Piñero y Brevo Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual”, *RL*, n. 1, 2013, p. 11.

⁴⁹⁵ Moreno Gené, J., “El contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 65.

⁴⁹⁶ De Vicente Pachés, F., “Los contratos formativos: prácticas y formación”, en AA.VV., *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 417.

mínimo para considerarse apto para obtener el certificado, consiguiendo sin duda garantizar que el trabajador obtiene durante el proceso formativo todas las habilidades exigidas para que el trabajador entre en el mercado laboral correctamente formado.

Las profesiones objeto de la formación

Otro aspecto que diferencia nuestro contrato para la formación y el aprendizaje de la formación dual alemana son las profesiones para las que se puede formalizar el contrato. La legislación española (art. 16.4 RD 1592/2012) establece que la empresa debe verificar que existe, para el trabajo efectivo a realizar por la persona trabajadora, una actividad formativa relacionada con el mismo que se corresponde con un título de formación profesional o con un certificado de profesionalidad. Sin embargo, el art. 16.6 RD 1592/2012 permite que en caso de que la actividad laboral no esté incluida en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales se pueda realizar el contrato igualmente, pero en tal caso “deberá ser autorizado por el Servicio Público de Empleo competente”. De esta forma, la normativa fija como centro del contrato la actividad laboral siendo la actividad formativa la que debe adaptarse a las necesidades de la empresa. En la legislación alemana las empresas sólo pueden formar a trabajadores en una de las 331 profesiones reconocidas por los agentes sociales y el Gobierno. Como se ha dicho, esto asegura que el trabajador vaya a obtener una cualificación profesional que le vaya a ser útil en el futuro y no sólo para esa empresa.

En España, al permitir que la empresa utilice el contrato formativo para profesiones no incluidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales se está condenando al estudiante a aprender unas habilidades – ya que no puede llamarse “profesión” – específicas de la empresa que no pueden asegurar su utilidad en el mercado laboral. Con esta posibilidad se frustra el carácter formativo del contrato, dado que por mucha calidad formativa que se asegure gracias al sistema, si esta formación no va a ser útil en el mercado de trabajo desaparece la razón de existencia del contrato.

Proporción de la jornada dedicada a la formación

De acuerdo con el art. 19 RD 1529/2012 la duración de la actividad formativa⁴⁹⁷ será, al menos, la necesaria para la obtención del título de

⁴⁹⁷ Obsérvese como de nuevo la legislación al hablar de “actividad formativa” en realidad se refiere a la formación teórica, porque lo contrario implicaría entender que no hay formación durante la actividad laboral.

formación profesional, del certificado de profesionalidad o de la certificación académica o acreditación parcial acumulable, y se especificará en el acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato. En todo caso se deberá respetar la duración de la formación asociada que se establece para cada uno de los módulos profesionales que constituyen las enseñanzas de los títulos en la norma que desarrolla el currículo correspondiente o la duración de los módulos formativos de los certificados de profesionalidad que se determina en los correspondientes reales decretos por los que se establecen los mismos. Con esta regulación – que exige correspondencia con la regulación de cada uno de los módulos formativos – se hace equivar nuestra legislación al sistema dual alemán el cual en una regulación unificada para cada oficio establece la duración exacta de la formación teórica y la duración de la formación práctica.

En efecto, en Alemania el contenido de la formación, tanto teórica como práctica viene perfectamente delimitado en los reglamentos formativos aprobados por el gobierno y negociados por los agentes sociales. Se ha afirmado que uno de los objetivos de la nueva normativa española del contrato para la formación y el aprendizaje ha sido simplificar su compleja regulación que lo hacía poco utilizado en la práctica⁴⁹⁸. En este sentido, se debe afirmar que esto es lo contrario que se hace en Alemania. El sistema de formación dual es el modelo de formación más complejo y burocratizado del mundo algo que se considera necesario para garantizar su efectividad⁴⁹⁹.

3.4. Empresa

Obligaciones de la empresa: el tutor

Como se ha visto hasta ahora la legislación española impone pocas obligaciones formativas al empresario más allá de la obligación de permitir que el aprendiz se forme en la teoría en los centros educativos (o en la propia empresa). Entre los deberes impuestos se encuentra la imposición de nombrar un tutor en la empresa⁵⁰⁰. Este tutor será el responsable del

⁴⁹⁸ Mercader Uguina, J. R., “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre”, *RL*, n.2, 2012, p. 3.

⁴⁹⁹ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 175.

⁵⁰⁰ El art. 20 RD 1529/2012 establece que “La persona titular de la empresa deberá tutelar el desarrollo de la actividad laboral, ya sea asumiendo personalmente dicha función, cuando desarrolle su actividad profesional en la empresa, ya sea designando,

seguimiento del acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato, de la coordinación de la actividad laboral con la actividad formativa, de la comunicación con el centro de formación, y además, deberá elaborar, al finalizar la actividad laboral de la persona trabajadora, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo (art. 20.2 RD 1529/1992).

Lo primero que salta a la vista es que la legislación española para designar al tutor sólo se le impone que éste “posea la cualificación o experiencia profesional adecuada”, no concretando cuál es ésta. Lo que ha llevado a la doctrina a criticar la regulación por insuficiente y genérica⁵⁰¹. Tampoco se le exige capacidad pedagógica ninguna ni capacidad administrativa de la empresa. La legislación alemana, por el contrario, exige que los tutores estén acreditados por el organismo competente teniendo que superar unas pruebas que atestigüen sus capacidades técnicas, administrativas y pedagógicas (*Meister*)⁵⁰². Algo que contrasta con la legislación española que no exige acreditación previa alguna, sino más bien parece permitir que cualquier trabajador en la empresa pueda serlo.

En este sentido, en España cualquier empresa puede formalizar un contrato para la formación y el aprendizaje mientras que en Alemania sólo podrán realizarlo aquellas empresas que dispongan de las instalaciones adecuadas para la formación práctica y, además, cuenten con tutores acreditados (*Meister*)⁵⁰³.

