

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*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), 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*)

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

Juan Carlos García Quiñones

Profesor Titular Acreditado de Derecho del Trabajo

Universidad Complutense de Madrid (España)

ÍNDICE

Juan Carlos García Quiñones, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **I**

Artículos

Joaquín García Murcia, *Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*..... **1**

Jesús Lahera Forteza, *Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma*..... **33**

Juan Carlos García Quiñones, *Las Comisiones Paritarias en el ordenamiento jurídico español: virtualidad y potencialidad dentro del contexto de la negociación colectiva*..... **51**

José Luis Gil y Gil, *Globalización y universalidad del derecho: la lex mercatoria y el derecho internacional del trabajo en el mercado global*..... **83**

Tatsiana Ushakova, *Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC*..... **129**

Achim Seifert, *Comercio internacional y justicia social: el modelo de la Unión Europea*..... **167**

José Manuel del Valle, *Globalización y Seguridad Social*..... **194**

Comentarios

Olaya Martín Rodríguez, *Duración del tiempo de trabajo y distribución. Referencia a algunos convenios colectivos*..... **242**

Omar Ernesto Castro Güiza y Lucas Caballero Martínez, *Aplicabilidad de la Teoría del Conflicto en materia laboral en Colombia*..... **275**

Francisco Javier Romero Montes, *La creación de empleo y la formalización de las relaciones de trabajo*..... **297**

Alma Elena Rueda Rodríguez, *El Trabajo Autónomo: un análisis comparado de Italia y España*..... **332**

Reseñas Bibliográficas

Carlos Eduardo Delgado Rivera y Miguel Ángel Pastrana González, *Panorama de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en América Latina, por Juan Pablo Mugnolo y Oscar Zavala Gamboa (Coords.). Una reseña*..... **356**

Introducción al número por parte del Coordinador

El presente número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 4, núm. 2, abril-junio de 2016, incorpora una relación heterogénea de estudios jurídicos sobre materias trascendentes y actuales del Derecho del Trabajo, sistematizados, como es pauta habitual en la estructuración de la revista, bajo dos bloques distintos mediante esa alusión respectiva a artículos y comentarios, amén del espacio final dedicado a las reseñas bibliográficas. Algunos de los trabajos que se presentan, como se verá, asumen una proyección específica sobre concretos sistemas nacionales, mayoritariamente, pero no solo, con la referencia del ordenamiento español. Mientras otros aparecen concebidos en su realización con una clara dimensión internacional o de Derecho Comparado.

Efectuadas estas precisiones, el apartado de los artículos se abre con el estudio que presenta el Profesor Joaquín García Murcia, con el título de “Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. El trabajo comienza con una breve exposición del marco normativo de la Unión Europea en la materia referida, sobre la base del contenido que expresa la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, como presupuesto para desarrollar a continuación los distintos e interesantes problemas de interpretación y aplicación derivados de la puesta en práctica de esas directrices comunitarias sobre garantía de los créditos laborales en el supuesto de insolvencia empresarial. Problemática que ha tenido su reflejo oportuno en la elaboración por parte del Tribunal de Justicia de un cuerpo de jurisprudencia relevante, a pesar de que no haya sido cuantitativamente muy abundante. Con ese objetivo, se analizan acto seguido, con detalle, algunas precisiones jurisprudenciales sobre la extensión o el alcance material de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial. Del mismo modo que

se abordan también con detenimiento determinadas aclaraciones jurisprudenciales sobre el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias en materia de garantía salarial. Para concluir con el examen específico de dos supuestos de particular relevancia, por alusión a las obligaciones de registro y a los requisitos de nacionalidad, respectivamente.

El siguiente trabajo, bajo el título de “Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma”, corresponde al Profesor Jesús Lahera Forteza, donde se analiza, con la referencia del sistema español, la crisis de la representatividad sindical, a partir del modelo instaurado de representatividad sindical por audiencia electoral. Situación de partida que sirve al Profesor Lahera para identificar, acto seguido, una serie de puntos débiles, por alusión a la falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas, el desincentivo a la afiliación sindical, la falta de adaptación del modelo electoral, el desigual cómputo de la representatividad sindical, la excesiva institucionalización del sindicalismo, para concluir con algunos interrogantes obligados sobre la crisis de la representatividad sindical en España. Premisas todas útiles para plantear inmediatamente después determinadas propuestas de reforma, a partir de los objetivos que se enumeran como son la sindicalización real del sistema, la adaptación del modelo electoral junto con las correcciones a la desigual representatividad sindical. Identificación de problemas y propuestas de reforma que deberían coadyuvar, en definitiva, para vertebrar posibles alternativas al modelo español de representatividad sindical en los términos que desarrolla el artículo en su apartado final, apostando por un modelo mixto que combinara la audiencia electoral con la afiliación sindical.

El estudio que sigue pertenece al Profesor Juan Carlos García Quiñones, bajo esa rúbrica de “Las Comisiones Paritarias en el ordenamiento jurídico español: virtualidad y potencialidad dentro del contexto de la negociación colectiva”, donde se afronta un análisis del papel de las Comisiones Paritarias dentro de los convenios colectivos y sus funciones de gestión de los conflictos laborales, con la referencia puesta en el ordenamiento jurídico español según su versión actual. Una institución, las Comisiones Paritarias, que ha sido objeto además de un intenso proceso de cambio en los últimos años. Modificaciones contextualizadas, a su vez, en el marco de una evolución proyectada sobre numerosas materias relacionadas con la negociación colectiva, significativamente, por alusión a los descuelgues convencionales, la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y el debilitamiento de la regla legal de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo. Premisas todas que sirven de pauta para desarrollar, por su orden, distintas temáticas como el tratamiento dado a la Comisión

Paritaria como contenido obligatorio del convenio colectivo; cuestiones vinculadas con la configuración de la Comisión Paritaria; consecuencias derivadas de la atribución legal de determinadas competencias a la Comisión Paritaria en la redacción vigente del Estatuto de los Trabajadores; junto con la resolución de las discrepancias en el ámbito de la Comisión Paritaria. Materias que confirman, en cualquier caso, la correspondencia que existe entre la complejidad de las problemáticas planteadas y las dificultades inherentes a sus posibles alternativas de solución.

En relación con el estudio que presenta el Profesor José Luis Gil y Gil, bajo el título de “Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global”, se analiza la suerte diversa que ha corrido, con la referencia del mercado global, esa aspiración a la universalidad de dos derechos especiales o estatutarios como son, respectivamente, el derecho mercantil y el derecho del trabajo. Tratamiento diferenciado que evidencia la dimensión adquirida por la *lex mercatoria*, en clave de gobierno del mercado global, que contrasta con los avances, todavía tímidos, de cara a la elaboración de un derecho universal del trabajo. Por más que en los últimos años, la OIT, además del enfoque tradicional materializado en la adopción de normas internacionales del trabajo, ha buscado asimismo otra perspectiva funcional, consistente en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Sin ir más lejos, procurando dar respuesta al problema de la voluntariedad en la ratificación de los convenios que elabora. Sumado también a los esfuerzos de la comunidad internacional para lograr el objetivo de una conducta empresarial responsable, con la atención específica que merecen en este sentido el respeto por las empresas multinacionales de los derechos humanos dentro del contexto laboral. Planteamiento que el Profesor Gil y Gil sintetiza a través de un interrogante revelador por alusión a una hipotética transición hacia un derecho universal del trabajo, con el desarrollo respectivo de dos elementos claves como son, respectivamente, la posición del trabajador en el mercado global, de un lado, y los derechos humanos en el trabajo, de otro lado.

El trabajo que sigue a continuación lleva por título “Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC”, cuya autoría corresponde a la Profesora Tatsiana Ushakova. El estudio parte de la premisa de que la justicia social se reivindica como un concepto fundamental para la cooperación internacional en el siglo XXI, verificando cómo, bajo este plano, desde comienzos del siglo XX, su promotora principal ha sido la OIT. Con estos precedentes, se plantea como cuestión principal cuál

debería ser el papel de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la promoción de la justicia social, considerando la estrecha vinculación existente entre los aspectos económicos y sociales. Interrogante que el estudio aborda mediante una doble perspectiva de análisis, como es, primero, la búsqueda de la conexión con la justicia social en el sistema de normas de la OMC. Para, acto seguido, explorar la vía de cooperación de la OMC con otras organizaciones internacionales con competencias más amplias y vinculadas con los aspectos sociales. Todo ello bajo una sistemática que distingue entre el *hard law* y el alcance competencial, de un lado, junto con el *soft law* y las distintas opciones estratégicas, de otro lado. La siguiente aportación, con el título de “Comercio internacional y justicia social: el modelo de la Unión Europea”, del Profesor Achim Seifert, se ubica también dentro de esa perspectiva internacional anunciada en el primer párrafo de esta presentación. En concreto, el artículo analiza el papel que ha jugado el concepto de justicia social en las relaciones de comercio internacional, con la referencia puesta en el derecho de la UE. Una temática estructurada en tres partes bien definidas. La primera, caracterizada por esa integración europea bajo un modelo económico de justicia social, con una derivación posterior hacia los derechos fundamentales de los trabajadores. A continuación, una secuencia de ejemplos demostrativos del conflicto entre el economicismo de la UE y la aspiración por sustentar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito del mercado interno de la UE. Para concluir con un análisis acerca del concepto de justicia social prevalente en el comercio exterior de la UE, con una llamada específica a las cláusulas sociales establecidas por la UE para su comercio exterior. Aspectos todos que el autor desarrolla con una gran profusión a lo largo de su trabajo, como argumentos para concluir con una posición relativamente positiva acerca de la evolución habida en la concepción de la justicia social que subyace en el derecho de la UE, dentro del contexto del comercio internacional, con una aportación apreciable por parte de las cláusulas sociales para con la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El siguiente trabajo que se presenta lleva por título “Globalización y Seguridad Social”, elaborado por el Profesor José Manuel del Valle. Un trabajo que analiza la incidencia de la globalización en el derecho a la Seguridad Social, constatado el debilitamiento de los derechos sociales, con el consiguiente retroceso del Estado Social y la quiebra del principio de igualdad como inspirador de los derechos sociales, bajo esa influencia preeminente de la razón económica que viene caracterizando los últimos tiempos de producción legislativa. Con estos precedentes, el estudio que se presenta examina algunas soluciones para preservar el derecho a la

Seguridad Social, para lo que se da cuenta también de determinadas iniciativas implementadas bajo esta misma lógica por parte de la OIT, como constata la referencia específica de la Recomendación sobre los pisos de protección social, cuyo análisis ocupa la última parte del trabajo.

A continuación, el apartado dedicado a Comentarios se inicia con la aportación de la Becaria Predoctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Olaya Martín Rodríguez, con un trabajo que lleva por título “Duración del tiempo de trabajo y su distribución. Referencia a algunos convenios colectivos”. Estudio que refiere, en primer lugar, la ordenación del tiempo de trabajo en normas internacionales, comunitarias e internas, para centrarse acto seguido en el examen de la duración de la jornada de trabajo así como en sus límites legales y convencionales. Y ello, con la aportación que incorporan en este sentido diferentes convenios colectivos estatales y de empresa, seleccionados por su especial repercusión en el sistema económico y productivo español, a los efectos de verificar empíricamente el avance – o menos – que supone la negociación colectiva frente a lo dispuesto en su caso por la norma legal.

El trabajo que sigue está referido a la aplicabilidad de la teoría del conflicto en materia laboral en Colombia, elaborado por los Profesores Omar Ernesto Castro Güiza y Lucas Caballero Martínez, donde, con la referencia del sistema jurídico colombiano, tratan de involucrar los conflictos colectivos de trabajo dentro de la teoría del conflicto, bajo esa finalidad declarada de buscarles solución por los propios sujetos enfrentados, con las herramientas que confieren cualesquiera mecanismos de composición, conciliación o arbitraje dispuestos para poner término a las controversias suscitadas. De este modo, se dedica un amplio protagonismo a desarrollar distintos aspectos estructurales que vertebran la teoría del conflicto, con las especificidades que aporta esa dimensión concreta que tiene su origen en el conflicto laboral.

La siguiente colaboración viene dada por el estudio titulado “La creación de empleo y la formalización de las relaciones de trabajo”, cuyo autor es el Profesor Francisco Javier Romero Montes, con la referencia puesta en el sistema nacional peruano. Trabajo dedicado, respectivamente, al análisis del empleo, el desempleo, el subempleo y la informalidad laboral. Sistemática que conduce al examen de cuestiones relevantes como el nuevo concepto de empleo, la parasubordinación laboral, una nueva visión del desempleo, el modo de cálculo del empleo y del desempleo, clases y origen del desempleo, así como las modalidades más significativas del subempleo. Para desarrollar a continuación los aspectos más importantes vinculados con la economía informal, considerando la enseñanza que ofrece en este sentido la experiencia ilustrativa del modelo

peruano. Respuesta legal frente al fenómeno de la informalidad que, sin embargo, ha significado a la postre un deterioro evidente en algunos de los pilares sobre los que se sustenta el Derecho del Trabajo.

Para concluir, la relación de trabajos que componen esta sección de Comentarios se cierra con el estudio titulado “El Trabajo Autónomo: un análisis comparado de Italia y España”, elaborado por Alma Elena Rueda Rodríguez, Doctora en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo por la Universidad de Bérgamo (Italia). Un trabajo que analiza la configuración respectiva tanto del trabajador autónomo como del trabajador parasubordinado, denominado también trabajador autónomo económicamente dependiente. Y todo ello, con la utilización de la perspectiva comparada, desde las referencias respectivas que ofrecen en este sentido los sistemas italiano y español. Modelos que, aun con el tratamiento diferenciado que se sigue en cada uno de los ordenamientos examinados, constituyen en todo caso un referente significativo para aquellos otros países que carecen en la actualidad todavía de un marco jurídico sobre el trabajo autónomo, con la referencia explícita que conforma en este sentido la región de América Latina.

En definitiva, un número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, el cual he tenido el honor de coordinar, que confirma, una vez más, el protagonismo indiscutible que sigue llamado a jugar, con todas las dificultades que se quiera, el Derecho del Trabajo, tanto en su proyección internacional y comparada como desde su implementación sobre cualesquiera de los sistemas nacionales. Protagonismo solo comparable en su dimensión con la complejidad de los problemas pendientes de resolver. Constatación que, más allá de la comprensible desazón inicial, supone no obstante una oportunidad idónea para reivindicar, de nuevo, la función a desempeñar por la doctrina iuslaboralista.

Juan Carlos García Quiñones

Profesor Titular Acreditado de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Joaquín GARCÍA MURCIA**

RESUMEN: Las Directivas sobre garantía de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario constituyen uno de los núcleos temáticos más relevantes del Derecho Social de la Unión Europea. Las citadas Directivas han logrado desde luego que en todos los Estados miembros de la Unión existan mecanismos de garantía salarial aptos para cumplir esos fines, y han conseguido también que tales instrumentos den cobertura no sólo a las situaciones de necesidad generadas en el interior de cada sistema nacional sino también a las que han nacido de movimientos económicos y profesionales de carácter transnacional. De todas formas, esas reglas también han suscitado dudas interpretativas y problemas de aplicación, unas veces relacionadas con el propio tenor de la norma comunitaria y en otras ocasiones provocados por deficiencias de transposición, desajustes entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional o, en fin, exigencias excesivas por parte de la legislación de los países miembros. A muchos de estos problemas ha dado respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante un acervo de jurisprudencia que ya alcanza un volumen notable y que a la altura de nuestros días resulta imprescindible.

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, insolvencia del empresario.

SUMARIO: 1. Una breve exposición del marco normativo de la Unión Europea. 2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre la extensión o el alcance material de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial. 3. Aclaraciones jurisprudenciales sobre el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias sobre garantía salarial. 4. Un par de casos particulares: obligaciones de registro y requisitos de nacionalidad. 5. Bibliografía.

* Proyecto de Investigación DER2013-45781.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.

Guaranteed Remuneration following Insolvency according to Case Law from the European Court of Justice

ABSTRACT: Directives concerning guaranteed work credits in the event of employers' insolvency are an important topic in EU Social Law. The mentioned Directives have certainly succeeded in ensuring that Member States are provided with suitable social security mechanisms. Further, these tools now provide coverage not only in emergency situations at a national level, but also in those resulting from transnational economic and professional movements. However, these rules have raised doubts about interpretation and implementation, previously linked to Community regulations or arising from shortcomings in transposition, imbalances between EU and National legislation or even burdensome requirements on the part of the legislation of Member States. The Court of Justice of the European Union has responded to many of these problems with a significant body of case law, which today proves essential.

Key Words: European Union law, employer's insolvency.

1. Una breve exposición del marco normativo de la Unión Europea

En 1980 vio la luz la Directiva 80/987/CEE del Consejo (de 20 de octubre de 1980) sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, la primera regulación que con fines de armonización aprobó la entonces Comunidad Europea en esa materia. Unos lustros más tarde, en el año 2008, y tras las modificaciones introducidas en los años 1987 y 2002 sobre ese primer texto, fue aprobada una versión “codificada” de dicha regulación comunitaria (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008), que sigue rigiendo en la actualidad¹. En el interregno entre una y otra versión había sido aprobado en la Organización Internacional del Trabajo, por cierto, el Convenio núm.173, dedicado con carácter general a los medios de protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, en el que junto a otros instrumentos más clásicos (como el privilegio salarial) también se contemplaba, con una vocación naturalmente más universal que la Directiva europea, la obligación de los Estados nacionales que lo ratificaran de implantar una institución de carácter asegurador para completar el círculo de garantías². Tanto en su versión original como en la de la Directiva de 2008 (la actualmente vigente), esta normativa comunitaria parte de la necesidad de establecimiento a escala europea de instrumentos específicamente dedicados a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, no sólo por lo que ello puede representar para los trabajadores afectados, sino también por la exigencia progresivamente impuesta a las instituciones comunitarias (por ejemplo, a través de la Carta de derechos de 1989, por ejemplo) de procurar un desarrollo armónico y equilibrado en los terrenos económico y social y, en particular, de conjugar “la realización del mercado interior” con una “mejora de las condiciones de vida y de trabajo”. Tras dejar sentada esa premisa esencial, y tras reafirmar por supuesto las directrices ya fijadas en el año 1980 para

¹ Entre los estudios específicos de las directrices comunitarias dentro de la literatura jurídica española cabe citar el de Rivero Lamas, J., “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 1988-1, pp. 389 ss., dedicado a la Directiva de 1980, y el de Arufe Varela, A. “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp.2160 ss., en el que también se contempla la reforma de 2002 de dicha Directiva.

²Vid. Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J.R., “Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, 1995-II, pp. 1240 ss.

la correspondiente institución de garantía, la Directiva de 2008 parece añadir una especial preocupación por la aplicación efectiva de este tipo de instrumentos en la hipótesis de implicación de la normativa nacional de dos o más Estados miembros. Es algo que tiene mucho que ver, como ya se habrá advertido, con los problemas típicos de coordinación de los sistemas legales nacionales y, a la postre, con los problemas de determinación de la ley aplicable y el foro competente. La Directiva de 2008 toma nota, concretamente, de que el espacio europeo propicia la actividad transnacional de las empresas y de que, a causa de ello, es previsible el desplazamiento temporal de trabajadores de unos países a otros, con la consiguiente necesidad de determinar, en caso de insolvencia, la institución responsable frente al eventual impago de los créditos laborales.

A la vista de todo ello, podría decirse que el legislador comunitario asume una doble función en este contexto. Por un lado, una función básica, que quizá sea la más típica y esencial, de armonización de los ordenamientos nacionales mediante la imposición de las correspondientes directrices, que en este caso se traducen en la exigencia de implantación de un instrumento de garantía con unas determinadas exigencias respecto de su configuración y su cobertura. Por otro lado, una función complementaria e instrumental, también bastante clásica en el derecho comunitario pero tal vez menos visible en esta normativa específicamente dedicada a la garantía de salarios e indemnizaciones laborales, consistente en la fijación de puntos de conexión con vistas a determinar la legislación aplicable (y la institución de garantía competente) en los supuestos de implicación de dos o más ordenamientos nacionales.

La primera de esas funciones – la puramente armonizadora – sigue teniendo reflejo en la mayor parte de los pasajes de la Directiva de 2008, como era de esperar. De ella son buena muestra, por citar algunos ejemplos significativos, las directrices sobre el ámbito subjetivo y funcional de aplicación de los correspondientes instrumentos de garantía (que viene a coincidir en definitiva con el ámbito del trabajo asalariado, con la exigencia expresa de inclusión de determinados grupos de trabajadores y con la posibilidad de exclusión de determinadas categorías), o las que se extienden sobre el concepto de insolvencia (abierto a todo procedimiento que entrañe el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo, que ponga de relieve la insuficiencia del activo disponible y que implique el “desapoderamiento parcial o total” del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, con posibilidades de ampliación a otros supuestos cercanos). También son dignas de mención en este contexto las directrices sobre el alcance

material de la cobertura (que se ha de proyectar en todo caso sobre créditos “impagados” en concepto de salario o de indemnización de fin de contrato, aunque con posibilidad de limitaciones de carácter temporal o cuantitativo), al igual que las que se ocupan de la organización, la financiación y el funcionamiento de la institución aseguradora (aspectos éstos en los que se ofrecen distintas opciones a los Estados miembros, pero siempre con unas exigencias mínimas relativas a la independencia patrimonial, la contribución a cargo de los empresarios y las obligaciones de pago). Es interesante, finalmente, la referencia de las Directivas comunitarias a la cobertura de determinados créditos pertenecientes a los “regímenes legales” de seguridad social o a los “regímenes complementarios” de previsión social (ámbito en el que los Estados miembros cuentan con un margen de actuación de mayor amplitud, especialmente en lo que se refiere al mecanismo de garantía, y en el que nuestro sistema nacional, dicho sea de paso, ofrece alguna singularidad).

De la segunda función – la más propiamente coordinadora – se ocupan los artículos 9 y 10 de la Directiva de 2008, que, como ya se habrá imaginado el lector, se dirigen a la hipótesis, bastante probable hoy en día, de que una empresa desarrolle su actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, con el consiguiente problema de determinación de la “ley aplicable” (y, en consecuencia, de identificación de la “institución competente”), si fuera necesario garantizar el pago de los salarios por motivos de insolvencia de la empresa. Para tales hipótesis, el art.9.1 de la Directiva dispone que será “competente” (esto es, tendrá el deber de afrontar el “ siniestro”) la institución del Estado miembro en cuyo territorio los trabajadores afectados “ejercen o ejercieran habitualmente su trabajo”, con la precisión añadida de que la “extensión” de la cobertura prestada a dichos trabajadores “vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente”. Tales previsiones se completan con otras dos reglas de marcado carácter instrumental, que imponen otras tantas obligaciones a los Estados miembros: por un lado, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se tengan en cuenta a tal efecto las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia promovido en otro Estado miembro (de modo que la institución competente responderá no sólo cuando la insolvencia se declare en su propio Estado sino también cuando se declare en otro Estado y afecte a empresas con actividad en el territorio de referencia); por otro lado, deben prever mecanismos aptos para “el intercambio de información pertinente entre las Administraciones públicas competentes y/o entre las instituciones de garantía” con el fin de que la institución de garantía competente pueda tener conocimiento

preciso de los créditos impagados de los trabajadores afectados³. Como en tantas otras ocasiones, la Directiva de 2008 deja a salvo “la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados”, y como tantas otras veces, recuerda que sus directrices en ningún caso podrán ser motivo para justificar “una regresión respecto de la situación ya existente (...) en lo relativo al nivel general de protección” de dichos trabajadores. También se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de “adoptar las medidas necesarias

³ Aunque no nos vamos a detener en ello, conviene decir que esta dimensión transnacional también ha aflorado en diversas ocasiones en la jurisprudencia del TJUE, particularmente en las sentencias de 16 de octubre de 2008 (*Svenskastaten*), de 10 de marzo de 2011 (*Defossez*) y de 25 de febrero de 2016 (*Elliniko Dimosio*), en las que aún se maneja la normativa previa a la codificación de 2008. En la primera de ellas, el TJUE declaró que el art. 8 *bis* de la Directiva 80/987/CEE debía interpretarse en el sentido de que no es necesario que ésta disponga de una filial o de un establecimiento permanente en este otro Estado “para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro”, aunque si se requiere que la empresa en cuestión “disponga en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades”, con la precisión de que en el sector del transporte la mera circunstancia de que un trabajador contratado por una empresa en un Estado miembro efectúe entregas de mercancías entre ese Estado y otro Estado miembro “no permite concluir que la mencionada empresa dispone de una presencia económica permanente en otro Estado miembro”. La sentencia *Defossez*, por su parte, declaró que el art. 3 de la Directiva 80/987/CEE debía interpretarse en el sentido de que es responsable la institución del Estado en el que se encuentra el domicilio social de la empresa respecto del pago de los créditos impagados de un trabajador que habitualmente ha ejercido su actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro, dado que la empresa declarada insolvente no está establecida en ese otro Estado y ha cumplido su obligación de contribución a la financiación de la institución de garantía en el Estado miembro en el que radica su domicilio social, añadiendo que la mencionada Directiva 80/987 no se oponía a que una norma nacional prevea que un trabajador pueda acogerse a su institución de garantía salarial con carácter complementario o sustitutivo respecto de la garantía ofrecida por la institución que en aplicación de la referida Directiva sería competente, “siempre y cuando aquella garantía dé lugar a un nivel superior de protección del trabajador”. La sentencia *Elliniko Dimosio*, en fin, se refiere a un litigio planteado por marineros griegos residentes en Grecia y contratados en ese país, pero para prestar servicios por cuenta de una empresa naviera establecida en Malta en un buque con pabellón maltés y con una remisión expresa en sus contratos al Derecho de este país. Ante la declaración de quiebra de la sociedad empleadora en el primero de esos países y las consiguientes reclamaciones de los trabajadores respecto del pago de sus salarios, el TJUE declara que, en esas condiciones, los demandantes tienen derecho a la protección salarial establecida por la Directiva 80/987/CE y no sólo a la cobertura que trataba de prestarles el estado griego a través de unas instituciones previstas más bien para la hipótesis de abandono de marineros en el extranjero.

con el fin de evitar abusos”, de excluir del mecanismo de protección aquellos supuestos en los que se aprecien “vínculos particulares” entre el trabajador y el empresario (más aún si se advierten “intereses comunes concretados mediante un pacto colusorio”), y de dejar al margen de esta especial medida de garantía aquellos casos en que los trabajadores, por sí mismos o junto a parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa y “ejercen una influencia considerable en sus actividades”⁴.

No es ninguna exageración decir que las Directivas comunitarias sobre garantía de los créditos salariales en caso de insolvencia del empleador (tanto la de 1980 como la de 2008, naturalmente) forman parte del bloque básico de la política social de la Unión Europea, tanto por sus fines como por su lugar de destino. Ello explica que con el paso del tiempo esta intervención de las instituciones comunitarias haya llegado a cobrar también un notable protagonismo dentro de la jurisprudencia comunitaria. Es verdad que no ha alcanzado el carácter estelar que parecen haber tenido otros temas del acervo social comunitario, como la igualdad y la no discriminación, la transmisión de empresa o la contratación temporal, por citar algunos ejemplos. Pero tal vez ello sea debido a la especial naturaleza de este tipo de reglas, que tienen un radio de acción muy localizado y están diseñadas para entrar en juego en supuestos extraordinarios y esencialmente patológicos. En cualquier caso, la puesta en práctica de estas directrices comunitarias sobre garantía de los créditos laborales en el supuesto de insolvencia empresarial ha generado interesantes problemas

⁴ Lógicamente, la puesta en circulación de estas normas comunitarias entrañaba la obligación de los Estados miembros de proceder a la implantación de mecanismos de esa naturaleza en sus respectivos sistemas nacionales. En España, la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario había sido encomendada ya al Fondo de Garantía Salarial, creado en 1976 a semejanza de lo que ya ocurría en muchos países de nuestro entorno, y regulado después por el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores (con el complemento del RD 505/1985, de 6 de marzo). Aunque nació antes de la incorporación de España a la Unión Europea, la regulación del FOGASA se adaptó bien a las directrices comunitarias, en algunos casos mediante reformas expresas (como sucedió con la Ley 38/2007, de 16 de noviembre). Sobre el origen y la configuración inicial de esta institución en España, Alonso Olea, M., “Salarios: el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, 1977. Sobre sus posteriores vicisitudes normativas, entre otros, Roqueta Buj, R., *El Fondo de Garantía Salarial*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2009, y García Murcia, J., “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011 y 2012”, *Actualidad Laboral*, n. 7, 2012. Sobre las instituciones existentes en el entorno europeo en el momento de implantación de la institución española, Bragado Alfageme, J.C., “El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, n. 7, 1981, pp. 335 ss.

de interpretación y aplicación y ha dado lugar, con el transcurso de los años, a la elaboración por parte del Tribunal de Justicia de un cuerpo de jurisprudencia que, sin ser muy abundante, resulta de indiscutible relevancia, al menos por dos razones. No sólo porque la intervención del Tribunal de Justicia ha servido para aclarar numerosos pasajes del texto comunitario de referencia y para calibrar mejor su grado de exigencia respecto de los Estados miembros, particularmente en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de esta singular técnica aseguradora o al alcance de su acción protectora, sino también porque desde esa instancia jurisdiccional se ha tenido que hacer frente a los retos que plantea la progresiva creación de un espacio supranacional de trabajo y prestación de servicios, con los consiguientes desplazamientos de trabajadores de unos países a otros, para unos instrumentos que aún están configurados en clave nacional.

El propósito principal de este trabajo es la exposición, con un mínimo comentario, de esa producción jurisprudencial, al menos de la más cercana a nuestros días⁵. Dentro de ese marco general, nos vamos a interesar sobre todo por aquellas sentencias del Tribunal de Justicia que se han pronunciado de forma más o menos directa sobre el alcance de esta especial maquinaria de garantía de los créditos laborales de los trabajadores en el supuesto de insolvencia de la empresa, unas veces desde la perspectiva de su acción protectora (es decir, desde la perspectiva de los créditos objeto de cobertura y de las correspondientes prestaciones), y otras veces desde el punto de vista de su radio de acción funcional y subjetivo. El objetivo final de este repaso de jurisprudencia no es otro, a la postre, que profundizar un poco más en el conocimiento de esta particular parcela de la normativa social comunitaria, sin perjuicio de la utilidad que también puedan ofrecer esos datos procedentes de la jurisdicción comunitaria para valorar las instituciones nacionales de referencia. Hay que advertir, en todo caso, que los asuntos resueltos por el TJUE suelen tener como base un pleito nacional que se desenvuelve con arreglo a la pertinente norma nacional, por lo que los ingredientes que salen a relucir en la intervención de dicho Tribunal, o los conceptos que dan lugar a sus

⁵ Por exigencias de espacio, nuestro recorrido no se va a extender a todas las sentencias del TJUE sobre esta materia. El lector, en todo caso, puede completar la información con otras aportaciones de la doctrina española, como las de A. Arufe Varela, “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp.2160 ss., o de Miranda Boto, J.M., “Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*, MTAS, Madrid, 2006, pp. 573 ss.

argumentaciones, no siempre cuentan con una correspondencia estricta o exacta en la normativa de otros países.

2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre la extensión o el alcance material de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial

Aunque no parece ser el aspecto más recurrente, el alcance objetivo o cuantitativo de la acción protectora dispensada por las instituciones nacionales de garantía salarial no ha dejado de estar presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A ello se refiere, por ejemplo, la sentencia TJUE de 18 de abril de 2013⁶, que responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el *Varhovenadministrativensad* de Bulgaria en 2012 acerca de la interpretación del art.2.1 de la Directiva 80/987/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. El asunto tenía su origen en la negativa del *Direktor na fond «Garantiranivzemanina na rabotnitsite i sluzhitelite» kamNatsionalniaosiguriteledeninstitut* (Director del Fondo “Créditos garantizados de los trabajadores” del Instituto nacional de la seguridad social) de conceder al demandante el pago de determinados créditos laborales nacidos de su relación laboral con una empresa sometida a procedimiento de insolvencia. Como en otros muchos casos, el TJUE empieza en esta ocasión por una breve presentación de los preceptos de la Directiva 2008/94 (la norma vigente en el momento de los hechos, aunque con un contenido prácticamente idéntico a la versión anterior, invocada en la petición de referencia) implicados en el asunto: el art.2.1 sobre el concepto de insolvencia, el art.3 sobre los conceptos salariales o indemnizatorios objeto de cobertura, el art. 4.1 y 2 sobre la facultad de los Estados miembros de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía, y el art.11 sobre la posibilidad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados. De la normativa búlgara el TJUE reseña la *Zakonzagantiranitevzemanina na rabotnitsite i sluzhiteliteprinesastoyatelnost na rabotodatelia* (Ley sobre los créditos garantizados de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario), en la que se establecen las condiciones sustanciales y formales de acceso a la cobertura, y la *Targovskizakon* (Ley de comercio), en la que se regula el

⁶ Asunto C-247/12, *MelibaVeliMustafay Direktor na fond «Garantiranivzemanina na rabotnitsite i sluzhitelite» kamNatsionalniaosiguriteledeninstitut*.

procedimiento de insolvencia.

La demandante había prestado servicios entre el 19 de junio de 2006 y el 20 de abril de 2011 para la empresa Orfey-Kardzhali EOOD (declarada en quiebra en mayo de este último año y sujeta desde ese momento a un proceso de liquidación), y tenía créditos impagados contra la misma en concepto de remuneración y de indemnización compensatoria de vacaciones anuales, créditos que habían sido devengados en el periodo transcurrido desde la declaración de apertura de insolvencia y la declaración de quiebra. Los reclamó al Fondo de Garantía de Bulgaria, pero le fueron denegados por no haber presentado la solicitud en el plazo legal de 30 días a partir de la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia. Como se dejó ver en el pleito posterior, se planteaba pues la compatibilidad con la norma europea de una norma nacional que, como la búlgara, tan sólo garantizaba los créditos laborales generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil, no de la resolución de quiebra, sino de la resolución que declara la apertura del procedimiento de insolvencia del empresario, que es previa. Visto de otra manera, se planteaba en el fondo si la apertura del proceso de “insolvencia” podía ser equivalente a la declaración formal de “quiebra” a efectos de cobertura de salarios pendientes de pago.

Para el TJUE, del art.2.1 de la Directiva 2008/94 se deduce que para que se considere que un empresario es insolvente es necesario que concurren dos circunstancias: que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y que la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya comprobado tanto el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura de tal procedimiento. Por lo tanto, el art.2.1 de la Directiva exige que se haya adoptado una decisión de apertura de ese tipo pero no que el procedimiento colectivo en cuestión deba necesariamente terminar con el cese de la actividad del empresario, lo cual es corroborado por el art.4 de la Directiva 2008/94 en cuanto establece que en el concepto de “estado de insolvencia” deben incluirse los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación. Para el TJUE, era muy significativo desde este punto de vista que la ley nacional búlgara utilizara el mismo término para designar la situación de insolvencia que la versión, igualmente búlgara, de la Directiva 2008/94⁷.

⁷En este caso, y para reforzar su fundamentación, el TJUE acude también a una especie

Señala además esta sentencia de 2013 que la Directiva 2008/94 (art.2.1) no exige que se haya ordenado el cese de las actividades del empresario para que sea aplicable la garantía salarial, y que su art. 3 (párrafo segundo) da a los Estados miembros la facultad de determinar la fecha antes de la cual, y/o después de la cual en su caso, se sitúa el período durante el que la institución de garantía asume los créditos correspondientes a remuneraciones impagadas. Habida cuenta que la versión inicial de la Directiva daba a los Estados miembros la opción de elegir entre tres fechas a esos efectos y que, tras las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/74 y mantenidas por la Directiva 2008/94, se deja a los Estados miembros libertad para determinar una fecha apropiada, considera el TJUE que la Directiva 2008/94 debe interpretarse en el sentido de que no obliga al Derecho nacional a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario, lo cual quiere decir que no se opone a que los Estados miembros establezcan una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario. Por lo demás, recuerda el TJUE la facultad de los Estados miembros de aplicar o de establecer disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados y de prolongar así el período de garantía de la manera que estimen oportuno⁸.