Número máximo de contratos de aprendizaje

Otra limitación que venía siendo una constante en las anteriores formulaciones de esta modalidad contractual en España era un límite máximo al número de los contratos de esta naturaleza que se podían formalizar en cada empresa⁵⁰⁴. El establecimiento del límite no pretende sino evitar abusos y asegurar la efectiva formación del trabajador contratado. Por el contrario, el legislador parece haber considerado que fijar un número máximo de trabajadores para la formación supone un freno a la contratación de jóvenes que entra en contradicción con el

entre su plantilla, a una persona que ejerza la tutoría; siempre que, en ambos casos, la misma posea la cualificación o experiencia profesional adecuada”.

⁵⁰¹ Nieto Rojas, P., “La formación dual como política activa de empleo...”, *óp. cit.*, p. 59; Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P., “La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del RD 1592/2012, de 8 de noviembre”, *AL*, n. 1, 2014, p. 6.

⁵⁰² Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 328.

⁵⁰³ Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *óp. cit.*, p. 660.

⁵⁰⁴ Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 51.

objetivo de inserción laboral⁵⁰⁵ y como resultado ha sido eliminado.

Máximo número de aprendices por cada tutor

Otra garantía clásica era el número máximo de aprendices por tutor (que se situaba en 3 en el derogado art. 8.3 del RD 488/1998, 27 de marzo). En la actualidad este límite ha sido eliminado por el RD 1529/2012 que viene a substituir la anterior reglamentación del contrato formativo. Esto ha sido objeto de crítica por la doctrina⁵⁰⁶ y no es para menos dado que es de lógica pensar que un tutor no va a poder atender adecuadamente a todos sus aprendices si estos son excesivos en número. En la regulación alemana el máximo está en tres aprendices por tutor⁵⁰⁷.

Por último, cabe señalar la novedad normativa incluida en el art. 18.4 del RD 1529/2012 por la que se permite a las ETTs – cuando pongan a disposición un trabajador con un contrato para la formación y el aprendizaje – encargarse de impartir la formación inherente al contrato. Por tanto, en España, las ETTs pueden formalizar contratos con empresas usuarias para la formación y el aprendizaje y además encargarse ellas mismas de la formación teórica. En Alemania, ante la falta de suficientes puestos de aprendiz, es el Gobierno federal, a través de la Oficina Federal de Empleo, el que intenta encontrar esos puestos⁵⁰⁸.

3.5. Los controles de calidad

La evaluación del aprendizaje

La normativa remite para la evaluación final, con objeto de obtener los certificados de profesionalidad, a lo establecido en la normativa de los certificados de profesionalidad. En este sentido, los aprendices deberán examinarse conforme lo haría un alumno de una escuela de formación profesional. La única salvedad es la obligación dirigida a los Servicios Públicos de Empleo donde se exige que garanticen el desarrollo de los procesos de evaluación que aseguren los resultados de aprendizaje definidos en las capacidades y criterios de evaluación de cada uno de los módulos formativos que incluyen los certificados de profesionalidad (art.

⁵⁰⁵ En este sentido, Mercader Uguina, J.R., “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...”, *óp. cit.*, p. 8.

⁵⁰⁶ Suárez Corujo, B., “Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 75.

⁵⁰⁷ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 172.

⁵⁰⁸ Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *óp. cit.*, p. 660.

25 RD 1529/2012). En este sentido, la normativa sigue las líneas marcadas por el sistema dual alemán.

En el caso de que se forme al aprendiz en una profesión no incluida en los certificados de profesionalidad existe una regulación especial. Para estos casos también habrá evaluación, pero no con objeto de obtener un certificado de profesionalidad sino a través del reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral (art. 16 Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio en relación con el art. 23.2 RD 1529/2012).

La falta de organismos específicos encargados del control de la calidad

Respecto a quién controla la calidad del aprendizaje en la empresa pocas previsiones hay al respecto. El servicio de empleo parece el encargado de algunas funciones como garantizar que el aprendiz obtenga el certificado. También la inspección de trabajo en sus funciones habituales puede controlar el correcto uso de un contrato para la formación y el aprendizaje. Si bien, no existe ningún órgano especializado y encargado del control de la calidad de las prácticas.

En el sistema de formación dual alemán las cámaras de comercio, y los colegios profesionales, tienen la obligación de controlar y asegurar una buena calidad formativa, en su vertiente práctica, en la empresa. Estos órganos se suponen especializados y conocedores de su propia profesión lo que asegura, al menos, que tengan los conocimientos técnicos para evaluar la calidad de las prácticas. En España más bien esto parece quedar en manos del juez.

En caso de que el aprendiz considere que no se le está dando una formación adecuada podrá acudir al juez de lo Social para reclamar un incumplimiento del objeto del contrato. En este caso, con la legislación anterior a la reforma de 2012 cuando el empresario incumplía en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica el contrato para la formación debía presumirse común u ordinario. En la actualidad esta prescripción ha desaparecido de la legislación⁵⁰⁹. Si bien, parte de la doctrina mantiene que las consecuencias siguen siendo las mismas a través de la aplicación del fraude de ley⁵¹⁰. En efecto, en caso de que no hubiera

⁵⁰⁹ Incluso durante un tiempo esta prescripción continuó en vigor a través del art. 22 del RD 488/1998 donde se establecía esta misma presunción. Sin embargo, esto ha sido derogado por la Disposición derogatoria única del RD 1259/2012 al establecer que se consideran derogadas “las referencias a los contratos para la formación contenidas en el capítulo III (...) del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo”

⁵¹⁰ Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 32.

actividad formativa se estaría ante la utilización de un contrato formativo para evitar la normativa referente al contrato ordinario (art. 6.4 Código Civil). El problema es que al desaparece la “presunción” puede hacerse más difícil para el aprendiz probar que se le está utilizando como mano de obra temporal y barata.

La falta de consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones formativas de la empresa

En cualquier caso, la normativa española en comparación con la alemana plantea dos cuestiones. En primer lugar, se plantea qué ocurre en caso de que se dé la formación teórica pero no la práctica. Si nos encontramos ante un sistema de formación dual – como afirma la exposición de motivos – no sólo existe formación teórica sino también el empresario deber ser responsable de dar formación práctica a través del tutor. El problema es que la legislación “olvida” señalar cuáles son esas obligaciones. Por el contrario en Alemania la responsabilidad formativa en su vertiente práctica del empresario está detallada en los reglamentos formativos de cada oficio.

La segunda cuestión es, además de las dificultades de prueba que tiene el aprendiz, que las consecuencias en caso de que se incumplan las obligaciones formativas son nimias. En el sistema dual alemán, la prueba no recae sobre el aprendiz sino que las cámaras de comercio están obligadas a realizar un control de la calidad y además una investigación a petición de parte sobre el cumplimiento de los requisitos formativos por parte de la empresa. Sumado a ello, las consecuencias en caso de que se pruebe un abuso de los contratos formativos son mayores. En este caso las cámaras de comercio tienen la potestad para impedir que la empresa acoja a más aprendices en el futuro, o al menos durante un tiempo. Esta cuestión me parece esencial dado que es responsabilidad del Estado impedir que se abuse de los jóvenes como mano de obra barata sin que reciban formación alguna. De esta forma, la simple condena a la empresa a considerar indefinido al trabajador como ocurre en España parece insuficiente.

La solución legislativa española es una solución *iusprivatista* que, como mucho, busca dar satisfacción a un incumplimiento contractual, olvidando por completo que existe un interés público en la correcta formación de nuestros jóvenes.

4. La formación dual a través de becas de trabajo

Formación en la empresa huyendo del Derecho del Trabajo

Junto con el contrato para la formación y el aprendizaje, el RD 1529/2012 establece otra modalidad que tiene “la consideración de formación profesional dual”. A este respecto se constituye un marco para el desarrollo de proyectos de formación profesional en el sistema educativo con la co-participación de centros educativos y empresas. Se pretende que los alumnos obtengan el certificado de profesionalidad a través de una formación en alternancia entre la empresa y el centro educativo a través de la firma de convenios puntuales entre empresas y centros educativos para la formación profesional. De esta forma, la finalidad parece ser la misma que en el contrato para la formación y el aprendizaje con la diferencia que esta formación en la empresa no se realizará en el ámbito de un contrato de trabajo sino de una beca.

La imposibilidad de obtener formación práctica sin realizar trabajo productivo

Estas prácticas no laborales (llamadas becas) parten de la idea de que están orientadas a la formación del becario y, por ello, se prohíbe que éste realice actividad productiva, en el sentido de que este no puede desarrollar actividades que se incorporen a la ordenación productiva de la empresa o al patrimonio de la empresa (o institución donde se realizan las prácticas)⁵¹¹. El aprendiz, en una beca de trabajo, no puede realizar trabajo productivo. Sin embargo, los expertos en formación aseguran que la mejor manera de obtener formación práctica en la empresa es a través de la realización de las actividades habituales del trabajador⁵¹². De esta forma, a través de la configuración jurídica de las becas de trabajo en España se impide que el propio aprendiz pueda formarse correctamente. En Alemania en el sistema dual no existe prohibición alguna de que los

⁵¹¹ STS de 13 de junio de 1988 y STS de 22 de noviembre de 2005 (Rec ud. 4752/2004), entre otras. En la doctrina, Fabregat Monfort, G., “Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios”, *AS*, n. 11, 2001, pp. 858 y ss., establece tres criterios para diferenciar entre contrato laboral y beca, y el tercero precisamente es la improductividad del trabajo realizado. En el mismo sentido siguiendo la argumentación que se acaba de ver Lujan Alcaraz, J., “Las becas como prestación de servicios”, *AS*, n. 14, 2006, pp. 223 y ss., citando la importante sentencia del Tribunal Supremo al respecto de 13 de junio de 1988.

⁵¹² Estreicher, S., “Laws Promoting Worker Training, Productivity and Quality”, *The Labor Lawyer*, v. 9, n. 1, 1993, p. 22, Barron, J.M., Black, D.A. y Loewenstein, M.A., “Job-Matching and On-the-job Training”, *Journal of Labor Economics*, v. 7, n. 1, 1989, p. 16; Brown, C. y Reich, M., “Developing skills and pay through career ladders: Lessons from Japanese and U.S. companies”, *California Management Review*, v. 39, n. 2, 1997, p. 126.

trabajadores realicen trabajo productivo dado que el contrato de aprendizaje es un verdadero contrato laboral.

En el fondo, la única razón para la existencia de estas becas no laborales parece ser impedir que se aplique el salario mínimo interprofesional para el aprendiz, algo que en nuestro ordenamiento jurídico provoca que el trabajador ejecute trabajo productivo y, con ello, que reciba verdadera formación en la empresa. De hecho, en España no existe obligación legal alguna de salario mínimo para el caso de las becas. Ni siquiera parece posible que la negociación colectiva imponga un salario mínimo para los becarios ya que por definición no son trabajadores⁵¹³. En cualquier caso con esta posibilidad de becas extra-laborales no cabe duda de que no se puede estar hablando de formación dual dado que la formación dual implica que el aprendiz pueda realizar trabajo productivo en la empresa. Con la utilización de las becas de trabajo se está ante la típica formación en las escuelas y universidades que tienen una pequeña visión práctica en el ámbito empresarial, lo cual ya existe en España desde hace décadas y que, claramente, no ha mejorado la productividad ni la empleabilidad de los jóvenes.