Con ribetes muy particulares, el alcance de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial sale a relucir asimismo en la sentencia TJUE de 10 de julio de 2014⁹, que responde a una petición de decisión

de argumento de autoridad procedente de la Comisión Europea, que había dictaminado que el procedimiento de insolvencia previsto en la legislación búlgara constituía sin duda un “procedimiento de insolvencia” en el sentido del correspondiente Reglamento comunitario (en aquel momento, Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, en su versión modificada por el Reglamento CE núm.1791/2006 de 20 de noviembre de 2006).

⁸ El TJUE cita como referencia a estos efectos la sentencia de 15 de mayo de 2003, C-160/01 (*Mau*), en la que había declarado que los arts.3.2 y 4.2 de la Directiva 80/987/CEE se oponían a la legislación nacional de referencia (Alemania) en tanto que ésta hacía coincidir la fecha de producción de la insolvencia con la fecha de resolución de la solicitud de apertura del procedimiento concursal y no con la fecha de presentación de dicha solicitud (con la precisión, por cierto, de que el concepto de “relación laboral” utilizado a estos efectos por la norma comunitaria dejaba fuera de su radio de cobertura el periodo de suspensión del trabajo por permiso parental no retribuido).

⁹ En el asunto C-198/13, *Víctor Manuel Julián Hernández y otros contra Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) y otros*.

prejudicial planteada desde España (concretamente, por el Juzgado de lo Social núm.1 de Benidorm, en Alicante) acerca de la interpretación de la Directiva 2008/94/CE, a partir de un litigio en el que se dilucidaba la responsabilidad frente al pago de una parte de los salarios de tramitación reconocidos a los interesados en proceso de despido. Ciertamente, el abono de esa singular clase de salarios puede propiciar la intervención de estas instituciones de garantía salarial (como por lo demás está previsto en el sistema español), y puede conectar en consecuencia con las directrices comunitarias de las que ahora nos ocupamos¹⁰. Pero la cuestión que aquí se planteaba tenía un tono muy peculiar, cuando menos por dos motivos. De un lado, no se trataba exactamente de la cobertura de salarios por defecto del empresario, sino más bien de la dualidad de respuestas que ofrece el régimen jurídico español para el abono de salarios devengados durante el desarrollo del proceso de despido. De otro, no se buscaba sólo una interpretación de la Directiva de protección de salarios en caso de insolvencia empresarial, sino también una aplicación del principio de igualdad ante la ley prescrito en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). La cuestión se introducía, así pues, en un terreno interesante aunque particularmente complejo, como es el del valor jurídico y la fuerza de obligar de esa moderna Carta de Derechos Fundamentales. En realidad, el relieve de la sentencia de 10 de julio de 2014 radica sobre todo en esta particular dimensión, aunque sus afirmaciones no sean especialmente novedosas.

En el proceso de origen, los demandantes habían sido objeto de un despido que en su momento recibió la calificación de nulidad, con la consiguiente condena de la empresa al abono de indemnizaciones y de salarios de tramitación. Declarada la empresa en insolvencia, tales créditos fueron reclamados al FOGASA hasta el límite legalmente establecido, y posteriormente se demandó a la correspondiente instancia pública

¹⁰ Sobre los “salarios de tramitación” ya se había pronunciado, precisamente, la sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002 (C-442/00, *Rodríguez Caballero*), en la que se examinó, desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación, la conformidad con el Derecho comunitario de la regla que excluía de la cobertura de la institución española de garantía salarial los que no hubiesen sido reconocidos mediante resolución judicial. La sentencia TJCE de 2002 declaró que los créditos correspondientes a salarios de tramitación debían considerarse “créditos a favor de los trabajadores asalariados” en el sentido de la Directiva 80/987, “con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen”, y que el juez nacional debía dejar sin aplicar “una norma nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de retribución, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 80/987, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él”.

(Subdelegación del Gobierno) el pago de una parte de los salarios de tramitación devengados durante el procedimiento por despido, al amparo de lo dispuesto en la legislación sustantiva y procesal española para esas hipótesis. La reclamación fue no obstante desestimada, con el argumento de que los despidos de referencia eran nulos y no improcedentes y con fundamento en la correspondiente regla legal. En todo caso, el Juez remitente de la cuestión prejudicial quería saber si esa diferencia de trato, que operaba en el sistema español en función de la calificación del despido, era o no contraria al Derecho de la Unión Europea y, en particular, al art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales, según el cual todas las personas son iguales ante la ley. También preguntaba, para tratar de dar mayor solidez a la cuestión, si la regulación española sobre el abono por parte del Estado de una parte de los salarios de tramitación encajaba o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94.

El diagnóstico sobre este último punto no era en verdad muy complicado. El TJUE recuerda a tal efecto que los Estados miembros tienen básicamente dos opciones para cumplimentar las exigencias de la Directiva 2008/94: o bien crear una institución específica para la cobertura de los créditos laborales, o bien la asunción directa de esa función por parte del Estado¹¹. Es obvio que el Estado español, como también reconoce el TJUE, ha optado por la primera de esas respuestas, mediante la creación de un organismo autónomo (el FOGASA) encargado *ex profeso* de cumplir esos fines. Precisamente, ese organismo había asumido el pago de determinadas prestaciones por salarios e indemnizaciones a resultas del pleito en cuestión, llevando a cabo de esa forma la obligación de protección mínima de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario impuesta por la citada Directiva comunitaria. Sucedió también en este caso que el propio Estado, de forma directa, se había hecho cargo de parte de los créditos reconocidos a favor de los trabajadores, pero en virtud de una vía distinta de responsabilidad, destinada a cubrir no ya la insolvencia del empresario sino el sobre coste que el proceso, por excesiva dilatación, podía ocasionar a la empresa.

La cuestión planteada desde la jurisdicción española se centraba en realidad en esta particular intervención del Estado. A la postre, y como ya hemos anunciado, quedaba reducida a la supuesta contradicción con el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de una regulación que, como la española, diferencia en algunos de sus efectos entre el despido improcedente y el despido nulo. Pero, ¿es posible la invocación directa de

¹¹ Como ya había tenido oportunidad de decir el TJUE en la sentencia dictada en el asunto C-441/99 (*Gharebveran*), referida en nota anterior.

un precepto de esa Carta para fundar una determinada pretensión jurisdiccional en el espacio comunitario? Como la sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014 viene a poner de relieve, el valor jurídico otorgado a la CDFUE desde la reforma de los Tratados en Lisboa en el año 2007 está sujeto a ciertas condiciones, según se deduce del art. 51 de esa importante declaración de derechos. En síntesis cabe decir que una disposición de Derecho nacional sólo puede ser examinada a la luz de la citada Carta cuando esté comprendida en el ámbito trazado por la normativa comunitaria de referencia, puesto que las disposiciones de la CDFUE únicamente afectan a los Estados miembros cuando éstos apliquen el Derecho de la Unión. Como la jurisprudencia del TJUE viene sosteniendo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias atribuidas por los Tratados: “ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”¹². Dicho de otro modo: la obligación de respetar los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹³.

Todo ello quiere decir que la aplicación de los preceptos de la CDFUE “requiere la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del

¹² Desde hace algunos años, es relativamente frecuente que se invoquen preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ante el TJUE, y también lo es que esta instancia jurisdiccional de ámbito comunitario se pronuncie sobre el valor y el contenido de los mismos. En esta ocasión el propio TJUE se remite a tres de sus pronunciamientos: la sentencia de 5 de octubre de 2010 (asunto C-400/10, *McB*), en la que afloran los arts. 7 y 24 de la CDFUE (en los que se consagran, respectivamente, el derecho al respeto de la vida privada y los derechos del menor), la sentencia de 15 de noviembre de 2011 (asunto 256/11, *Dereci y otros*), en la que también aparece el art. 7 de la CDFUE, y la sentencia de 6 de marzo de 2014 (asunto C-206/13, *Siragusa*), en la que el TJUE se pronuncia a propósito del art. 17 de la CDFUE (derecho a la propiedad).

¹³ Esta afirmación se sitúa expresamente en la línea de lo ya declarado por el propio TJUE en su sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson*), a propósito del principio *non bis in idem* enunciado en el art. 50 de la CDFUE. Sobre la paulatina introducción de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, bajo la consideración de principios generales del Derecho de la Unión, el propio TJUE remite a sus sentencias de 13 de julio de 1989 (asunto 5/88, *Wachauf*), en el que se pronuncia sobre aspectos del derecho de propiedad y del derecho al trabajo ciertamente interesantes (la debida compensación del trabajo desarrollado por un arrendatario de predios rústicos), de 18 de junio de 1991 (asunto C-260/89, *ERT*), en la que se pronuncia sobre la libertad de circulación de mercancías y la libertad de expresión, y de 18 de diciembre de 1997 (C-309/96, *Annibaldi*), en la que se pronuncia sobre los derechos de propiedad, libre empresa e igualdad de trato también a propósito de arrendatario agrícola.

Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión”. Un vínculo de conexión que, para más señas, debe alcanzar “un grado superior” a la mera “proximidad” de las materias consideradas, o a la mera “incidencia” indirecta de una de ellas en la otra, aunque se puede calibrar o comprobar mediante técnicas diversas. Se puede comprobar, por ejemplo, atendiendo al carácter, a la finalidad o a los objetivos de la normativa nacional de referencia, en relación siempre con las correspondientes disposiciones del Derecho de la Unión¹⁴. En cualquier caso, no tienen aplicabilidad “los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal”¹⁵, a sabiendas, además, de que el mero hecho de que la norma nacional en cuestión guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias de cierta amplitud o generalidad (como el social, en virtud hoy en día del artículo 153.2 TFUE) no lleva consigo la aplicabilidad de la Carta.

Había que decidir, por lo tanto, si la normativa nacional en cuestión (la española sobre abono parcial por parte del Estado de los salarios de tramitación) guardaba relación con la aplicación del Derecho de la Unión, que en este caso estaba representado, según la propia petición prejudicial, por la Directiva 2008/94. Como bien advierte el TJUE, la normativa española manejada en este caso es en esencia una manifestación particular de las reglas generales sobre responsabilidad del Estado por “funcionamiento anormal” de la Administración de Justicia, pues en

¹⁴El TJUE recoge a estos efectos doctrina ya expuesta en las sentencias *Annibaldi* y *Siragusa*, ya mencionadas en notas anteriores; también se apoya en la sentencia de 8 de mayo de 2013 C-87/12, *Ymeraga y otros*.

¹⁵Tesis ya sostenida por el TJUE en las sentencias de 13 de junio de 1996 (C-144/95, *Maurin*) y de 6 de marzo de 2014 (C-206/13, *Siragusa*). Dos precisiones añade el TJUE a esta idea central. Por un lado, que tampoco el art. 19 TFUE (que habilita al Consejo para la adopción de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación) permite por sí mismo integrar en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, a efectos de aplicación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, una medida nacional que no forma parte de las medidas adoptadas con fundamento en ese artículo (conforme a la doctrina ya defendida, entre otras, en las sentencias de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, *Bartsch*, de 19 de enero de 2010, C-555/07, *Kücükdereci*, y de 10 de mayo de 2011, C-147/08, *Römer*). Por otro, que “el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta” (según la doctrina procedente de las sentencias de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 y C-1/10, *Gueye y Salmerón Sánchez*, y de 27 de noviembre de 2012, C-370/12, *Pringle*).

definitiva entra en juego en el supuesto de dilación excesiva en la resolución del proceso de despido. No estamos ahora ante la protección del crédito laboral por insolvencia de la empresa (a diferencia de lo que prevé la Directiva 2008/94), sino de un derecho concedido al empresario para reclamar al Estado una indemnización por los perjuicios sufridos a resultas del proceso judicial de referencia, con independencia de que también el trabajador pueda reclamar ese abono, en virtud de la oportuna subrogación, en caso de insolvencia de la empresa. Ni siquiera se trata de la cobertura de la remuneración del trabajador por el período mínimo de los tres últimos meses de la relación laboral, tal y como exige la Directiva 2008/94. Es, si acaso, una vía complementaria de protección, que podría encajar en la habilitación que proporciona la Directiva 2008/94 para el establecimiento de disposiciones nacionales más favorables, pero que por su objeto no coincide con la protección diseñada por esa Directiva. Tampoco advierte el TJUE en este supuesto que la no aplicación del derecho fundamental invocado pudiera afectar “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, circunstancia ésta que desde luego podría justificar la apelación a la Carta¹⁶.

3. Aclaraciones jurisprudenciales sobre el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias sobre garantía salarial

Más abundante es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al radio de acción que desde el punto de vista subjetivo pretenden cubrir estas directrices comunitarias. Formalmente, el ámbito subjetivo de estos mecanismos de garantía salarial viene a coincidir, según adelantamos en su momento, con el espacio propio de la noción de “trabajador asalariado”. Es verdad que la normativa comunitaria deja a salvo la posibilidad de los Estados miembros excluyan a ciertas “categorías” de trabajadores en determinadas condiciones (personal doméstico, pescadores a la parte, trabajadores con “vínculos particulares”, etc.), pero eso no impide llegar a la conclusión de que su pretensión global es la cobertura del trabajo asalariado, con la precisión, además, de que tal cobertura ha de llegar necesariamente a determinados grupos de trabajadores especialmente “sensibles” (trabajo de duración determinada, trabajo a tiempo parcial y trabajo prestado a través de empresas de trabajo temporal). En principio,

¹⁶ Además de la sentencia *Siragusa*, ya conocida, el TJUE se remonta aquí a la doctrina recogida en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, con referencias también a la sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *Melloni*.

no parece que las reglas comunitarias sobre este concreto aspecto de la garantía salarial generen mayores complicaciones en el plano de la pura interpretación, pero sí es cierto que han dado lugar al planteamiento de algunas cuestiones prejudiciales ante el TJUE por algunas dudas o dificultades concretas de aplicación, buena parte de ellas ligadas a las dificultades de articulación de las directrices comunitarias con el Derecho nacional.

Una primera sentencia digna de mención a estos efectos, aunque ya un tanto alejada en el tiempo, es la de 16 de diciembre de 1993, que tiene como base un litigio promovido en España¹⁷. La cuestión planteada en ese litigio se refería a la protección de los créditos laborales devengados por el personal de alta dirección en el supuesto de insolvencia de la empresa, ante la ausencia, en aquellos momentos, de una declaración expresa de la normativa española de la que pudiera deducirse con rotundidad la inclusión de esos trabajadores en el ámbito de cobertura de nuestro FOGASA. Para el TJUE, la exigencia de protección establecida por la Directiva de 1980 (vigente entonces, aunque con la modificación producida en 1987), alcanzaba a todas las categorías de trabajadores asalariados, con la única excepción de las citadas en el anexo de dicho texto normativo, en el que, en relación con España, tan sólo se dejaba al margen la relación laboral especial de empleados de hogar. En consecuencia, siendo la alta dirección una categoría de trabajo asalariado conforme al ordenamiento laboral español, no podía llegarse a otra conclusión que a la de su inclusión en la correspondiente institución de garantía, como poco tiempo después declarararía la legislación española de forma expresa (a través de una disposición adicional incorporada al Estatuto de los Trabajadores), haciéndose cargo de la fuerza vinculante de ese pronunciamiento jurisdiccional.

La sentencia TJUE *Wagner Miret* también tuvo ocasión de aportar algunas consideraciones algo más generales sobre el radio de acción de estas instituciones de garantía y, en particular, sobre el margen de los Estados miembros para determinar su organización y su funcionamiento. Desde este punto de vista vino a recordar, concretamente, que las directrices de la Comunidad Europea no obligaban a los Estados miembros “a crear una misma institución de garantía para todas las categorías de trabajadores y, en consecuencia, a hacer que el personal de alta dirección dependa de la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores

¹⁷ Asunto C-334/92 (*Wagner Miret*), Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Fernández Llesca, C.R., “Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner-Miret*)”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1994.

asalariados”. Podría decirse, en suma, que la obligación de los Estados se traducía – y se traduce – en la implantación de adecuadas garantías para los créditos laborales de todos los trabajadores afectados, pero no en la creación de un instrumento completamente prefigurado por el derecho comunitario. Por decirlo en otras palabras: la variedad de instrumentos que a estos efectos ofrece la experiencia comparada es compatible con los fines armonizadores de estas normas comunitarias.

Estas otras declaraciones de la sentencia de 16 de diciembre de 1993 se inscribían, por otra parte, en una reflexión más amplia acerca de la naturaleza y la forma de obligar del derecho comunitario y, en especial, sobre el principio de “interpretación conforme” y sobre el posible efecto directo de las directivas. Todo ello se expresa, como es natural, en relación con la Directiva de 1980 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, pero no cabe duda de que son manifestaciones dotadas de mayor proyección en el contexto de la articulación entre el Derecho comunitario y los sistemas nacionales. De cualquier modo, y siempre dentro de ese particular contexto normativo, la sentencia de 1993 viene a poner de relieve – como ya había hecho la sentencia de 19 de noviembre de 1991 (*Francoovich Bonifaci*) a partir de un litigio suscitado en Italia – que, “a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado”, los interesados no podían invocar directamente frente al Estado la tutela salarial diseñada por la Directiva 80/987/CE.