Las consecuencias negativas de la mera existencia de las becas de trabajo

A pesar de que la formación mediante becas de trabajo no pueda llamarse formación dual lo que sí puede es perjudicar el uso de la formación dual mediante contrato de trabajo. La proliferación de otras figuras en las que no existe relación laboral provoca una clara competencia desleal a los contratos de naturaleza formativa. La existencia de becas y modalidades de contratación temporal⁵¹⁴, de las que se abusa impunemente, evitan que

⁵¹³ Esta es una cuestión no resuelta. El art. 37 CE y el 85 del ET de los trabajadores delimitan la negociación colectiva al ámbito laboral. Ahora bien, es cierto que aunque las becas por definición extra-laborales no cabe duda que afectan a la formación profesional y al empleo joven por lo que por esta vía podría quedar justificado la imposición mediante la negociación colectiva de un salario mínimo para los becarios.

⁵¹⁴ La crítica a la existencia de becas y otras modalidades de contratación temporal se ha podido realizar desde siempre. Sin embargo, recientemente el número de este tipo de contratos "baratos" se ha multiplicado, llegando incluso a ser bonificados incentivando así su uso. El capítulo III de la Ley 11/2013 incluye, entre otras, la figura bonificada de la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa donde la vinculación ni siquiera debe estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato. Al respecto ver, López Terrada, E., "Crisis económica y medidas de fomento a la contratación los "estímulos" del RD Ley 4/2013", *Civitas REDT*, n. 160, 2013, p. 157. Sumado a este contrato existen muchas otras medidas que tiene por objeto la inserción laboral de los jóvenes sin que haya intención formativa alguna, como puedan ser: el contrato "primer empleo"; incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de economía social; Bonificaciones por contrataciones indefinidas de personas beneficiarias

se concierte un mayor número de contratos para la formación, dada la desregulación de las primeras⁵¹⁵. De esta forma, con esta segunda “modalidad” de formación dual a través de becas el legislador muestra que no tiene un modelo claro al que aspirar y además provoca un menor uso de las modalidades más garantistas. Por esta razón, en la formación dual alemana sólo existe un modelo de formación en la empresa y es la formación mediante contrato de trabajo. Sumado a ello, en Alemania se obliga a que los jóvenes que quieran formarse sólo lo puedan hacer mediante esta modalidad⁵¹⁶.

Un contrato para la formación y también un contrato en prácticas

Por último – y profundizando en esta idea de que el legislador no tiene un modelo de formación profesional claro – es criticable la desaparición de la prohibición que impedía formalizar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa (DF 2º RDL 4/2013). Es decir, ahora mismo parece que una empresa puede formalizar un contrato para la formación y el aprendizaje (hasta tres años) y finalizado éste continuar contratando temporalmente al trabajador para un contrato en prácticas durante dos años más (todo en base al mismo puesto de trabajo).

El contrato en prácticas tiene por objeto facilitar la práctica profesional adecuada al nivel de estudios de un trabajador titulado⁵¹⁷, algo que tiene sentido cuando el titulado no ha obtenido una previa visión práctica de la profesión. Sin embargo, este contrato carece de sentido cuando el trabajador ha pasado por una verdadera formación dual en la empresa. Y más cuando es en la misma empresa. A mi juicio, a pesar de que ha desaparecido esta prohibición considero que la formalización de un contrato en prácticas tras la realización de uno formativo para la misma profesión incurriría en fraude de ley dado que, una vez más, se estaría utilizando la regulación del contrato en prácticas sin que existiera causa para ello.

En cualquier caso – y a los efectos que a este estudio interesa –

del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, etc.

⁵¹⁵ Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 22.

⁵¹⁶ Lauterbach, U. y Lanzendorf, U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania...”, *óp. cit.*, p. 54; Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *óp. cit.*, p. 1283.

⁵¹⁷ Sala Franco, T., Pérez Infante, J. y Lopez Terrada, E., *Las modalidades de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 152.

eliminando esta prohibición el legislador demuestra que confía muy poco en la formación dual en la empresa ya que con esta eliminación está considerando válido y oportuno que el trabajador siga formándose, en la vertiente práctica, mediante un contrato en prácticas. Esta falta de confianza se anuda con la falta de un modelo claro y reglamentado de formación dual dejando ésta en manos de las necesidades de mano de obra de cada empresa⁵¹⁸.

5. Valoración del contrato para la formación y el aprendizaje como “base de la formación dual”

1) En forma de preámbulo, antes de entrar a valorar el contrato, quiero señalar que al configurarse el contrato para la formación y el aprendizaje como un contrato que pretende luchar contra el desempleo juvenil se está culpando a los jóvenes de los bajos niveles de empleo. El contrato para la formación debería tener por objetivo formar a los futuros trabajadores. Tan sencillo como eso. Ningún sistema de aprendizaje del mundo puede crear empleo⁵¹⁹. Una empresa no contrata a quién no necesita, sino que la decisión de contratar viene determinada por la necesidad de fuerza de trabajo en atención a la evolución de la actividad económica⁵²⁰. Buscar simplemente insertar a los jóvenes lo antes posible en el mercado laboral con independencia de la mayor o menor calidad de la formación recibida no deja de ser “pan para hoy y hambre para mañana”⁵²¹. Por el contrario, la calidad formativa y el incremento de la productividad laboral de los trabajadores a largo plazo se convertirán en una ventaja competitiva que permitirá crear empleo. De esta forma, se concluye que mientras que la inserción laboral de los jóvenes “a cualquier precio” no aporta mejora alguna en los niveles de desempleo; una buena formación inicial reducirá el desempleo global de España en el medio y largo plazo. Algo que concuerda perfectamente con los niveles actuales de desempleo en Alemania (4.9 %) ⁵²² y sus altos niveles de productividad laboral, en un país

⁵¹⁸ Unos casos con becas de trabajo, otros con contrato para la formación, otros con contrato para la formación y en prácticas, etc.

⁵¹⁹ Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act...”, *óp. cit.*, p. 323.

⁵²⁰ En este sentido pero referido a la poca utilizad de las bonificaciones a la seguridad social se pronuncia Mercader Uguina, J. R., “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...”, *óp. cit.*, p. 13.

⁵²¹ En este sentido, Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 43.