Pero no ha sido éste ni mucho menos, el único pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este aspecto subjetivo de la garantía salarial. En más de una ocasión esta cuestión ha llegado ante el Tribunal de Justicia a propósito de trabajadores que prestan servicios mediante contrato de trabajo pero que al mismo tiempo participan en el capital social de la empresa. Esta cuestión se planteó, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2003¹⁸, que da respuesta a una petición prejudicial procedente del *Oberster Gerichtshof* de Austria. El asunto tenía su origen en la demanda de abono de salarios presentada por una trabajadora (la Sra. *Walcher*) que desde junio de 1997 hasta mayo de 1999 había prestado servicios en una sociedad de responsabilidad limitada en la que tanto ella como su marido poseían (cada uno) el 25% de las acciones y de la que su marido era administrador, aunque ella se limitaba a tareas de contabilidad y gestión, sin participación en la adopción de decisiones dentro de la empresa (decisiones que en su mayor parte podían adoptarse en junta general por mayoría simple, y en algunos casos por mayoría de

¹⁸ Asunto C-201/01 (*Walcher*).

tres cuartas partes de los votos emitidos). Ante las dificultades empresariales para pagar suministros de material, salarios, cuotas de seguridad social e impuestos, la demandante y su marido aceptaron la constitución de una hipoteca sobre la vivienda de la que eran copropietarios a partes iguales, con el fin de garantizar un préstamo transitorio a la sociedad titular de la empresa.

Como resultado de esa situación, en el año 1999 la sociedad fue declarada en quiebra, y una parte de los trabajadores procedió a la extinción de sus contratos por impago de salarios. Mediante denuncia adoptada conforme a la *Konkursordnung* austriaca, también fue extinguida la relación laboral de la demandante, que presentó sus créditos impagados por salarios y demás derechos para su reconocimiento en el procedimiento de quiebra y solicitó al *Bundesamt* la concesión de una “indemnización compensatoria” de dichos impagos ante la insolvencia del empresario. La petición fue denegada por considerar que los créditos salariales de los socios minoritarios que no habían sido reivindicados en los 60 días siguientes a su vencimiento debían considerarse préstamos hechos por los socios y equiparables a las aportaciones de capital, y que esa decisión de no exigir los salarios devengados y no cobrados constituía a la postre una carga para el *Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds*, lo cual era contrario a la exigencia de atenerse a “las buenas costumbres” en el ejercicio de acciones y, en consecuencia, debía conducir a la declaración de nulidad de las mismas. Ya en sede jurisdiccional, la demandante alegó que la no exigencia de salarios dentro de dicho plazo, tanto por su parte como por parte de otros trabajadores, se debía a que confiaban en la recuperación económica de la empresa y no a que se quisiera transmitir el riesgo empresarial a la institución encargada de la garantía salarial. Tras diversas vicisitudes judiciales, la demanda de la trabajadora fue íntegramente desestimada con fundamento, en esencia, en que su opción de no pedir a la empresa el pago de sus créditos, y de anteponer así las necesidades de financiación de la sociedad, ponía de relieve que en su posición jurídica pesaba más la dimensión mercantil que la laboral.

Aunque las circunstancias del caso eran muy peculiares, se planteaba a fin de cuentas una cuestión relativa no sólo al ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 sino también a las facultades atribuidas a los Estados miembros para introducir exclusiones o salvedades a esos efectos, en especial en relación con “los socios que tengan derecho a ejercer una influencia dominante en la asociación” y con la “existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario”. Para el TJUE, había que determinar sobre todo si la denegación de la prestación solicitada por la demandante a la institución de garantía salarial con el

argumento de que, según la jurisprudencia nacional, las cantidades prestadas a la sociedad por los socios en determinadas condiciones debían equipararse a las aportaciones de capital, podía constituir un incumplimiento de los objetivos de dicha Directiva, al dejar fuera a personas que de otro modo estarían protegidas. En ese sentido, el TJUE no se cansa de repetir que la garantía salarial diseñada por el Derecho comunitario debe aplicarse a todas las categorías de trabajadores asalariados definidas como tales por el Derecho nacional de referencia (con la sola excepción de las enumeradas en el correspondiente anexo de la Directiva comunitaria), y no deja de advertir que la demandante tenía la condición de trabajadora asalariada según la legislación nacional implicada y que, en ese mismo contexto normativo nacional, el crédito de un socio trabajador resultante de su contrato de trabajo “sigue siendo un crédito impagado en el sentido de dicha Directiva”, aun cuando su pago se considere aplazado hasta el fin de las dificultades financieras de la empresa. Desde esa perspectiva, no había pues razones para denegar la prestación. ¿Podían existir otros motivos justificados para ello?

El TJUE trata desde luego de buscarlos, para encontrar fundamento a las decisiones adoptadas por la institución austriaca de garantía salarial. Pero también deja claro, para despejar al máximo las líneas de su razonamiento, que “la aplicación de una norma nacional destinada a evitar abusos no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros”, que “los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden poner en peligro los objetivos perseguidos por la Directiva de que se trata”, y, en definitiva, que las excepciones a la norma general deben interpretarse de forma restrictiva y siempre de conformidad con la finalidad social de la Directiva en cuestión¹⁹. Es verdad que la Directiva comunitaria permite luchar contra

¹⁹ El TJUE cita a estos efectos la doctrina que ya había defendido en las sentencias de 10 de julio de 1997, C-373/95 (*Maso y otros*), de 14 de julio de 1998, C-125/97 (*Regelring*), y de 18 de octubre de 2001, C-441/99 (*Gharehveran*). De esas tres sentencias la más próxima a la cuestión planteada es desde luego la tercera, en la que el Tribunal había declarado que lo dispuesto a tal efecto en el anexo de la Directiva 80/987/CEE, tras la incorporación a la Unión de dicho Estado, no autorizaba al Reino de Suecia a excluir del círculo de beneficiarios de la garantía salarial “a aquellos trabajadores por cuenta ajena que tengan un pariente próximo que sea propietario de al menos una quinta parte de la sociedad que los emplea durante los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de quiebra de la misma, cuando los trabajadores de que se trata no posean, por sí mismos, ninguna participación en el capital de dicha sociedad”, con la precisión de que cuando el Estado se designa a sí mismo responsable directo de la garantía el trabajador en tal situación puede invocar el derecho al pago de su crédito salarial ante un órgano jurisdiccional nacional aunque la correspondiente legislación nacional, en infracción de la citada

las prácticas abusivas que perjudican a las instituciones de garantía al crear artificialmente un crédito salarial con el fin de reclamarles la correspondiente prestación, pero entiende el TJUE que en este caso la denegación de la prestación se fundaba más bien en el hecho de que la trabajadora demandante ni había reclamado el pago de sus salarios pendientes dentro del plazo de 60 días siguientes al momento en que pudo conocer el agotamiento del crédito de la empresa, ni había abandonado sus funciones por el impago de dichos salarios. Para el TJUE, estos comportamientos no podían calificarse de prácticas abusivas, entre otras razones porque ni siquiera la norma comunitaria pone obstáculos a que el trabajador necesitado de cobertura continúe ejerciendo sus funciones “mientras el salario impagado corresponda a un período que no haya alcanzado todavía los tres meses”. Ni sería razonable, ni se ajustaría a la finalidad de la Directiva 80/987, presumir que como regla general el trabajador no socio abandonaría sus funciones por impago de su salario antes de dicho plazo y que, por el contrario, no lo haría el trabajador socio. Los Estados miembros tienen la facultad de rechazar o reducir la obligación de garantía “si resulta que el cumplimiento de la obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante una colusión entre ellos”, pero esa habilitación no sirve por sí sola para dar sustento a una presunción de ese tipo.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el TJUE decidió en suma que “la Directiva 80/987 se opone a que un trabajador asalariado, que dispone de una participación significativa en la sociedad de responsabilidad limitada que lo emplea, pero que no ejerce una influencia dominante sobre la misma, pierda, conforme a la jurisprudencia austriaca

Directiva, establezca aquella exclusión. La sentencia *Maso* se había pronunciado sobre el “momento” de referencia para la entrada en escena de la garantía salarial (el momento en que se produce la insolvencia del empresario corresponde a la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, aunque no puede concederse la garantía antes de la decisión de apertura de dicho procedimiento o de la constatación del cierre definitivo de la empresa en caso de insuficiencia del activo), con alguna precisión sobre una eventual acumulación de ingresos por parte del beneficiario (entendiendo contraria a la Directiva la prohibición de acumulación de estas prestaciones de garantía salarial con una indemnización de reinserción profesional que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral), mientras que la segunda se ocupó de algún aspecto relativo al alcance de la acción protectora (en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva en cuestión debía interpretarse en el sentido de que los pagos realizados por el empresario a un trabajador que tiene pendientes créditos pertenecientes a un período anterior al de cobertura de la institución de garantía y a otro período ya cubierto por la misma deben imputarse al primero de ellos).

relativa a los préstamos de socios equiparables a una aportación de capital, el derecho a la garantía de los créditos salariales impagados a causa de la insolvencia del empresario y amparados por el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, cuando, una vez que pudo tener conciencia del agotamiento del crédito de dicha sociedad, no haya reclamado seriamente en el plazo de 60 días la retribución periódica que debería haberse abonado”. Otras dos afirmaciones integran el fallo de esta sentencia. De un lado, que, con el fin de evitar abusos, los Estados miembros están autorizados en principio a negar el derecho a la garantía de los créditos salariales devengados con posterioridad a la fecha en la que un trabajador que no tuviera la condición de socio habría abandonado sus funciones por impago de sus salarios, a menos que se demuestre la inexistencia de un comportamiento abusivo. De otro, que, pese a ello, no están facultados sin embargo para introducir una presunción general según la cual un trabajador que no tuviera la condición de socio habría abandonado sus funciones por dicha razón antes de que los salarios impagados hubieran alcanzado un período de tres meses.

También se refiere a este tipo de problemas la sentencia TJUE de 10 de febrero de 2011²⁰, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial promovida por el *Linköpingstingsrätt* de Suecia en relación con la interpretación del art. 10.c) de la Directiva 80/987/CEE en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE, y con ocasión de una pretensión de abono de créditos laborales impagados presentada por una trabajadora que al mismo tiempo era una de las dos accionistas de la empresa en concurso. Cabe decir, para más señas, que la demandante era compañera sentimental de otro accionista de la empresa con el que se repartía la totalidad de su capital, pues cada uno de ellos era propietario de un 50 % de las acciones de la sociedad titular de la empresa. La demandante había recibido sus acciones por donación en el año 2006, y desde 1990 había estado contratada por la empresa en cuestión, en la que había ocupado el cargo de miembro (suplente) de su consejo de administración y en la que había actuado como representante, mediante el apoderamiento oportuno, hasta que el otro accionista, único miembro titular del consejo de administración, había decidido retirarles dicha facultad en el año 2008.

Ya se ha dicho que el art. 10.c) de la Directiva 80/987 dejaba a salvo la facultad de los Estados miembros de rechazar o reducir la obligación de pago establecida con carácter general en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con parientes próximos, fuesen

²⁰ Dictada en el asunto C-30/10 (*Lotta Andersson*).

propietarios de una parte esencial de la empresa o el establecimiento del empresario y ejercieran “una influencia considerable en sus actividades”, regla que prácticamente se reproduce en la versión codificada de esa misma norma comunitaria aprobada en 2008, que, como precisó el propio TJUE, era en realidad la versión aplicable al caso de autos, por la fecha de declaración del concurso de la empresa (de modo que la cuestión habría de dilucidarse, como efectivamente ocurrió, a la vista de lo dispuesto en el art. 12.c) de la Directiva 2008/94). Por su parte, la legislación sueca sobre garantía salarial, aprobada en el año 1992, imputaba responsabilidad al Estado frente a determinados créditos laborales (salarios, indemnizaciones y pensiones) en caso de concurso de la empresa (en Suecia o en otro país nórdico), aunque, en combinación con la Ley reguladora de las preferencias de créditos, dejaba fuera de tal protección a los trabajadores asalariados que por sí solos o junto con parientes próximos fueran propietarios de una parte esencial de la empresa y hubieran ejercido una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso.

La demandante había reclamado el pago del salario correspondiente al mes de diciembre de 2008 y a una parte del mes de enero de 2009, además de las indemnizaciones reconocidas por la legislación sueca en concepto de preaviso y las cantidades debidas en concepto de vacaciones, más los intereses legales, aduciendo con carácter general que, aunque era propietaria de una parte esencial de las acciones de la empresa, en la fecha de solicitud de declaración de concurso no tenía ninguna influencia considerable en dicha sociedad ni podía dirigirla. En tales condiciones, ¿estaba justificada la decisión denegatoria? ¿podía ampararse el Estado sueco en una norma interna como la anteriormente reseñada? ¿podía entenderse que dicha norma nacional se ajustaba a lo dispuesto en la norma comunitaria de referencia, ya se tratara del art. 10.c) de la Directiva 80/987, ya se tratara, por razones cronológicas, del art. 12.c) de la Directiva 2008/94? Aparentemente no había contradicción entre esos dos textos normativos, pero no debía desconocerse que la norma nacional sueca exigía que las circunstancias relativas a la propiedad de parte esencial de la empresa y al ejercicio de aquella “influencia considerable” en sus actividades, hubieran concurrido “en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso”.

Siendo así, es lógico que el TJUE quisiera precisar en primer término el alcance que desde ese particular extremo debía darse a la norma comunitaria de referencia. La referida sentencia de 2011 destaca, en este sentido, que la norma europea (concretamente, el art. 12.c) de la Directiva 2008/94) no establecía plazo alguno para la concurrencia de aquellas

circunstancias que conducen a la exclusión de la garantía salarial (ni para el hecho de la posesión de una parte esencial del capital de la empresa afectada, ni para la producción o constatación de influencia considerable en las actividades de dicha empresa por parte del interesado), por lo que la cuestión quedaba centrada, en principio al menos, en la razón de ser de dicho plazo de seis meses y en su grado de acomodación a las correspondientes directrices comunitarias. Para afrontar esos aspectos, el TJUE consideró oportuno atender tanto a la estructura como a los objetivos de la norma comunitaria que en este caso actuaba como “canon” de enjuiciamiento.

En este sentido, el TJUE maneja dos argumentos de distinto calado. Por un lado, y con buen sentido, anota que la facultad de exclusión concedida a los Estados miembros por el art. 12.c) de la Directiva 2008/94 se explica por la “presunción implícita” de que el trabajador asalariado que simultáneamente participa de modo esencial en la empresa y ejerce una influencia considerable en sus actividades puede ser en parte responsable de su insolvencia. Pero, por otro lado, recuerda que la finalidad social de la Directiva comunitaria (tanto de la versión original como de la codificada, lógicamente) no es otra que garantizar a todos los trabajadores asalariados una protección mínima en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados nacidos del contrato de trabajo, haciendo ver, además, que la aplicación de una norma nacional destinada a evitar abusos “no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones de la Unión en los Estados miembros”, como de forma constante vino sosteniendo en su jurisprudencia²¹.

A la vista de todo ello, el TJUE entendió en esta ocasión que ni el objetivo expresado por el art. 12.c) de la Directiva 2008/94 (como el del art. 10.c) de la Directiva originaria, cabe pensar), ni, en general, el fin social propio de dicha norma comunitaria, podían verse comprometidos por una disposición nacional que, como la controvertida en el asunto principal, limitaba la exclusión del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados a los trabajadores que eran propietarios de una parte esencial de la empresa afectada y, además, ejercían una influencia considerable en sus actividades durante el período de seis meses previo a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa. El argumento clave residía, para el TJUE, en que, en tales circunstancias, “no puede excluirse que el

²¹ El TJUE acude a estos efectos a su sentencia de 11 de septiembre de 2003, en el asunto C-201/01 (*Walcher*), anteriormente comentada, y a la jurisprudencia citada en su apartado 38.

trabajador, al que se deniega el derecho a la garantía, pueda ser responsable de la insolvencia de la empresa de que se trata”. No cabía apreciar, por lo tanto, oposición entre la norma nacional en cuestión y la norma comunitaria de referencia. Había que entender, dicho de otro modo, que la denegación de la cobertura solicitada estaba en ese caso plenamente justificada.

4. Un par de casos particulares: obligaciones de registro y requisitos de nacionalidad

Como es sabido, la prestación efectiva de garantía para los créditos impagados a causa de insolvencia del empresario suele condicionarse al cumplimiento de determinadas condiciones o de determinadas exigencias de procedimiento. En esas cuestiones, la norma comunitaria deja un considerable margen a la norma nacional, aunque eso no significa que pueda desvirtuarse o debilitarse el alcance de estos instrumentos de garantía salarial, tanto en su dimensión objetiva como en su radio de acción subjetivo. Como ya vimos, las Directivas de la Unión Europea sobre protección de los créditos de los trabajadores en los supuestos de insolvencia empresarial no han establecido apenas reglas sobre las condiciones que han de acreditarse para acceder a las prestaciones correspondientes. Se preocupan más bien, en los términos que hemos ido viendo, por la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación y por el alcance cuantitativo y temporal de la acción protectora, pero prácticamente dejan en manos de los Estados miembros la regulación del procedimiento y de los trámites que a tal efecto hubieran de cumplimentarse, con la posibilidad, llegado el caso, de que se establezcan medidas de prevención o control de fraudes o abusos. De todos modos, cabe pensar en buena lógica que también en relación con estos aspectos más funcionales u organizativos el margen de apreciación o disposición de los Estados queda limitado por la finalidad social de la norma comunitaria, en el sentido de que la exigencia de condiciones excesivas podría entenderse contraria a la misma, máxime si entraña la exclusión de personas llamadas formalmente a ser beneficiarias de esta especial garantía.

Este tipo de problemas sale a relucir, precisamente, en la sentencia TJUE de 17 de noviembre de 2011²², que responde a una petición de decisión

²² Asunto C-435/10, *J. C. van Ardenne y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*. Vid. Quintero Lima, M.G., “Un nuevo ejemplo

prejudicial planteada por el *Centrale Raad van Beroep* de los Países Bajos en 2010, acerca de la interpretación de los arts.4, 5 y 10 de la Directiva 80/987/CEE, en esta ocasión en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. El asunto litigioso que dio lugar a la petición prejudicial tenía su origen en una decisión del *Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores por cuenta ajena) denegatoria de la solicitud de abono (referida a la totalidad de la prestación correspondiente) presentada por la demandante ante la insolvencia de su empresa, decisión que se había fundado en el hecho de no haber procedido la solicitante a registrarse como demandante de empleo en la *Centraleorganisatievoor Werk en Inkomen* (Organización central para el empleo y las rentas de trabajo) dentro del plazo señalado para ello en la correspondiente legislación nacional.