⁵²² Eurostat para agosto 2014. Mientras que España para el mismo período tiene un desempleo del 24.4%.

donde la formación dual lleva funcionando durante más de 60 años sin apenas modificaciones. De hecho, una de las razones declaradas para implementar la formación dual en Alemania fue incrementar la calidad de los productos y servicios ofrecidos⁵²³. Este incremento de calidad es la ventaja comparativa que creará verdadero empleo.

En este sentido, la formación profesional no debe verse solamente al servicio de la empleabilidad de los jóvenes sino como forma de mejorar la competitividad del país y, con ello, reducir el desempleo global.

Desafortunadamente en España las reformas en la formación profesional se han efectuado, desde siempre, en contextos de crisis económica llevados por situaciones coyunturales alarmantes y con el objetivo cortoplacista de la inserción laboral inmediata de los jóvenes. Este contexto de crisis, junto con la “culpabilización” de los jóvenes por los bajos niveles de empleo, provoca que el legislador enfoque los contratos formativos hacia la inserción inmediata, y la precarización del trabajo, olvidando el elemento formativo.

2) El sistema de formación dual o en alternancia permite aplicar en un contexto real los conocimientos teóricos adquiridos; proporciona conocimientos relacionados con el ámbito profesional; posibilita conocer de primera mano las condiciones en las que se desarrolla el trabajo profesional; y permite adaptar las actitudes y comportamientos del trabajador a los de la empresa, etc⁵²⁴. Por estas razones, la propia OIT recomienda estrechar los vínculos entre la educación, formación y el mundo del trabajo; concretamente incentivar “el aprendizaje profesional y otras modalidades de adquisición de experiencia laboral y de formación en la empresa”⁵²⁵. El problema en España es que, en nuestras relaciones laborales, no existe una verdadera cultura de contratos formativos que trascienda a una óptica puramente coyuntural⁵²⁶. En España el contrato para la formación y el aprendizaje se configura como una forma más de contratación de entre las posibles. Es cierto que este contrato tiene una pequeña parte formativa pero cuyo objetivo parece más justificar la reducción de salario y la temporalidad del contrato que formar al

⁵²³ Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *óp. cit.*, p. 174. Este incremento de calidad es la ventaja comparativa que creará verdadero empleo.

⁵²⁴ Moreno Gené, J., “EL contrato para la formación y el aprendizaje...”, *óp. cit.*, p. 55.

⁵²⁵ Resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 101.ª reunión. Si bien, la OIT recomienda a su vez “reglamentar y controlar el aprendizaje profesional, las pasantías y otros programas de adquisición de experiencia laboral, entre otras cosas mediante la certificación, para garantizar que constituyan una auténtica experiencia”.

⁵²⁶ Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 21.

trabajador⁵²⁷. Este contrato, por tanto, queda muy lejos del modelo alemán de formación dual donde los contratos de trabajo formativos, en conjunción con las empresas, desempeñan un lugar central en el aprendizaje de los jóvenes.

En este trabajo se han visto muchas razones que justifican esta afirmación: La existencia de un modelo único de formación dual a través del contrato de trabajo y no varios modelos entre los que se incluye la posibilidad de formarse mediante becas de trabajo; el impedimento legal de que se forme jóvenes en profesiones diferentes a las oficiales lo que asegura la utilidad de la formación recibida por el aprendiz; la obligación de que la formación teórica se dé de forma estandarizada en escuelas especializadas y no en la propia empresa; entre otras. Sin embargo, la diferencia fundamental entre la formación dual alemana y el contrato para el aprendizaje es que en Alemania la formación no se sustenta solamente en un tipo de contrato, como está diseñado en España, sino que es todo un sistema de formación que alcanza a toda la sociedad civil.

3) En Alemania la formación dual es un sistema configurado como una perfecta máquina en la que sus diferentes piezas van encajando conjuntamente. Por una parte los agentes sociales planean la formación delimitando qué oficios se van a necesitar en el futuro. Diseñan la mejor manera de ejecutar esa formación en cada uno de las profesiones, concretando la duración del contrato y de los estudios (que se realizarán conjuntamente), las habilidades a adquirir y las funciones que deberá realizar el estudiante en la empresa con objeto de obtener esas habilidades. Por otra parte, el Gobierno federal aprueba estos reglamentos negociados de forma tripartita y les confiere valor obligatorio impidiendo que las empresas "pacten" con los aprendices duraciones o funciones diferentes con los aprendices. Con ello, la estandarización de la formación en todo el país queda asegurada. Sumado a ello, los Estados federados también tienen su participación en el modelo a través de los centros educativos. La parte teórica, diseñada por los reglamentos a nivel federal, es aplicada por los estados federados. Estos, a su vez, tienen la responsabilidad de acreditar la validez de los tutores (*Meister*) a través de las oportunas pruebas donde además de examinarse las habilidades técnicas se comprueba que tengan capacidades administrativas y, lo que es más importante de todo, pedagógicas.

Las empresas además de comprometerse con la formación de los

⁵²⁷ En este sentido se ha dicho que el contrato formativo se parece más bien a un simple contrato temporal a tiempo parcial, ver Moreno Gené, J., "EL contrato para la formación y el aprendizaje...", *óp. cit.*, p. 79.

trabajadores y contratarlos por períodos superiores a un año (de normal de 2 a 3 años) realizan dos aportaciones más al sistema. La primera consiste en el reconocimiento de la labor que realizan los *Meister* los cuales suelen ser personal con un estatus superior en la empresa y son recompensados con mejoras salariales. Esto es importante dado que de esta forma los trabajadores tienen incentivos para ser buenos formadores de aprendices. Si por el contrario no existiera esta recompensa, ser tutor de un aprendiz se vería como una carga que probablemente pocos trabajadores querrían asumir voluntariamente. La segunda aportación esencial al sistema consiste en valorar los títulos de formación profesional mediante mejores salarios. Esto incentiva a los jóvenes a formarse mediante este sistema.