Como es pauta habitual en el proceder del TJUE, la sentencia de 17 de noviembre de 2011 expone en primer término el contenido de los preceptos de Derecho comunitario afectados por el proceso, todos ellos de la Directiva de 1980 tal y como fue modificada en 2002: el art. 4, que faculta a los Estados miembros para limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía salarial, tanto en lo que se refiere a la duración del período que dé lugar a la cobertura de los créditos impagados como en lo relativo a la cuantía; el art. 5, que permite a los Estados miembros fijar las modalidades de organización, financiación y funcionamiento de las dichas instituciones, con algunas exigencias básicas; el art. 10, que autoriza a los Estados miembros para la adopción de las medidas necesarias para evitar abusos y para rechazar o reducir la cobertura en determinados supuestos, como ya hemos tenido ocasión de ver en otros momentos. También gusta el TJUE de recopilar los pasajes relevantes del ordenamiento nacional implicado, que en este caso correspondían básicamente a la *Werkloosheidswet* (Ley de desempleo), en la que se establecen las condiciones para el acceso a este tipo de prestaciones y la cuantificación de las mismas, y en la que se especifica que el trabajador debe registrarse como demandante de empleo en la instancia competente.

Según el pertinente relato de hechos, tras solicitar una prestación por desempleo después de diversas vicisitudes profesionales, y tras registrarse como demandante de empleo el día 29 de mayo de 2007, la demandante en el caso de autos había presentado con fecha de 7 de junio de 2007 una

de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto *Van Ardenne*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n. 1, 2012.

solicitud de prestación por insolvencia de su empresa ante la institución holandesa de garantía salarial, que la reconoció para el período comprendido entre el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007 (correspondiente al plazo de preaviso establecido en la Ley de desempleo), pero con una reducción del 20% por no haber procedido al registro como demandante de empleo dentro de plazo. En el proceso judicial que se puso en marcha a continuación por parte de la demandante para reclamar la totalidad de su prestación, la institución de garantía salarial alegó que esa exigencia de registro tiene por objeto aumentar las oportunidades de que el trabajador afectado obtenga un empleo durante ese período, lo cual podía tener el efecto desde luego de reducir cargas de dicha institución, pero siempre que se entendiera, como ponía de relieve el órgano judicial remitente, que las rentas de trabajo que una persona percibe durante el período de percepción de la prestación por insolvencia pueden descontarse de ésta, algo que a juicio de esa misma instancia judicial, podía ser contrario a anteriores pronunciamientos del TJUE²³. La cuestión que se plantea, a la postre, es si la Directiva de 1980 autorizaba a los Estados miembros a adoptar medidas o decisiones que implicaran reducciones de ese tipo.

El TJUE recuerda a tal efecto la finalidad social de dicha Directiva (garantizar a todos los trabajadores por cuenta ajena en la Unión Europea un mínimo de protección en caso de insolvencia del empresario), para añadir que en aquel caso no había discusión ni sobre el crédito laboral que el trabajador tenía pendiente de pago ni sobre la situación de quiebra de su empresa. Recuerda también que los Estados miembros sólo excepcionalmente tienen la facultad de limitar la obligación de pago de créditos impagados (en su duración o en su cuantía), y que estas posibilidades deben interpretarse de manera restrictiva y conforme a la citada finalidad social. En particular, resulta contrario a la finalidad de la Directiva 80/987 interpretarla de modo que un trabajador que cumple esas condiciones objetivas vea disminuida la cobertura de sus créditos laborales por el incumplimiento de la obligación de registro como demandante de empleo en el plazo previsto por la norma nacional de referencia y que por lo tanto no pueda obtener cobertura por las pérdidas de salarios que había sufrido efectivamente, algo que a juicio del TJUE no puede compararse, para tratar de salvar su validez, con el plazo de caducidad o prescripción que sí cabe establecer para solicitar la prestación de garantía por insolvencia de la empresa. Por consiguiente, una reducción

²³ Se cita a estos efectos la sentencia TJUE de 10 de julio de 1997, C-373/95, *Maso y otros*, ya referida en nota anterior.

a tanto alzado y de carácter automático del importe de la devolución de créditos salariales vulnera directamente el mínimo de protección perseguido por la Directiva 80/987 para los casos de insolvencia del empresario, máxime cuando tampoco se acredita la existencia de una situación de abuso que la obligación de registro tuviera por objeto impedir. Entiende el TJUE, en definitiva, que los arts.3 y 4 de la Directiva 80/987 se oponían a que la normativa nacional supeditara la cobertura a la obligación de registrarse como demandante de empleo.

Una cuestión también particular, que se sitúa a medio camino entre los requisitos de procedimiento y la delimitación del radio de acción de la institución de garantía salarial, se plantea en la sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, que da respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial de los Países Bajos acerca de la interpretación de la Directiva 80/987/CEE en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE²⁴. El litigio de base se había promovido ante la negativa de la institución de garantía salarial de ese país (*Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*) de abonar al demandante la correspondiente prestación por insolvencia del empresario por tratarse de un “nacional de un tercer país que no reside legalmente en los Países Bajos”. Para adentrarse en el asunto, y siguiendo una vez más sus pautas habituales, el TJUE recuerda a estos efectos los trazos esenciales de las normas comunitarias implicadas y del derecho nacional aplicable. Respecto del primero de esos bloques normativos, el TJUE recuerda las reglas de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la garantía salarial (Directiva 80/987/CEE), el derecho a igualdad de trato en materia de prestaciones de seguridad social, asistencia social y protección social de los nacionales de terceros países con estatuto de residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE), y los especiales derechos de acceso al empleo reconocidos tanto a los trabajadores turcos que formen parte del “mercado de trabajo legal de un Estado miembro” como a sus familiares (en virtud de la Decisión 64/732/CEE de 23 de diciembre de 1963 sobre el Acuerdo de Asociación con Turquía). Respecto del sistema legal neerlandés, el TJUE anota sobre todo que la Ley de Desempleo de dicho país (*Werkloosheidswet*), reguladora también de la garantía salarial, excluye de la consideración de trabajador asalariado a los nacionales de un país tercero que no residan legalmente en los Países Bajos, en los términos especificados en la Ley de Extranjería de ese mismo Estado

²⁴ Asunto C-311/13 (*O.Tiimer*). Puede consultarse, sobre esa sentencia, el comentario de Espinella Menéndez, A., “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *La Ley Unión Europea*, n. 22, 2015, pp. 46 ss.

(*Wreemdelingenwet*).

En el litigio que dio origen a la cuestión prejudicial, el demandante, de nacionalidad turca, había sido titular en su momento de un permiso de residencia temporal fundado en razones de convivencia con su esposa, pero algunos años después, tras un proceso de divorcio, vio denegada su solicitud de permiso de residencia permanente, al no cumplir, según se estimó en la sede jurisdiccional competente, las condiciones impuestas por la mencionada Decisión 64/732/CEE. Tras trabajar en Holanda de forma intermitente, en el año 2005 había sido contratado por una empresa que durante los primeros meses de 2007 abonó las cotizaciones correspondientes al seguro de desempleo pero que dejó de pagarle el salario a partir de agosto de 2007 y que fue declarada en insolvencia en enero de 2008, fecha en la que el trabajador fue despedido. En esas circunstancias, el trabajador solicitó una prestación de garantía salarial por el tiempo transcurrido desde el cese en el cobro del salario hasta la fecha de despido, solicitud que fue denegada por tratarse de un período de tiempo durante el cual el solicitante no disponía de permiso de residencia. Tras ver desestimadas sus reclamaciones e diversas instancias judiciales, el demandante interpuso recurso de apelación ante el *Centrale Raad van Beroep* alegando que, frente a lo que hasta ese momento se había estimado, tenía la condición de trabajador asalariado aunque fuera nacional de un país tercero y no residiese legalmente en los Países Bajos. Como puso de relieve el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, sucedía en este caso que el demandante, pese a no residir legalmente en ese país, tenía la condición de trabajador asalariado conforme al Derecho civil neerlandés, lo que le permitía, por ejemplo, acudir a los tribunales y solicitar al empresario el pago de su remuneración, por ser titular de un contrato de trabajo. Por ello, preguntaba dicho tribunal si la Directiva 80/987/CEE se oponía a una normativa nacional como la holandesa que deniega la cobertura salarial a un nacional de un país tercero que no reside legalmente en los Países Bajos aun cuando le dé la consideración de trabajador a efectos del Derecho civil y cumpla los demás requisitos para acceder a dicha protección.

Para responder a este dilema, el TJUE hace ver en primer término que la competencia para intervenir en materia laboral y social reconocida a las instituciones de la Unión Europea por su Tratados básicos no se limita únicamente a los nacionales de los Estados miembros sino que puede abarcar también a los nacionales de terceros países, y que la restricción del estatuto de residente de larga duración previsto en la Directiva 2003/109 a quienes acrediten residencia legal no significa que otras normas comunitarias (como la Directiva 80/987 en este caso) no puedan dirigirse

a nacionales de países terceros. En ese marco, recuerda asimismo que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definir el término de “trabajador asalariado” que utiliza esta Directiva comunitaria no es ilimitado, y que ningún precepto de la misma excluye a los nacionales de países terceros de su ámbito de aplicación, cosa que tampoco permite hacer, de manera expresa, a los Estados miembros. Advierte el TJUE, por otra parte, de que la posibilidad prevista en diversos pasajes de la Directiva de que los Estados miembros excluyan a determinadas categorías de trabajadores asalariados de su ámbito de aplicación sólo se refiere a casos específicos, en alguno de ellos en razón de la existencia de otras formas de garantía que compensen los efectos de la exclusión.

En ese contexto, entiende el TJUE que si el Derecho civil neerlandés da la consideración de trabajador asalariado a cualquier persona vinculada a un empresario por un contrato de trabajo, independientemente de su nacionalidad o de la legalidad de su residencia en el país, no parece que se cumplan las exigencias de la Directiva, ni su finalidad social, si se excluye de la garantía salarial a esas personas sin concederles al menos una protección equivalente para casos de insolvencia de la empresa. Es la finalidad social de la Directiva 80/987, de nuevo, la que a juicio del TJUE limita el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, de modo que si en la definición de “trabajador asalariado” encaja toda relación de trabajo que permite generar créditos frente al empresario como contraprestación del trabajo efectuado (como efectivamente sucede en el Derecho civil neerlandés), sería contrario a esa norma comunitaria privar de la protección a quienes poseen esa condición de trabajador aun cuando no residan legalmente en el país de referencia²⁵. En consecuencia, ha de entenderse que la Directiva 80/987 se oponen a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que excluye a un nacional de un país tercero cuando dicha persona tiene la consideración de trabajador asalariado en virtud de las disposiciones del Derecho civil de ese Estado miembro. A juicio del TJUE, no puede alegarse frente a esa conclusión el hecho de que los nacionales de países terceros en situación de residencia irregular no tengan derecho a trabajar en los Países Bajos, pues esas mismas personas, cuando trabajan, tienen la consideración legal de trabajadores asalariados.

²⁵ El TJUE invoca a este respecto, por analogía, la sentencia de 17 de noviembre de 2011 (*van Ardenne*, C-435/10), también relativa a un asunto procedente de los Países Bajos, aunque relativo en ese otro caso a la exigencia de registro como demandante de empleo como condición para acceder al correspondiente mecanismo de garantía salarial impuesta por la legislación de dicho país, según veremos después.

Tampoco acepta el TJUE que la denegación de prestaciones en tal caso pueda tener amparo en la habilitación que la Directiva 80/987 concede a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias para evitar abusos, pues se daba la circunstancia de que en este supuesto concreto la empresa del demandante había aportado las cotizaciones previstas por la legislación nacional para financiar el sistema de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

5. Bibliografía

- Alonso Olea, M., “Salarios: el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, 1977.
- Arufe Varela, A. “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 2004.
- Bragado Alfageme, J.C., “El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, n. 7, 1981.
- Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J.R., “Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 1995.
- Espiniella Menéndez, A., “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *La Ley Unión Europea*, n. 22, 2015.
- García Murcia, J., “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011 y 2012”, *Actualidad Laboral*, n. 7, 2012.
- Miranda Boto, J.M., “Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*, MTAS, Madrid, 2006.
- Quintero Lima, M.G., “Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto *Van Ardenne*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n. 1, 2012.
- Rivero Lamas, J., “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, n. 1, 1988.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. y Fernández Llesa, C.R., “Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner-Miret*)”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1994.

Roqueta Buj, R., *El Fondo de Garantía Salarial*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2009.

Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma*

Jesús LAHERA FORTEZA**

RESUMEN: El presente estudio analiza, con la referencia del sistema español, la crisis de la representatividad sindical, a partir del modelo instaurado de representatividad sindical por audiencia electoral. Situación de partida que sirve al autor para identificar, acto seguido, una serie de puntos débiles, por alusión a la falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas, el desincentivo a la afiliación sindical, la falta de adaptación del modelo electoral, el desigual cómputo de la representatividad sindical, la excesiva institucionalización del sindicalismo, para concluir con algunas preguntas obligadas sobre la crisis de la representatividad sindical en España. Premisas todas útiles para plantear después determinadas propuestas de reforma a partir de los objetivos que se enumeran como son la sindicalización real del sistema, la adaptación del modelo electoral así como las correcciones a la desigual representatividad sindical. Identificación de problemas y propuestas de reforma que deberían coadyuvar, en definitiva, para vertebrar posibles alternativas al modelo español de representatividad sindical en los términos que expone el artículo.

Palabras clave: Sindicatos, representación de los trabajadores.

SUMARIO: 1. La representatividad sindical por audiencia electoral. 2. Puntos débiles del modelo español de la representatividad sindical. 2.1. Falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas. 2.2. Desincentivo a la afiliación sindical. 2.3. Falta de adaptación del modelo electoral. 2.4. Desigual cómputo de la representatividad sindical. 2.5. La excesiva institucionalización del sindicalismo. 2.6 Algunas preguntas obligadas sobre la crisis de la representatividad. 3. Propuestas de reforma interna del modelo español de representatividad sindical. 3.1. Sindicalización real del sistema. 3.2 Adaptación del modelo electoral. 3.3. Correcciones a la desigual representatividad sindical. 4. Alternativas al modelo español de representatividad sindical. 5. Bibliografía.

* Una primera versión de este estudio está publicada en el libro colectivo dirigido a sindicalistas *“Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa. La mayor representación sindical y su necesaria revisión”*, UGT, 2015, pp.191-2017. El trabajo ha sido elaborado también en el marco del proyecto de investigación *“El papel de los mecanismos de negociación y participación en la gestión del cambio en la empresa; reformas normativas y buenas prácticas”*, DER2014-52549-C4-3-R, dirigido por Juan Pablo Landa.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Complutense.

Crisis of Trade Union Representation: Some reform proposals

ABSTRACT: The present study analyses the crisis of Trade Union representation concerning the Spanish system, based on the existing audience model for Trade Union representation. The author identifies some shortcomings, such as the lack of trade unions representatives in positions of leadership at companies, the disincentive to union membership, the lack of adaptation to the electing model, the unequal calculation of trade unions representation and the excessive institutionalisation of unionism. He concludes with some questions related to the crisis of trade union representation in Spain. This is the starting point to outline some reform proposals based on the listed objectives, such as effective unionization, the adaptation of the electing model and even adjustments to the unequal trade union representation scheme. The identification of problems and reform proposals should therefore contribute to supporting possible alternatives to the Spanish trade unions representation model, according to the terms set out in the article.

Key Words: Trade unions, employee representatives.

1. La representatividad sindical por audiencia electoral

El modelo español de representatividad sindical se sustenta en la representación electiva de los trabajadores en los centros de trabajo regulado en el Título II del Estatuto de los Trabajadores (ET) y, en el sector público, en los arts. 39 y ss. del Estatuto del Empleado Público 7/2007 (EBEP) reformados por el Decreto-Ley 20/2012. En el marco de los arts. 6 y 7 Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 (LOLS) la representatividad sindical se mide exclusivamente en función de la audiencia electoral. Los resultados electorales en las elecciones a los representantes unitarios de los trabajadores y funcionarios (delegados de personal y comité de empresa y juntas de personal) determinan la representatividad de los sindicatos en España.

En este marco, existe una conexión clara entre esta representatividad sindical obtenida por audiencia electoral y el singular modelo español de negociación colectiva de eficacia general automática. Los arts. 87-89 ET, que regulan la legitimación inicial negociadora, la comisión negociadora y la toma de decisiones en la firma de convenios colectivos, se construyen sobre la noción de representatividad sindical por audiencia electoral. El reparto proporcional de puestos en las mesas negociadoras en función de los resultados electorales, con el criterio del número de representantes electivos en el ámbito del convenio colectivo, evidencia que el reparto del poder sindical español se efectúa con estas bases. La triada audiencia electoral-representatividad sindical-negociación colectiva de eficacia general sustenta, así, todo nuestro modelo de relaciones laborales. De igual modo, la audiencia electoral permite formular la participación institucional de los sindicatos más representativos y conjugar todas las distintas ramificaciones del poder sindical español en función de este criterio democrático.

Si la representatividad sindical se mide por audiencia electoral no es de extrañar que el modelo de representantes unitarios del Título II ET y del EBEP esté profundamente sindicalizado. Los sindicatos presentan candidaturas en los centros de trabajo sobre las que construir su poder sindical. Este estímulo concluye en una inevitable sindicalización de los delegados de personal, comités de empresa y juntas de personal.