En último lugar, cámaras de comercio y los colegios profesionales también se les incluye en el sistema a través de la concesión de la potestad del control y la evaluación de la formación dual. La competencia de los órganos evaluadores es tal que tiene la facultad de impedir que las empresas sigan formando jóvenes aprendices en caso de que no cumplan con los requisitos marcados en la legislación.

En fin, se comprueba como la formación dual alemana no es simplemente un contrato formativo ni tampoco consiste en la posibilidad de que los jóvenes se formen en la empresa. Por el contrario, consiste en un complejo sistema, que reparte responsabilidades entre los diferentes componentes de las relaciones industriales, pero que sobre todo impone férreos elementos de control sobre la formación con objeto de garantizar su utilidad y su calidad.

4) Con todo esto no pretendo fomentar la copia del modelo alemán en España. Existen estudios que demuestran la complejidad en el intento de importar este modelo a otros países. En concreto, Alemania del este, tras la reunificación, absorbió totalmente las reglamentaciones y el sistema de formación dual al completo, pero a pesar de ello no se consiguió su total adaptación⁵²⁸. Así pues, si con todo lo que tiene en común las dos “Alemanias” no se consiguió una total adaptación del modelo; uno puede hacerse una idea de la complejidad que tendría importarlo a España. En concreto, existe una cuestión que a mi parecer hace inasumible, para la estructura productiva de España, el sistema alemán de formación dual: el tamaño de nuestras empresas⁵²⁹. En efecto, las obligaciones para el

⁵²⁸ Ertl, H., “The Transition of Vocational Education and Training in Eastern Germany...”, *óp. cit.*, pp. 490 y 492; Ertl, E., “The Concept of Modularizations in Vocational...”, *óp. cit.*, p. 54.

⁵²⁹ En este sentido, gran parte de la doctrina coincide en que la formación en la empresa no es compatible con empresas pequeñas, Miller Idriss, C., “Challenge and Change in the

empresario, que garantizan la formación de los jóvenes, impuestas por la legislación alemana no parecen compatibles con la dimensión de nuestras empresas. Nuestra estructura productiva – fomentada por la descentralización – está repleta de microempresas las cuales difícilmente pueden tener las instalaciones y el personal capacitado necesario para la formación conforme obligaría la importación a España del sistema dual alemán.

A pesar de ello, considero importante extraer del sistema dual alemán la idea de que la sencillez del modelo no va a garantizar su éxito sino, por el contrario, es necesario establecer duros controles a la formación en la empresa con objeto de garantizar su éxito. Estos controles provendrán por una parte de la implicación de la sociedad civil en su conjunto en el sistema de formación dual. Y, por otra, en recordar la responsabilidad que tiene el Estado en asegurar la calidad de la formación de los jóvenes.

6. Propuestas de mejora: Algunas directrices a debatir para la implantación de la formación dual en España

Las propuestas, que ahora se van a realizar, parten de la premisa de que la formación dual no es únicamente un contrato de trabajo sino que su regulación afecta a distintas partes del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, para que tenga éxito la formación dual sería necesaria la implicación de todos los sujetos intervinientes en nuestro modelo de relaciones laborales y en la sociedad civil, teniendo especial importancia la corresponsabilidad del Estado en la formación de los jóvenes. He aquí algunas ideas para abrir el debate:

1) En primer lugar sería oportuno concretar cuáles son las profesiones reconocidas por el Estado y permitir realizar este contrato de trabajo únicamente para esas profesiones. Accesoriamente, habría que abrir un debate sobre la idoneidad de permitir que los jóvenes, con edad comprendida entre los 16 y los 18 años, pudieran trabajar solamente con un contrato de formación.

2) En segundo lugar, tanto el reconocimiento de una profesión, como su reglamentación propia (una reglamentación distinta para cada oficio),

German Vocational System since 1990”, *óp. cit.*, p. 476; Ertl, E., “The Concept of Modularizations in Vocational...”, *óp. cit.*, p. 54; Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *óp. cit.*, p. 29; ni en mercados segmentados, Kupfer, A., “The socio-political significance of changes to the vocational education system in Germany”, *British Journal of Sociology of Education*, v. 31, n. 1, 2010, p. 94.

deberían ser negociados por los agentes sociales más representativos del sector a nivel estatal con apoyo – y posterior aprobación – del Estado. Sin embargo, es importante que la Ley fije el contenido mínimo de estas reglamentaciones.

El contenido mínimo debería delimitar, para cada oficio, los siguientes extremos:

- El nombre del oficio o profesión.
- La duración exacta del contrato formativo.
- Las tareas o funciones que el trabajador debe realizar – como mínimo – para poder obtener la certificación de profesionalidad.
- Las actividades accesorias permitidas que el trabajador puede realizar. Además, la ley debería prohibir expresamente que el aprendiz realice funciones no especificadas en el reglamento correspondiente.
- Distribución de la jornada del aprendiz entre formación teórica y formación práctica⁵³⁰.
- Los conocimientos mínimos –teóricos y prácticos- que debe adquirir el aprendiz. Estos conocimientos mínimos serán la base para la evaluación del aprendiz en orden a obtener la certificación profesional dual.
- Un compromiso por parte de los agentes sociales sectoriales de que se valorará, mediante la retribución pactada en convenios colectivos de ese sector, la tenencia del certificado de profesionalidad de la profesión dual correspondiente y que también se valorará económicamente el trabajo del tutor. Es decir, la función del tutor en la empresa debe ser compensada mediante un complemento salarial específico si se desea que los mejores trabajadores sean también formadores. Del mismo modo, los agentes sociales deben comprometerse a valorar retributivamente, o mediante posibilidades de una mejor clasificación profesional, a los trabajadores que tengan estos certificados de formación dual.