Este modelo de representatividad sindical fue articulado en el ET de 1980 y culminado en la LOLS de 1985, sin que haya sido alterado por ninguna de las reformas laborales posteriores. De igual modo, el Título II ET apenas ha recibido cambios normativos en su estructura pues las unidades electorales y los órganos de representación unitaria continúan siendo los mismos que cuando fueron fundados en 1980. Puede afirmarse, así, que la

representatividad sindical por audiencia electoral es, tras 35 años, un sistema estructural, más allá de toda coyuntura.

2. Puntos débiles del modelo español de representatividad sindical

El modelo español de representatividad sindical por audiencia electoral ha logrado consolidar una negociación colectiva de eficacia general con alta cobertura convencional, ha integrado democráticamente al sindicalismo en la sociedad española y ha dotado a nuestro país de estabilidad y paz social frente a todas las coyunturas. Estos logros no deben, sin embargo, ocultar algunos de sus puntos débiles, que se pueden categorizar en los siguientes:

- Falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas;
- Desincentivo a la afiliación sindical;
- Falta de adaptación del modelo electoral que sustenta el modelo;
- Desigual cómputo de la representatividad sindical;
- La excesiva institucionalización del sindicalismo.

2.1. Falta de protagonismo directo del sindicato en las empresas

Dejando ahora de lado el sector público, el sistema gira en torno a los delegados de personal y comités de empresa elegidos conforme al Título II ET. Estas elecciones sirven para que los trabajadores elijan a sus representantes y, al la vez, para configurar el reparto del poder sindical. Los órganos de representación unitaria están, por ello, sindicalizados, pero este sistema otorga, de suyo, mayor protagonismo a los delegados de personal/comités de empresa que a las secciones sindicales y sindicatos en las empresas. Al no existir ningún reparto de funciones entre ambos representantes, el sistema estimula que la acción sindical sea protagonizada por la representación unitaria, al tener la capacidad de ejercer esta labor para todos los trabajadores en la unidad electoral correspondiente. Tan sólo tendrán protagonismo directo las secciones sindicales o el propio sindicato de empresa en ámbitos de gran afiliación de los trabajadores y siempre que el sindicalismo haya optado por esta estrategia. El sistema permite esta decisión sindical, pues es posible alcanzar acuerdos que representen a todos los trabajadores cuando las secciones sindicales sumen la mayoría de representantes unitarios (art. 87.1 ET), pero no incentiva este tipo de opciones o en la práctica resultan

irrealizables por la escasa afiliación sindical. Es cierto que, tras la reforma del decreto-ley 7/2011, existe preferencia legal de esta vía sindical en distintas negociaciones con la empresa. Pero de poco sirve esta preferencia cuando todo el sistema gira en torno a los representantes unitarios que ya pueden ejercer de manera íntegra la defensa sindical de todos los trabajadores y existe una escasa afiliación sindical en numerosos lugares de trabajo.

El sindicato actúa, así, por regla general, a través de representantes no sindicales en los centros y empresas. La habitual acción del sindicato canalizada a través de representantes no sindicales, como los delegados de personal y comités de empresa, plantea, técnicamente, problemas de acción y protección porque, como viene sentando la jurisprudencia constitucional, los órganos de representación unitaria no son titulares ni ejercen la libertad sindical, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva. La sindicalización de los delegados de personal y de los comités de empresa ofrece algún tipo de protección de libertad sindical, en calidad individual, al trabajador perteneciente al órgano de representación, pero, en ningún caso, garantiza este amparo al propio órgano de representación. Pero más allá de esta distinción técnica, este resultado del sistema afecta a la propia percepción social del sindicato, que no es directamente visible en muchos lugares de trabajo, cuando es realmente quien canaliza la defensa de los trabajadores a través del órgano electoral.

2.2. Desincentivo a la afiliación sindical

Esta invisibilidad del sindicato en la percepción social ejerce, por sí misma, de desincentivo a la afiliación sindical en los lugares de trabajo. El trabajador es convertido por el sistema en un elector, frente a opciones sindicales, más que en un afiliado, que coopera de manera responsable y directa en la representación de sus intereses en las empresas. La representatividad sindical por la exclusiva audiencia electoral conduce a este resultado de manera inevitable. El trabajador elector apenas recibe estímulos para afiliarse a un sindicato.

A ello hay que unir un elemento central del modelo como es la eficacia general automática del convenio colectivo estatutario (art. 82.3 ET) y de todas las manifestaciones negociales reguladas en el ET. La aplicación directa de los acuerdos colectivos a todos los trabajadores ejerce de desincentivo a la afiliación sindical del trabajador. Se bloquea, así, el principal estímulo de la aplicación del convenio colectivo, siendo indiferente estar o no afiliado al sindicato. La triada audiencia electoral-

representatividad sindical-negociación colectiva de eficacia general es coherente y permite un poder de representación de todos los trabajadores pero asume el precio de la baja afiliación a los sindicatos. Lo mismo sucede con las empresas y sus patronales, con problemas distintos e incluso más agravados de representatividad empresarial, que no cabe aquí desarrollar.

Si a ello se suma también la sacralización de la libertad sindical negativa, incluida expresamente en el art. 28.1 CE, y el cierre judicial de puertas de todas las iniciativas convencionales que han intentado fomentar la afiliación sindical o la implicación del trabajador en la acción del sindicato, la conclusión es que en España existe un generalizado desincentivo a la afiliación a los sindicatos, sin salida con las reglas vigentes de juego.

2.3. Falta de adaptación del modelo electoral

Todo el sistema de elecciones a representantes unitarios, que sustenta la representatividad sindical, se construye en torno a la unidad electoral del centro de trabajo (arts. 62 y 63 ET), con determinados umbrales de trabajadores. Esta opción podía ser entendible en 1980, al tener la pretensión de acercar los representantes a los lugares de trabajo, pero tras 35 años tiene graves problemas de adaptación a la actual realidad y organización empresarial, lo que termina deteriorando a la representatividad sindical.

Este modelo descentralizado vacía de representantes a las empresas organizadas en centros pequeños, que no alcanzan los umbrales de 6 o 10 trabajadores (art. 62.1 ET), haciendo posible que, plantillas grandes diversificadas, puedan carecer de representación elegida o tenerla de manera escasa. La intrascendencia del cómputo global de la plantilla de empresa para tener representantes, o para obtener un mínimo de ellos, debilita la acción de representación, más en un tejido productivo como el español, y simultáneamente excluye del sistema de cálculo de la representatividad sindical a numerosas empresas. Ello resulta evidente con la exclusión directa del sistema de toda la pequeña empresa, con normalmente menos de 10 trabajadores a su cargo (art. 62.1 ET). La opción de las elecciones por centro debilita el sistema y reduce las empresas con representantes, lo que termina convirtiendo en ficticia la conexión entre audiencia electoral, representatividad sindical y negociación colectiva de eficacia general, al quedar excluido del criterio de legitimidad y poder sindical buena parte de nuestro tejido productivo.

En sentido contrario, esta descentralización en la gran empresa con

centros de trabajo densos multiplica y diversifica el número de representantes electivos, pero los sitúa en muchas ocasiones en un ámbito ineficaz para la participación y negociación, salvo que exista por convenio colectivo un comité intercentros o el protagonismo sea cedido a las secciones sindicales de empresa. Existe, así, un déficit de representantes en la pequeña y mediana empresa y una saturación en la grande. Este diagnóstico afecta sin duda a la propia representatividad sindical, obtenida, por la vía electoral, de manera extraordinariamente desigual con un gran papel de la gran empresa y muy escaso de la mediana y pequeña que es la que domina nuestro tejido productivo.

Desde otra perspectiva, la unidad del centro, y no del lugar de trabajo, aleja, en ocasiones, los representantes de los representados, como sucede en las contratas, donde, en todo caso, las elecciones se celebran en el centro adscrito de los trabajadores y no en la contrata donde desempeñan su actividad. Si el legislador quiso con esta opción aproximar los representantes a los representados, la realidad ha desbordado el propósito, porque, a través de distintas fórmulas organizativas, precisamente lo que ocurre es que muchos trabajadores desempeñan su actividad fuera del centro de trabajo donde son elegidos sus representantes. El modelo sindical descentralizado puede ser útil en un ámbito típicamente industrial pero no lo es en las nuevas formas de organización de la empresa, que tienden a alejar a los trabajadores de sus centros de trabajo convertidos en unidades electorales. La medición de la representatividad sindical por este desestructurado sistema electoral no deja, por ello, también de ser cuestionable en muchos ámbitos dominados por estas fórmulas de organización empresarial.

Los intentos de la negociación colectiva de corregir estos desfases del modelo electoral han sido frenados por la jurisprudencia que cataloga de normas de derecho absoluto las reglas electorales del Título II ET (SSTS 9 Julio 1991, 31 Enero 2001, 28 Mayo 2009). La autonomía colectiva carece, así, prácticamente de posibilidades de revitalizar la representatividad sindical por audiencia electoral adaptando a la realidad el sistema de representantes elegidos.

2.4. Desigual cómputo de la representatividad sindical

Esta falta de adaptación del modelo electoral genera un desigual cómputo de la representatividad sindical, al menos en el sector privado. Por un lado, buena parte del tejido productivo español está, por estas razones, fuera del sistema electoral, lo que excluye a millones de trabajadores como

electores de la representatividad sindical. Por otro lado, el sistema está concentrado en la gran empresa con centros densos, donde hay un sólido electorado de la representatividad sindical. El desigual cómputo de la representatividad sindical se agrava dentro de este propio electorado, donde la capacidad y estímulo de participación en las elecciones sindicales es mayor en el colectivo de trabajadores fijos que, de suyo, en el de los temporales, tanto en el sufragio activo como en el pasivo. Este tipo de distorsiones electorales termina condicionando la propia estrategia y orientación sindical.

No sucede lo mismo en el sector público donde la adecuada articulación de las unidades electorales y el perfil del electorado, tanto de funcionarios como de personal laboral, permite una alta participación de los representados en el cómputo de la representatividad sindical. Pero ello desliza el modelo hacia una excesiva concentración de electorado en el sector público frente a enormes déficits en el sector privado, lo que agrava este cómputo desigual de representatividad sindical en todo el sistema. Teniendo en cuenta, además, que los arts. 6 y 7 LOLS suman representantes elegidos en el sector privado y público, sin distinción, para que los sindicatos alcancen la categoría de más representativos con todas sus consecuencias.

La comparativa entre número de representantes elegidos por elector muestra, en cambio, un cómputo desigual, esta vez a favor del sector privado. La proporción entre el número de trabajadores para obtener representantes elegidos en el sector privado no tiene nada que ver con los del sector público, donde el decreto-ley 20/2012, que reforma el EBEP, procedió a una racionalización de las unidades electorales que ha disminuido mucho el número de representantes elegidos. La conclusión es que en el sector público hay un gran electorado con proporcionalmente pocos representantes y en el privado un electorado minoritario con proporcionalmente muchos representantes donde los hay. Todo ello desajusta y desestructura el sistema de representatividad sindical.

Además, el sistema, al no contar votos sino representantes, privilegia las unidades empresariales pequeñas, que contabilizan de manera desproporcionada para la representatividad sindical. Este efecto contrasta, a la vez, con los obstáculos casi insalvables para la obtención de representantes reales en este tejido productivo, como si fuera una compensación del propio sistema. Pero la apuesta por la configuración de la representatividad sindical sobre las elecciones se distancia así del principio general un trabajador-un voto, con todas las consecuencias que ello implica.

2.5. La excesiva institucionalización del sindicalismo

El sistema sindical español tiene, aún con estas deficiencias, una legitimidad democrática sustentada en procesos electorales en los centros de trabajo del sector privado y público. Pero esta vinculación electoral con los trabajadores y funcionarios, unida a la particular concepción española normativa de la negociación colectiva y a los incentivos a la participación institucional tiene un evidente riesgo de publificación del sindicalismo. El sistema motiva que la dialéctica político/sindical prevalezca sobre la autonomía contractual y que el destinatario de la acción sindical sea percibido más como un elector que como un representado. La hegemonía de defensa del interés general, con raíz democrática electoral y en distintas vertientes, puede desbordar así los intereses colectivos concretos que sustentan toda autonomía privada colectiva.

Esta institucionalización de la actividad sindical tiene un destacado sentido histórico y ha otorgado décadas estables de paz social a nuestro país, pero puede estar teniendo ya síntomas de enorme debilidad tras los cambios sociales y de las relaciones laborales en el tiempo de hoy. La distancia entre el actor sindical y sus destinatarios puede estar creciendo en exceso, y son numerosos los colectivos huérfanos de autonomía contractual, que no terminan de percibir los beneficios de esta acción institucional. Del lado del sindicalismo, además, el coste de esta función es ahora mucho mayor, al tener que gestionar la flexibilidad laboral, el malestar y el conflicto de manera permanente desde esta perspectiva y en ausencia de instrumentos de una autonomía contractual fuerte. La publificación del sindicalismo y la petrificación de estas estructuras neocorporativas conducen, de esta manera, a prácticas donde el actor sindical asume todo el coste social sin ningún beneficio, lo que obliga a replantear las raíces de nuestra representatividad sindical electoral.

2.6. Algunas preguntas obligadas sobre la crisis de la representatividad sindical en España

Todos los factores enunciados desembocan en una crisis de la representatividad sindical en España. La triada audiencia electoral-representatividad sindical-negociación colectiva de eficacia general es excesivamente ficticia en un sistema con esta continua erosión de la representatividad sindical sustentada, exclusivamente, en la audiencia electoral.

Por ello, creo oportuno plantear algunas preguntas obligadas, aunque incómodas, que rodean estos factores en torno a la cuestionada representatividad sindical.

-¿Qué tanto por ciento de trabajadores sobre el total votan en las elecciones sindicales que sustentan la representatividad sindical?

-¿Qué tanto por ciento de empresas sobre el total tienen representantes elegidos por los trabajadores que arman la representatividad sindical?

-¿Qué diferencial de funcionarios votantes respecto a trabajadores existe en las elecciones sindicales?

-¿Qué nivel de afiliación sindical tienen los sindicatos españoles?

-¿Es razonable bajo estos porcentajes negociar para todos los trabajadores con el precio que tiene ello en la afiliación sindical y teniendo en cuenta la debilitada eficacia general del convenio colectivo tras las reformas laborales?

-¿Existe cercanía entre la labor sindical y los trabajadores representados?

-¿Es asumible un sistema que desincentiva tanto la afiliación sindical y la representación de intereses concretos?

-¿Hay que recuperar el predominio de la autonomía contractual y la defensa de intereses colectivos concretos frente a la hegemónica dialéctica político/sindical y el exceso de institucionalización del sindicalismo?

Son preguntas que no necesitan de respuestas concretas para repensar, en el siglo XXI, la representatividad sindical. El método de la pregunta incisiva, a veces, invita a la reflexión sin necesidad de respuesta. O a ser consciente, en todo caso, de lo que implica mantener un *status quo*. Pero en ningún caso debería dejar indiferente.

Con estas claves de análisis y replanteamiento, existen dos opciones, que paso a desarrollar a continuación. La primera, proponer una reforma interna del modelo español de representatividad sindical manteniendo su cómputo por exclusiva audiencia electoral. La segunda, plantear alternativas al propio sistema, alterando el modo de configuración de la propia representatividad sindical.

3. Propuestas de reforma interna del modelo español de representatividad sindical

3.1. Sindicalización real del sistema

Ha sido detectado el escaso protagonismo directo del sindicato en los lugares de trabajo y la escasa afiliación sindical, lo que, arrastra, de suyo, a un exceso de dependencia de la financiación pública y a una asunción de costes sociales sin beneficio alguno. Antes esta realidad, cabría plantear

revertir esta factor y aplicar técnicas que aseguren la sindicalización real del sistema, sin necesidad de cambiar el cómputo de representatividad por audiencia electora. De hecho, los representantes elegidos ya están sindicalizados. Se trataría, de introducir fórmulas jurídico-políticas que convirtieran esta sindicalización de hecho en derecho y otorgaran al sindicato un protagonismo directo en las empresas.

Caben dos vías para lograr este propósito, dependiendo del mantenimiento o no del doble canal de representación de los trabajadores articulado desde los años ochenta y de gran arraigo en nuestras empresas y en el sector público.

El mantenimiento del doble canal de representación, unitaria y sindical, si es lo que se desea, debería conllevar un reparto de funciones entre ambos órganos, otorgando exclusivamente a las secciones sindicales la acción reivindicativa en defensa de los trabajadores. La representación sindical tendría en monopolio el derecho a la negociación colectiva, la convocatoria/gestión de huelgas o conflictos, y la legitimación procesal colectiva. La representación unitaria ejercería exclusivamente derechos de participación, de información y consulta ante decisiones de la empresa, y de colaboración con la empresa, asumiendo, por ejemplo, las funciones vigentes de los delegados de prevención de riesgos laborales. La regulación española del sector público (EBEP) ya ha caminado en esta dirección de la sindicalización. Existen, además, experiencias en el derecho comparado (Francia, Alemania) en esta línea, que otorga al sindicato una mayor visibilidad y protagonismo directo en la defensa de los intereses de los trabajadores.

Los resultados electorales de la representación unitaria servirían para medir la representatividad sindical, como en la actualidad, pero con este monopolio y exclusividad en la acción reivindicativa.

La superación del doble canal de representación y su sustitución por un único canal sindical es la técnica que de manera más clara apuesta por el sindicalismo en los lugares de trabajo, con abundantes experiencias en el derecho comparado. Las secciones sindicales serían las únicas que representarían los intereses de los trabajadores frente a la empresa, en todas las dimensiones de la autonomía colectiva reivindicativa y participativa. La medición de la representatividad sindical por audiencia electoral no es incompatible con esta opción. Se pueden celebrar elecciones en las empresas donde los trabajadores libremente opten entre candidaturas sindicales y, sobre la base de estos resultados electorales, configurar la representatividad sindical. El proceso electoral determinaría directamente la representatividad sindical de secciones que pasarían, por ello, a representar a toda la plantilla con esta legitimidad democrática.

La primera alternativa tiene la virtud de mantener el arraigado doble canal unitario y sindical en España pero la dificultad de repartir funciones reivindicativas y participativas, nada nítidas en la práctica. La segunda opción tiene la gran ventaja de situar al sindicalismo como el actor de defensa de los trabajadores en los lugares de trabajo, con legitimidad democrática por su representatividad electoral, pero la dificultad de desmontar el consolidado sistema de comités y delegados de personal. En mi opinión, con valentía, sería preferible optar por esta segunda opción, de canal único sindical con elecciones, porque es más clara, evita problemas técnicos y potencia mucho más al sindicato.

Esta nueva formulación incentivaría, de suyo, la afiliación sindical y estimularía también a los sindicatos a buscar afiliados, no tratando al trabajador exclusivamente como un elector. El nuevo escenario facilitaría la aplicación de técnicas de incentivo a la afiliación sindical, abriendo las puertas actualmente cerradas porque quien gestiona en muchos casos la negociación son órganos no sindicales, en una configuración normativa particular de la negociación colectiva de eficacia general, hoy también felizmente puesta en cuestión en ámbitos académicos y en la propia jurisprudencia.

3.2. Adaptación del modelo electoral

Ha sido diagnosticada la falta de adaptación del modelo electoral, que sustenta la representatividad sindical, a nuestra realidad social. Los cambios para corregir esta patología deben incidir en las unidades y reglas electorales, otorgando así indirectamente una mayor capacidad de cercanía a la representatividad sindical. En lógica democrática, se trataría de aumentar el electorado de los trabajadores, si, insisto, la apuesta es que todo gire en torno a unos resultados electorales.

De nuevo, se abren dos vías para conseguir este objetivo, dependiendo del mantenimiento o no del centro de trabajo como unidad electoral legal. En una primera alternativa, las elecciones podrían celebrarse en los centros de trabajo, dando plena capacidad a la negociación colectiva para crear unidades electorales complementarias o distintas. La segunda vía, mucho más incisiva, procedería a una recentralización de las unidades electorales, con determinados umbrales, situando en el eje del sistema a la empresa, sin perjuicio de que la negociación colectiva pudiera descentralizar los representantes también a los centros de trabajo.

En mi opinión, sería preferible esta segunda opción legal, mucho más clara y contundente. El número de trabajadores electores subiría mucho si,

a partir de un umbral medido en la empresa (por ejemplo 10 trabajadores), se celebrarían elecciones a representantes unitarios. Descendería el número de representantes en empresas con centros densos pero el sistema alcanzaría a mucho más electorado. El sindicato tendría, así, la representatividad sindical en función de los resultados electorales de la empresa, cuantificados con claridad en esta unidad electoral legal. A partir de esta premisa, ya la negociación colectiva podría descentralizar representantes de los trabajadores.

La combinación del antes defendido canal único sindical y de unidad electoral de empresa sería la más idónea para revitalizar la representatividad sindical por audiencia electoral. Por lo expuesto, de un lado, subiría mucho el electorado, y de otro, el sindicato asumiría la defensa de los trabajadores en los lugares de trabajo, con su representatividad sindical medida en la empresa, siendo mucho más importante la presencia de afiliados que el número de representantes unitarios, que, de suyo, con esta propuesta, desaparecerían.

3.3. Correcciones a la desigual representatividad sindical

Ha sido constatada la desigual representatividad sindical. Las propuestas de reforma interna anteriores, por sí mismas, corregirían este cómputo de la hoy desigual representatividad sindical. El aumento de electorado y la presencia directa del sindicato en los lugares de trabajo serían variables que acercarían la realidad social a la audiencia electoral y al trabajador a su actor de representación de intereses.

Aún así, cabe plantear medidas añadidas correctoras, como el cómputo de votos en vez de representantes de los trabajadores, para medir la representatividad sindical. Si se pretende mantener el doble canal, nada impediría contar votos en vez de representantes unitarios. Y si se apuesta por el canal único sindical, de suyo, el cómputo sería por votos, en el ámbito empresarial, sectorial e intersectorial. La recuperación del principio un trabajador-un voto revitaliza democráticamente el sistema de representatividad sindical si, insisto, todo debe girar en torno a unos resultados electorales. El foco giraría de la estructura orgánica, número de representantes unitarios, hacia las bases sociales, número de electores y afiliados, en un cambio de mentalidad representado por un trabajador- un voto como elemento clave del sistema.

La visibilidad de estos procesos electorales debería ser, a su vez, mucho mayor que lo que es ahora. Se debería encontrar alguna fórmula para hacer de las elecciones sindicales un acontecimiento más mediático y

cercano a la población trabajadora. La recuperación de la concentración de estos procesos electorales, que ya existió antes de la reforma de 1994, quizás no sería una mala idea, para revitalizar mediáticamente un acontecimiento democrático que determina el poder sindical en nuestra sociedad.

Finalmente, creo necesario que exista una distinción clara entre la representatividad sindical privada y pública. Debería existir, a mi juicio, una medición distinta de los resultados electorales en el sector público y privado, de tal modo que la mayor representatividad sindical se adquiriera de manera independiente en los dos ámbitos y no como es ahora conjunta (arts. 6 y 7 LOLS). Las lógicas sindicales del sector público – Administraciones y empresas públicas – son distintas a las del sector privado – el resto de tejido productivo –, y ello debería tener incidencia en la representatividad sindical. Esta medida debería servir de estímulo a los sindicatos, para no descansar excesivamente en una representatividad obtenida a través del sector público frente a las dificultades del tejido productivo privado. De hecho, ya la representatividad sindical se mide en el terreno concreto de juego privado o público, sobre todo en la negociación colectiva de eficacia general, pero esta medida, creo, sería positiva para revitalizar el sistema sindical español.

4. Alternativas al modelo español de representatividad sindical

Siempre cabe, ante los problemas detectados, plantear un cambio de sistema de medición de la representatividad sindical en España que, de nuevo, podría ser más o menos intenso.

Con los cambios antes expuestos, el cómputo de la audiencia electoral podría combinarse con la afiliación sindical, en un modelo mixto, como en algunas experiencias de derecho comparado (Francia, Italia). La incorporación añadida y complementaria de la afiliación sindical al sistema actual electoral ejercería de incentivo al aumento de las bases sociales del sindicalismo, siendo un dato objetivo que enriquecería el de los resultados electorales. El trabajador no sería exclusivamente un elector sino también un afiliado que suma por ello representatividad sindical.

La opción más intensa consistiría en sustituir la audiencia electoral por exclusivamente la afiliación sindical, como también sucede en abundantes experiencias de derecho comparado. Este cambio de medición sería radical y rompería la tradición electoral-sindical española. La apuesta por esta vía debería de ir acompañada de cambios profundos en el sistema que incentivarán la afiliación sindical, porque lo contrario debilitaría al

sindicato en nuestra sociedad. Algunos de estos cambios han sido apuntados pero desde luego el más incisivo sería la transformación de la actual negociación colectiva de eficacia general en eficacia limitada, siendo sólo aplicable el convenio colectivo al afiliado sindical de la parte firmante. En numerosos países, el principal incentivo a la afiliación sindical es la aplicación del convenio colectivo de eficacia limitada, lo que permite medir la representatividad sindical con amplias bases de población trabajadora afiliada. El cómputo exclusivo de representatividad sindical debería de ir acompañado, por tanto, de este cambio de modelo de negociación colectiva.

A mi juicio, resultaría preferible un modelo mixto, que combinara la audiencia electoral con la afiliación sindical, que apostar por este arriesgado cambio de sistema de representatividad. Las experiencias de derecho comparado que nos pueden servir de referencia (Italia, Francia) han ido incorporando la audiencia electoral a la afiliación sindical y otros criterios. Nosotros podemos incorporar la afiliación sindical a los resultados electorales, en una convergencia, así, aún en dirección distinta, con países de nuestro entorno. Además, el modelo mixto audiencia electoral-afiliación sindical permite mantener el actual sistema de negociación colectiva de eficacia general automática o, en todo caso, converger también con países europeos en una eficacia limitada con técnicas de extensión general sustentadas en esta representatividad sindical mixta.

Y es que el problema de fondo, que atañe directamente a la representatividad sindical es, precisamente, el modelo de negociación colectiva. La mayoría de países europeos han optado por convenios de eficacia limitada, del lado laboral y/o empresarial, que han permitido incentivar en sus sociedades la afiliación sindical y el asociacionismo patronal, sin perjuicio de la aplicación de técnicas posteriores, administrativas o jurisprudenciales, de extensión de la cobertura convencional a población no afiliada y tejido productivo no asociado, necesitadas de medición de una representatividad. En el particular caso español, la eficacia general es legal y automática, en conexión con la representatividad sindical y empresarial, lo que desestimula el asociacionismo laboral y de empresas, y han sido necesarias técnicas posteriores de salida de la cobertura convencional como han demostrado las últimas reformas. La convergencia europea con España puede estar en este punto intermedio, pues donde la mayoría de países meten trabajadores en convenios limitados, nosotros los sacamos de la eficacia general, en aras de la flexibilidad y adaptabilidad. Pero la incidencia de uno u otro modelo en la representatividad sindical resulta extraordinaria,

siendo común, en la mayor parte de países europeos, tener en cuenta la afiliación frente a la opción española de la exclusiva audiencia electoral. En todo caso, habría que descartar implantar criterios ajenos a la audiencia electoral y afiliación sindical debido a su riesgo de inseguridad jurídica. En experiencias de derecho comparado es cierto que se utilizan en ocasiones variables como grado de presión, la movilización social, el reconocimiento como interlocutores en la negociación, el número de huelgas planteadas etc. Pero algunas de estas experiencias comparadas han caminado precisamente en el sentido de dar más valor a criterios objetivos como la audiencia electoral y la afiliación sindical, debido a la inseguridad jurídica de estos factores. Si un valor tiene el actual sistema español de representatividad sindical es su fiabilidad, objetividad y seguridad jurídica, más allá de sus abundantes y expuestas disfunciones. Por ello, sería un gran error proponer como alternativa la incertidumbre e inseguridad jurídica de criterios ajenos a la audiencia electoral o afiliación sindical en la medición de la representatividad sindical.

En definitiva, la crisis de la representatividad sindical en España obliga a replantear algunos de los elementos del sistema sin necesidad de renunciar a la arraigada audiencia electoral. Como he propuesto en este estudio, un modelo mixto de audiencia electoral/afiliación sindical, con reformas electorales adecuadas a la realidad social y con un único canal sindical en las empresas, abriría una nueva etapa en el sindicalismo español del siglo XXI, adquiriendo una legitimidad social y vigor que se está diluyendo, cada vez más, con las reglas vigentes de representatividad sindical²⁶.

5. Bibliografía

Sobre el modelo español de representatividad sindical

Alvarez Cuesta, H., *La mayor representatividad sindical*, Universidad de León, 2006.

Escudero Rodriguez, R., *La mayor representatividad sindical en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990.

²⁶ Este trabajo tiene origen en una ponencia mía dentro de un grupo de reflexión de la confederal UGT coordinado por los profesores Maria Fernanda Fernández López y Julio Vega; agradezco a todos estos profesores y a dirigentes sindicales, especialmente Javier Cubillo, el diálogo libre sobre esta materia. Agradezco también al profesor Jesús Cruz Villalón el intercambio de ideas sobre la reforma de la representatividad sindical. Finalmente, agradecer a los profesores Fernando Valdés Dal-Ré y Tomás Sala Franco la conversación prolongada en años sobre todas estas cuestiones esenciales en nuestro sistema de relaciones sindicales.

- García Murcia, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987.
- Lahera Forteza, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000.
- Navarro Nieto, F., *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993.
- Valdes Dal-Ré, F., “Representación y representatividad sindical en España”, *Relaciones Laborales*, 1988, nn. 14-15.

Sobre los problemas y disfunciones actuales de la representatividad sindical en España

- Alvarez Cuesta, H., *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la representatividad sindical*, Comares, Granada, 2006.
- Casas Baamonde, M.E., “Representatividad y mayor representatividad sindical en España: ¿un modelo en crisis?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1988, n. 33.
- Cruz Villalón, J., “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas”, *Relaciones Laborales*, 2007, n. 21.
- Escudero Rodriguez, R., “La representatividad sindical tras tres décadas de libertad sindical”, en Valdés, F. (dir.), *30 años de libertad sindical*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2007.
- Falguera Baro, M. y Senra Biedma, R., “Marco jurídico competencial de los representantes sindicales y unitarios: análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas”, *Relaciones Laborales*, 1996, Tomo II.
- García Murcia, J., “El sistema español de representatividad sindical: funciones y disfunciones”, en Valdés, F. y Molero, M.L. (dirs.), *La representación de los trabajadores en la nueva organización de empresa*, Ministerio de Trabajo-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.
- Lahera Forteza, J., “El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones”, en Valdés, F. y Molero, M.L. (dirs.), *La representación de los trabajadores en la nueva organización de la empresa*, Ministerio de Trabajo-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

Sobre los problemas y disfunciones actuales de la representatividad sindical en España

- AA.VV. (Sala Franco, T. y Goerlich Peset, J.M. dirs.), *Negociación colectiva y conflicto en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F. dir.), *La libertad sindical y de asociación empresarial en la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo, 2001.

Fernandez Dominguez, J.J., “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo-XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Cinca, Madrid, 2015.

Ysas Molinero, H., “La aplicación de la reforma de la representatividad sindical en Francia”, *Revista Centro Estudios Financieros* 2012, n. 357.

Las Comisiones Paritarias en el ordenamiento jurídico español: virtualidad y potencialidad dentro del contexto de la negociación colectiva

Juan Carlos GARCÍA QUIÑONES*

RESUMEN: El presente estudio analiza el papel de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos y sus funciones de gestión de los conflictos laborales, con la referencia del ordenamiento jurídico español en su versión actual. Una institución, la de las Comisiones Paritarias, que ha sido objeto además de un intenso proceso de cambio en los últimos años. Modificaciones contextualizadas, a su vez, en el marco de una evolución proyectada sobre numerosas materias relacionadas con la negociación colectiva. Con todas esas premisas, desarrollamos en el presente trabajo, por su orden, temáticas como el tratamiento dado a la Comisión Paritaria como contenido obligatorio del convenio colectivo; cuestiones vinculadas con la configuración de la Comisión Paritaria; consecuencias derivadas de la atribución legal de determinadas competencias a la Comisión Paritaria en la redacción vigente del Estatuto de los Trabajadores; así como la resolución de las discrepancias en el ámbito de la Comisión Paritaria. Materias todas que confirman, en cualquier caso, la correspondencia que existe entre la complejidad de las problemáticas planteadas y las dificultades inherentes a sus posibles alternativas de solución.

Palabras clave: Comisiones Paritarias, Negociación Colectiva, Convenio colectivo de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Comisión Paritaria como contenido obligatorio del convenio colectivo. 3. Configuración de la Comisión Paritaria. 4. Atribución legal de competencias a la Comisión Paritaria. 4.1. Intervención en el procedimiento de descuelgue del convenio. 4.2. La Comisión Paritaria como instancia previa a la vía jurisdiccional. 5. Delimitación entre funciones de administración y negociación. 6. Solución de discrepancias en el seno de la Comisión Paritaria. 7. Valoración conclusiva. 8. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor (acreditado como Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Joint Committees in the Spanish legal system: virtuality and potential within the context of collective bargaining

ABSTRACT: The present paper analyzes the role of Joint Committees in collective bargaining and in settling labour disputes by referring to the current Spanish legal system. The Joint Committee is a body that has been subject to profound changes recently, as an attempt to review the collective bargaining system. Based on these assumptions, this paper aims to examine several topics, such as the role granted to the Joint Committee as a major element of the collective agreement; the issues linked to the Joint Committee's structure; the consequences stemming from the allocation of certain powers to this body in the current drafting of the Workers' Statute; as well as the setting up of dispute resolution mechanisms in the context of the Joint Committee. All these issues confirm the existing link between the complexity of the issues faced and the difficulties associated with their different solutions.

Key Words: Joint Committees, collective bargaining, collective agreements.

1. Introducción

La labor de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos y sus funciones en la gestión de los conflictos laborales constituye un tema de indudable interés, cuyo análisis nos proponemos desarrollar a partir del marco general que ofrece su estado de regulación actual, considerando también su virtualidad desde una dimensión jurídico-práctica. Faceta ésta no siempre bien ponderada, por unas razones u otras, tampoco por parte de sus beneficiarios potenciales como tendremos ocasión de examinar en los epígrafes que siguen.

Por otro lado, esa apelación a la noción de “actualidad”, cuando se vincula con las Comisiones Paritarias, describe el proceso de cambio que se viene proyectando sobre la citada institución, contextualizado además en el marco de una evolución que afecta a numerosas materias relacionadas con la negociación colectiva. Modificaciones que se proyectan, como es conocido, en tres aspectos relevantes, por alusión a los descuelgues convencionales, la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y el debilitamiento de la regla legal de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo. Factores todos que están en el origen de algunas consecuencias claramente visibles, como esa extensión de la devaluación salarial, sumado también a una reducción apreciable del número de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos vigentes²⁷.

En este sentido, resulta desde luego previsible que una parte importante de las modificaciones que puedan acontecer en el futuro próximo del Derecho del Trabajo, consolidada cada vez más esa posición predominante del interés empresarial como evidencia el marchamo actual de iniciativas legales, seguirán siendo cambios que afectarán de una manera u otra a instituciones relacionadas con la negociación colectiva. Consecuencia lógica si se conviene que la misma representa, todavía hoy, una barrera de contención para la salvaguarda de los derechos laborales. Y bajo esa premisa o condición, uno de los instrumentos principales que justifica la pervivencia de la rama Social del Derecho, en tanto que garantía de su virtualidad cierta.

Reflexiones más o menos genéricas, predicables respecto de la negociación colectiva, que conviene integrar con las conclusiones que puedan extraerse, en su caso, desde esa aproximación a la dimensión actual de las Comisiones Paritarias, junto con las consecuencias que

²⁷ En este sentido, véase Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, n. 120, 2013, pp. 14 y ss.

puedan derivarse también en el plano de su materialización práctica. Por ello, todavía en clave introductoria, no está demás subrayar algunas consideraciones preliminares vinculadas directamente con las Comisiones Paritarias, corroborando la importancia que asumen las mismas dentro de la negociación colectiva. Significación que, a buen seguro, explica en parte los cambios patrocinados por el legislador con ocasión de las últimas reformas legales.