La injerencia de la ley sobre la negociación colectiva en este aspecto me parece justificada. En primer lugar, porque recuérdese que existe corresponsabilidad del Estado en la formación de los jóvenes. En segundo lugar, porque es lógico entender que si los agentes sociales no valoran esa profesión – y el aprendizaje de esa profesión – lo suficiente como para pactar mejoras salariales a los tutores, y a los trabajadores que tengan la certificación profesional, es mejor que no propongan un reglamento sobre

⁵³⁰ Dentro de la formación práctica se debe incluir el propio trabajo, sin embargo el trabajo puede no ser la única formación práctica que el trabajador deba recibir.

esa profesión.

En fin, la ley debería obligar a que todo reglamento contenga todos estos puntos que se acaban de ver, impidiendo que el Estado pueda aprobar un reglamento formativo si carece de alguno de ellos. Recuérdese que en el modelo que se propone, estos reglamentos se negocian de forma tripartita dado que existe una clara responsabilidad del Estado en la formación de los jóvenes. Y, además, al final corresponde al Estado aprobar los reglamentos formativos dentro de sus competencias educativas.

3) La ley, a su vez, debería permitir que solamente las empresas que tengan unas instalaciones adecuadas y cuenten con un tutor acreditado puedan contratar mediante un contrato formativo. La regulación estatal debería establecer la obligatoriedad de que el tutor tenga un mínimo de 10 años acreditados de experiencia en esa profesión que va a tutorizar y que deban superar un examen de acreditación configurado por las cámaras de comercio y colegios profesionales en conjunción con las Universidades. Este examen debe evaluar conocimientos técnicos, de gestión de negocio y sobre todo pedagógicos.

Se propone que la acreditación tenga una duración máxima de 5 años tras los cuales se deberá volver a examinar o al menos realizar cursos de reciclaje pedagógico.

4) Las cámaras de comercio, y los colegios profesionales, deberían concretar cuál es el contenido del examen de acreditación del tutor dependiendo de la profesión. Se propone que el examen sea único para todas las cámaras del territorio nacional, sin embargo su ejecución puede estar descentralizada por capitales de provincia. Una comisión de expertos universitarios en pedagogía, ingeniería y administración de empresas – entre otras⁵³¹–, debería participar en la elaboración de los diferentes exámenes para asegurar la implicación de las Universidades en la formación y acreditación de los tutores.

5) Las comunidades autónomas – en la medida de sus competencias – deberían encargarse de impartir la formación teórica y evaluarla. El contenido de la formación debería ser unificado para todo el territorio nacional, permitiendo la descentralización en la ejecución de la formación. A mi juicio, además, sería necesario incrementar los controles, y los estándares de exigencia, de los centros públicos y privados que imparten formación profesional. Siendo, en coherencia, necesario aumentar el cuerpo de inspectores educativos.

6) Se propone, además, que exista un control de la calidad de las prácticas.

⁵³¹ Farmacéuticos para el sector de los técnicos en farmacia; Médicos y enfermeros para la formación de auxiliares sanitarios, etc.

Este control debería estar realizado por una comisión en cada sector o profesión. Se propone que la comisión sea tripartita entre un representante de las asociaciones empresariales de ese sector, otro de los sindicatos más representativos del sector⁵³² y, en tercer lugar, un inspector – o subinspector – de trabajo. Para ello, sería necesario crear un cuerpo de inspectores – o subinspectores – especializados en formación dual. Esta comisión debería, de oficio, evaluar las prácticas realizadas en las empresas y su adecuación a lo que establece el reglamento formativo de oficio. Además de ello, entre sus competencias debería estar la posibilidad de investigar – a instancia de parte – sobre denuncias de incumplimientos o abusos por parte de las empresas, pudiendo acordar la suspensión de la capacidad de la empresa para seguir acogiendo aprendices.

7) Respecto al número máximo de aprendices, la normativa tendría que fijar un máximo de tres por tutor acreditado, sin que sea necesario establecer un máximo de aprendices por empresa.

8) En mi opinión, también es importante tener un único modelo de formación que sería en este caso la formación dual mediante contrato de trabajo.

8.1) De esta forma, debería desaparecer la posibilidad de realizar becas de trabajo. La formación dual solo es útil si el trabajador puede realizar trabajo productivo y esto se debe realizar siempre al amparo de un contrato de trabajo. La mera existencia de las becas de trabajo (así como toda la batería de bonificaciones a contratos “baratos” del Capítulo III de RDL 4/2013) implica la ineficacia de toda la reglamentación existente, porque mientras sigan existiendo formas más precarias, y más favorables para la empresa, la formación dual no se utilizará.

8.2) En el mismo sentido, con una buena formación dual el contrato en prácticas perdería su sentido. En efecto, si vamos hacia un modelo de formación dual en alternancia, el contrato en prácticas no tiene cabida. El contrato en prácticas propone una formación teórica diferenciada de la práctica, o de carácter sucesivo, contrario a la alternancia. Es cierto, que el contrato en prácticas podría seguir teniendo sentido para los titulados universitarios, sin embargo considero que la formación universitaria debería también tener su propia formación dual. En España hay muchas profesiones que tiene su vertiente teórica en la Universidad y no en la formación profesional por lo que éstas deberían tener también la posibilidad de realizarse en formación dual en alternancia y no con simultaneidad como propone el contrato en prácticas.

⁵³² Ambos deberán coincidir con los legitimados para negociar la reglamentación del oficio.

9) El contenido económico del contrato para el aprendizaje debería quedar en manos de la negociación colectiva. Esta debería establecer sectorialmente la retribución, pudiendo ser menor a la de un trabajador que realice las mismas funciones justificado por la formación práctica impartida en la empresa. El salario mínimo interprofesional, calculado conforme a la jornada de trabajo efectiva, debería ser un límite mínimo tanto para la negociación colectiva como para la autonomía individual en caso de que nada dijera el convenio colectivo aplicable.

10) Por último, un aspecto complicado en los tiempos actuales es la financiación de la formación. Se debe señalar que la formación dual no puede ser vista como una solución rápida y coyuntural a los problemas de inserción laboral, sino que tiene como objetivo mejorar la productividad de nuestros trabajadores y la competitividad del país. Estos objetivos ameritan los esfuerzos económicos necesarios tal y como se desarrollan en otros países de nuestro entorno y como recomienda la Comisión Europea. Sumado a ello, una posible propuesta sería la progresiva sustitución de la formación profesional “tradicional” por el nuevo modelo de formación dual. Siendo este el objetivo, los recursos que fueran quedando liberados, gracias a la repliegue de la formación profesional “tradicional”, se podrían invertir en el nuevo modelo de formación dual.

7. Bibliografía

- Barron, J.M., Black, D.A. y Loewenstein, M.A., “Job-Matching and On-the-job Training”, *Journal of Labor Economics*, v. 7, n. 1, 1989.
- Benner, H., “Die duale Berufsausbildung in Deutschland und Aspekte ihrer Weiterentwicklung im Hinblick auf die europäische Integration”, *Berufsbildung in Wissenschaft und Praxis*, n. 21, v. 2, 1992.
- Brauns, H., *et al.*, “Does Education Matter? France and Germany in Comparative Perspective”, *European Sociological Review*, v. 15, n. 1, 1999.
- Brown, C. y Reich, M., “Developing skills and pay through career ladders: Lessons from Japanese and U.S. companies”, *California Management Review*, v. 39, n. 2, 1997.
- Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P., “La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del RD 1592/2012, de 8 de noviembre”, *AL*, n. 1, 2014.
- Clement, W., “Is Dual System Responsible for Low Youth Unemployment in the Federal Republic of Germany”, *European Journal of Education*, v. 20, n. 2/3, 1985.

- De Vicente Pachés, F., “Los contratos formativos: prácticas y formación”, en AA.VV., *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Deissinger, T., “Germany’s Vocational Act: its Function as an Instrument of Quality Control within a Tradition-Based Vocational Training System”, *Oxford Review of Education*, v. 22, n. 3, 1996.
- Ertl, E., “The Concept of Modularizations in Vocational Education and Training The Debate in Germany and Its Implications”, *Oxford Review of Educations*, v. 28, n. 1, 2002.
- Ertl, H., “The Transition of Vocational Education and Training in Eastern Germany: Notes on the Role of Europeans Unions Programs”, *Comparative Education Review*, v. 44, n. 4, 2000.
- Ertl, H. y Phillips, D., “The Enduring Nature of Tripartite System of Secondary Schooling in Germany: Some Explanations”, *British Journal of Educational Studies*, v. 48, n. 4, 2000.
- Escudero Rodríguez, R., “Nuevos derechos de formación y contrato para la formación y el aprendizaje”, *RL*, n. 23, 2012.
- Estreicher, S., “Laws Promoting Worker Training, Productivity and Quality”, *The Labor Lawyer*, v. 9, n. 1, 1993.
- Fabregat Monfort, G., “Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios”, *AS*, n. 11, 2001.
- García Testal, E. y Altés Tárrega, J.A., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2015
- Glover, R.W., “The German Apprenticeship System: Lessons for Austin, Texas”, *Annals of American Academy of Political and Social Science*, v. 544, 1996.
- Higginson, J.H., “Michael Sadler and the German connections”, *Oxford Review of Education*, n. 16, 1990.
- Kupfer, A., “The socio-political significance of changes to the vocational education system in Germany”, *British Journal of Sociology of Education*, v. 31, n. 1, 2010.
- Lauterbach U. y Lanzendorf U., “El sistema dual de formación profesional en Alemania: Funcionamiento y situación actual”, *Revista interuniversitaria de formación profesional*, n. 30, 1997.
- López Gandía, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, *RDS*, n. 57, 2012.
- López Terrada, E., “Crisis económica y medidas de fomento a la contratación los "estímulos" del RD Ley 4/2013”, *Civitas REDT*, n. 160, 2013.

- López Terrada, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Lujan Alcaraz, J., “Las becas como prestación de servicios”, *AS*, n. 14, 2006.
- Miller Idriss, C., “Challenge and Change in the German Vocational System since 1990”, *Oxford Review of Education*, v. 28, n. 4, 2002.
- Moreno Gené, J., “El contrato para la formación y el aprendizaje: Un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *TL*, n. 116, 2012.
- Nieto Rojas, P., “La formación dual como política activa de empleo. La escasa empleabilidad de los jóvenes sin cualificación como telón de fondo”, *Revista de información laboral*, n. 2, 2014.
- Quesada Segura, R., “Derechos de formación profesional y contratos formativos”, *TL*, n. 115, 2012.
- Raggatt, P., “Quality Control in the Dual System of West Germany”, *Oxford Review of Education*, v. 14, n. 2, 1988.
- Rodríguez-Piñero y Brevo Ferrer, M., “Contrato de aprendizaje y formación dual”, *RL*, n. 1, 2013.
- Sala Franco, T., Pérez Infante, J. y Lopez Terrada, E., *Las modalidades de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Sempere Navarro, A.V., Martín Juménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- Sempere Navarro, A.V., “Más medidas “urgentes” sobre empleo y desempleo”, *Aranzadi Social Doctrinal*, n. 7, 2011.
- Suárez Corujo, B., “Reformas en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. El plan de empleo juvenil y emprendimiento”, en AA.VV., *La aplicación práctica de la reforma laboral*, La Ley, Madrid, 2013.
- Suárez Corujo, B., “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, en AAVV., *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- Steedman, H., “The Economics of Youth Training in Germany”, *The Economic Journal*, v. 103, n. 420, 1993.
- Werner, W. y Wessels, W., *Europe from A to Z: Guide to European integration*, Institut für Europäische Politik European Commission, 1997.
- Winkelmann, R., “Employment Prospects and Skill Acquisition of Apprenticeship-Trained Workers in Germany”, *Industrial and Labor Relations Review*, v. 49, n. 4, 1996.

Witte, J.C. y Kalleberg A.L., "Matching Training and Jobs: The Fit between Vocational Education and Employment in the German Labour Market", *European Sociological Review*, v. 11, n. 3, 1996.

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 DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), 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