No en vano se ha afirmado, con acierto, que la figura de la Comisión Paritaria constituye una institución de arraigo universal en el campo de las relaciones laborales, una vez que la negociación colectiva es un proceso que no concluye con la estipulación y firma del pacto, sino que por el contrario se prolonga y extiende durante toda la vigencia del mismo²⁸. Comisión Paritaria que cumple, además, una doble función, como es garantizar una administración pactada del convenio, al tiempo que refuerza los hábitos negociales de los sujetos colectivos²⁹. Máxime, considerando el carácter relativamente estático de nuestro sistema de negociación colectiva, de reparar en el hecho de que la negociación tiene lugar a intervalos periódicos, en momentos concretos y mediante comisiones formalizadas³⁰.

A partir de aquí, el proceso progresivo de institucionalización de las Comisiones Paritarias ha producido importantes consecuencias de índole práctica en la conformación y desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales. Primero, garantizando la presencia de ese componente dinámico de la negociación colectiva. A continuación, ejerciendo como instrumento de adaptación y cierre de los contenidos normativos pactados a la realidad cambiante. Y después, reivindicándose como lugar idóneo para la experimentación y desarrollo de fórmulas autónomas de solución de los conflictos laborales colectivos. Con agudeza se ha dicho que el convenio colectivo constituye un producto “semielaborado”, como un conjunto de reglas que precisa ser cerrado con carácter previo a su concreción a la realidad, cuya materialización se obtiene con el auxilio de las actividades de “interpretación y aplicación”³¹.

²⁸ Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003, p. 37.

²⁹ En este sentido, véase Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I)”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

³⁰ A este respecto, véase Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 34, 2006, pp. 71 y ss.

³¹ En este sentido, véase Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I)”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

Funciones típicas, como se sabe, de las Comisiones Paritarias, por más que semejantes nociones resultan, en efecto, muy imprecisas en el contexto del lenguaje jurídico, de manera que su formulación precisa en cada supuesto concreto es materia continua de controversia, como acredita la existencia de numerosos pronunciamientos judiciales. En este sentido, no está demás preguntarse a qué obedece la presencia continuada de las Comisiones Paritarias como motivo de controversia ante las sedes jurisdiccionales. Seguramente, parte de esa explicación puede venir, no tanto por las variantes de interpretación que ofrece semejante institución, cuanto sobre todo porque el legislador no ha regulado la misma con el acierto que cabría desear, unas veces por defecto y otras veces por exceso, dejando tal vez demasiados flecos abiertos respecto de las distintas situaciones coyunturales que puedan acontecer.

Esto es, el tratamiento legislativo dado a las Comisiones Paritarias habría dejado demasiado margen al casuismo, con lo que ello supone en términos de defensa de los intereses de parte, abriendo así continuos frentes de discusión sobre cuestiones de muy diferente calado. Bien que no puede obviarse tampoco que la firma del convenio pone fin al conflicto, pero solo de manera transitoria, posponiéndose a una fase posterior su solución definitiva³². Reflexiones todas que, en general, ponen en valor la significación que asumen, también con su regulación actual, las Comisiones Paritarias.

Seguramente como materialización de las ventajas apuntadas, se constata cómo la designación obligatoria de una Comisión Paritaria por parte de todo convenio colectivo estatutario ha sido una constante del artículo 85.3 del ET, a modo de exigencia legal permanente, como corroboran las sucesivas versiones del precepto, desde su redacción original hasta la versión actual de la norma, considerando las reformas acaecidas en 1994, 2010, 2011 y 2012. Cosa distinta son las funciones asignadas tradicionalmente a la Comisión Paritaria, contempladas regularmente por la ley de modo muy genérico y no exento de confusión³³. Advertido, no obstante, que cada cambio legal en el régimen dispuesto para las Comisiones Paritarias constituye un acicate en relación con el interés que manifiesta la doctrina por la citada institución, seguramente como una confirmación implícita de su virtualidad potencial.

Con independencia de este apunte, la designación de una Comisión Paritaria aparece dispuesta así en el artículo 85.3 del ET como un

³² Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I)”, *op. cit.*, p. 45.

³³ A este respecto, véase Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 72.

contenido mínimo, necesario u obligatorio del convenio colectivo, sobre la base de tres factores que ha individualizado la doctrina. En primer lugar, la Comisión Paritaria constituye una manifestación de la representación de las partes negociadoras del convenio, de manera que su legitimidad representativa y la eficacia de sus resoluciones deriva de la que ostentan los sujetos firmantes. De igual modo, la Comisión Paritaria se encuentra habilitada potencialmente para abordar cuantas cuestiones se le atribuyan por las partes firmantes del convenio colectivo a través del propio convenio colectivo, junto con aquellas materias que le asigne la ley al margen de la decisión de los sujetos negociadores, incluyendo la intervención de la Comisión Paritaria y el acceso a la jurisdicción competente, según los términos que refiere el artículo 91 del ET. Por su parte, el convenio colectivo deberá también prever la manera de solventar las discrepancias que puedan surgir en el seno de la Comisión Paritaria, disponiendo, para el caso de que dicho acuerdo resulte imposible en dicha instancia, la existencia de un procedimiento que haga posible el logro de alguna salida al conflicto planteado³⁴.

Elementos todos que han planteado en el pasado – y plantean hoy todavía – numerosos problemas interpretativos, con el alcance que tendremos ocasión de analizar en los apartados que siguen, examinando separadamente el tratamiento dado a la Comisión Paritaria como contenido obligatorio del convenio colectivo; cuestiones vinculadas con la configuración de la Comisión Paritaria; consecuencias que se derivan de la atribución legal de determinadas competencias a la Comisión Paritaria en la versión vigente del Estatuto de los Trabajadores; así como la resolución de las discrepancias en el seno de la Comisión Paritaria. Para finalizar con algunas reflexiones, a modo de valoración conclusiva, que puedan resultar interesantes para el debate jurídico, conscientes en todo caso de la correspondencia que existe entre la complejidad de las problemáticas planteadas y las dificultades que presentan sus posibles alternativas de solución.

2. La Comisión Paritaria como contenido obligatorio del convenio colectivo

Se ha señalado, con acierto, cómo la grandeza y el defecto que rodea las Comisiones Paritarias radica en el hecho de ser una institución cuya

³⁴ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *Temas Laborales*, n. 120, 2013, p. 283.

funcionalidad operativa depende de la credibilidad mostrada hacia dichos órganos por los agentes sociales³⁵. Sin perder la perspectiva de semejante afirmación, en relación con el espacio que debe ocupar el contenido obligatorio del convenio, se refiere genéricamente cómo una dimensión excesiva del mismo, así como un mayor rigor por parte de la ley disponiendo la efectividad de dicho contenido obligatorio en detrimento de la voluntad de los sujetos negociadores, puede constituir un atentado a la autonomía colectiva, y con ello, estar en el origen de una eventual causa de inconstitucionalidad³⁶. No extraña, por tanto, el contraste evidenciado tradicionalmente en la práctica convencional, sin ir más lejos, en referencia al procedimiento de actuación, con la coexistencia de convenios dotados de una regulación muy detallada en este sentido, frente a otros que ninguna mención aportan sobre el modo de proceder de la Comisión Paritaria, o bien que remiten a un momento posterior la elaboración de un reglamento de actuación³⁷.

Del mismo modo, la autonomía colectiva pudiera resentirse también para el supuesto de que la ley invadiera el espacio de la negociación, imponiendo reglas que limitaran la capacidad de decisión del acuerdo colectivo, aunque sin imponer ningún contenido obligatorio al mismo. Situación que acontece, por ejemplo, cuando la ley atribuye funciones directas a la Comisión Paritaria, por más que las partes del convenio no lo hubieran previsto o incluso no hubieran querido asignárselas. Nos encontramos, por tanto, ante un conflicto en la frontera de la delimitación de la competencia material entre ley y convenio colectivo, cuya solución no puede resolverse predicando siempre una exclusión de la intervención de la ley, aunque el respeto al valor que incorpora la autonomía colectiva sí exige que dicha intervención legal resulte justificada, proporcional, razonable y ponderada. Exigencias comunes, igualmente, respecto de cualquier limitación de un derecho fundamental³⁸.

Vinculando estas consideraciones en relación con la Comisión Paritaria, desde su configuración como contenido obligatorio del convenio colectivo, se constata cómo la versión vigente del artículo 85.3 del ET ha

³⁵ Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^aJ., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2005, p. 258.

³⁶ González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 284.

³⁷ En este sentido, sobre la base de un estudio convencional, véase Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1996, pp. 316 y ss.

³⁸ A este respecto, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 284.

vuelto a una redacción más breve y menos problemática que la dispuesta con ocasión del Real Decreto-Ley 7/2011³⁹. Conflictividad e incumplimiento de las expectativas sobre los objetivos dispuestos en este último Texto legal, anunciados por la doctrina en un tiempo temprano, por lo que significaba en términos de desatención sobre el significado genérico de la gestión convencional, junto con la existencia de deficiencias técnicas en la composición del nuevo régimen jurídico dispuesto para la Comisión Paritaria⁴⁰.

De este modo, en su redacción actual, el artículo 85.3 del ET refiere el mandato imperativo para los convenios colectivos de expresar como contenido mínimo la designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de todas aquellas cuestiones que le sean atribuidas por la ley o por el propio convenio colectivo, junto con el establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de la propia Comisión Paritaria, incluido también el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del ET. En definitiva, tres dimensiones como son representatividad, competencias y consecución de una solución efectiva, merecedoras de una atención individualizada.

No obstante, antes vale la pena reflexionar, siquiera mínimamente, sobre la razón que justifica la propia existencia de la Comisión Paritaria del convenio, bajo esa lógica de imperatividad promovida por la ley. En este sentido, se ha dicho que su existencia imperativa responde a exigencias generales, en línea con una interpretación auténtica de la norma⁴¹, garantizando una solución rápida y eficaz de los conflictos de interpretación y aplicación del convenio, con el beneficio consiguiente en descargo del sistema jurisdiccional, mediante ese fomento de los procedimientos autónomos de solución de los conflictos. Se explica así que el artículo 91.1 del ET atribuya a la Comisión Paritaria la competencia, previa a la judicial, para conocerlos, ejerciendo su competencia reguladora, por encima de la convencional, de todo lo

³⁹ González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁰ En este sentido, véase Morales Ortega, J.M., “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *Relaciones Laborales*, nn. 23-24, 2011, pp. 217 y ss.

⁴¹ Para una caracterización sobre el significado de la interpretación auténtica, por contraste con la interpretación ordinaria, véase Apilluelo Martín, M., *La intervención de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Supraempresarial en la Solución del Conflicto de Trabajo*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pp. 265 y ss.

relativo a la garantía del acceso a la jurisdicción. Sin que pueda entenderse, por tanto, que la obligación de constituir una Comisión Paritaria en el convenio resulte, en sí misma, limitativa de la autonomía colectiva⁴².

Considerando además que las funciones atribuidas a la Comisión Paritaria, según se infiere de la redacción vigente del artículo 85.3.e) del ET, denotan en verdad una generalidad y flexibilidad que supone en la práctica dejar plena libertad a los sujetos negociadores del convenio, liberalidad materializada después en relación con la propia asignación de funciones a la Comisión Paritaria, la elección del nivel de minuciosidad dispuesto sobre los procedimientos de actuación, así como para el sometimiento o no a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos cuando resulte necesario, de manera que la generalidad anunciada respecto a esa atribución de funciones a partir del dictado de su configuración legal, no resulta determinante para entender que limita de manera relevante la autonomía colectiva de los sujetos negociadores⁴³. Bajo esa lógica, se justifica la actuación del legislador cuando opta por la atribución directa de competencias a la Comisión Paritaria, en lugar de obligar al convenio a establecerlas, apelando tanto a un criterio de eficiencia como a una reducción del riesgo de cara a un hipotético conflicto con la autonomía colectiva⁴⁴.

Sea como fuere, la doctrina ha individualizado algunos elementos a considerar en la atribución de funciones a las Comisiones Paritarias. En primer lugar, el ámbito del convenio, de manera que el funcionamiento de la Comisión Paritaria, incluso por la facilidad para acudir a sus reuniones, contactar con la misma, etc., puede ser más eficaz cuanto menor sea el ámbito del convenio. En segundo lugar, la complejidad y conflictividad del sector o del ámbito afectado por el convenio, circunstancias que habrían de tenerse presentes también a la hora de determinar las funciones que ha de asumir la Comisión Paritaria. En tercer lugar, la necesidad de una regulación clara del procedimiento y del acceso de las partes a la Comisión Paritaria, como expresión de la seguridad jurídica, con lo que ello significa en términos de confianza en la actuación de propia Comisión. En cuarto lugar, el tiempo y los costes de actuación, bajo la idea de que una actuación lenta de la Comisión contribuye al deterioro de su imagen y debe ser por tanto evitada⁴⁵.

⁴² En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁴³ También, con desarrollo de todos esos argumentos enumerados, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁴⁴ González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁵ En este sentido, véase Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las

3. Configuración de la Comisión Paritaria

Como se ha señalado en epígrafes anteriores, el artículo 85.3.e) del ET, empleando una terminología que ha permanecido invariable y sin perjuicio de la libertad de contratación, refiere la obligación de los convenios colectivos de expresar como contenido mínimo, en lo que nos afecta, la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras. Tal vez por un efecto mimético, contagiados por esa laxitud que parece irradiar el precepto legal citado, los convenios colectivos suelen dedicar escasa atención al aspecto orgánico (constitución, composición interna) y de funcionamiento interno de las Comisiones Paritarias, deficiencia que condiciona en negativo la propia funcionalidad potencial que están llamadas a desempeñar⁴⁶. Del mismo modo que resulta criticable el tratamiento dado por determinados convenios, bien que la minoría, cuyo texto no incorpora ninguna mención a la composición de la Comisión Paritaria⁴⁷.

Descripción legal calificada así como escueta y poco precisa, fuente no obstante de una serie de consecuencias que ha individualizado la doctrina. En primer lugar, cuando se conecta la estructura paritaria de la comisión como una proyección del carácter dual de la comisión negociadora del convenio, de manera que la comisión habrá de estar constituida por un número igual de miembros por cada una de las partes que han negociado el convenio colectivo; por más que, como se apunta también, semejante dictado legal resulta susceptible de entrar en conflicto con la autonomía colectiva para la hipótesis de que las partes hubieran acordado una composición no paritaria de la comisión. Supuesto posible pero improbable, considerando que la comisión negociadora, dividida netamente en dos partes enfrentadas, difícilmente acordará esa atribución de funciones referidas al convenio a un órgano que no sea paritario.

En segundo lugar, la Comisión Paritaria debe derivar de la representación de las partes negociadoras, de modo que, al margen del número de

comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁴⁶ En este sentido, con ocasión del análisis de los aspectos orgánicos y procedimentales de la Comisión Paritaria, véase Cavas Martínez, F., “Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007, pp. 119 y ss.

⁴⁷ Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 309.

componentes de la Comisión Paritaria – extremo éste que deberá establecer el convenio colectivo como contenido obligatorio –, la totalidad de los miembros de cada parte habrán de repartirse entre los sujetos negociadores, de acuerdo con su respectiva representatividad y conforme a las reglas habituales aplicables a estos casos. Materia ésta que constituye un motivo frecuente de conflicto en torno a la composición y designación por cada parte de los miembros de la Comisión Paritaria, sobre todo en aquellos supuestos de una composición plural de la comisión negociadora por la parte social, frente a la representación patronal habitualmente unitaria⁴⁸. A este respecto, se apunta cómo el problema radica en que muchos convenios colectivos se limitan a fijar el número de miembros de la comisión pero sin fijar el criterio a seguir a la hora de distribuirlos entre las distintas organizaciones firmantes, problemática que resuelven después los tribunales acudiendo de nuevo a la dicotomía que distingue entre Comisiones Paritarias “administradoras” y Comisiones Paritarias “negociadoras”⁴⁹. Temática ésta, la de las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos dentro de la Comisión Paritaria, que enlaza directamente en definitiva con la eficacia de sus resoluciones, como ha tenido ocasión de subrayar la doctrina⁵⁰.

En ese sentido, se ha entendido que el convenio no puede establecer una comisión que no sea paritaria, que no sea expresión de la comisión negociadora del convenio y en cuya composición no se tengan en cuenta los índices de representatividad de los sujetos presentes en la negociación, por más que el Tribunal Supremo en distintas sentencias haya rechazado la obligatoriedad de que la Comisión Paritaria refleje proporcionalmente la representatividad de los sujetos negociadores del convenio (STS de 11 de julio de 2000, 22 de junio de 2007 y 26 de marzo de 2013)⁵¹. Sea como fuere, se ha subrayado con acierto, en relación con el análisis de los aspectos orgánicos de las Comisiones Paritarias, concretamente a la hora de examinar su configuración interna, cómo una composición irregular o arbitraria de las mismas constituye un foco de litigiosidad latente por parte de los representantes potencialmente excluidos⁵².

⁴⁸ En este sentido, desarrollando los aspectos citados, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

⁴⁹ En este sentido, véase Cavas Martínez, F., “Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁵⁰ Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 319.

⁵¹ A este respecto, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 293.

⁵² A este respecto, véase Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^aJ., “Aspectos orgánicos

Por otra parte, se ha considerado oportuno asimismo efectuar una matización al texto legal, toda vez que cuando el artículo 85.3.e) del ET se refiere a las “partes negociadoras” utiliza una expresión incorrecta, advertida la posibilidad de que existan sujetos colectivos que participan en la negociación pero que finalmente no suscriben el acuerdo, que puede no obstante convertirse en norma jurídica si los restantes miembros de la representación reúnen el requisito mayoritario de la legitimación para firmarlo. De modo que debería diferenciarse entre sujetos negociadores y sujetos firmantes del convenio, puesto que, mientras que los primeros, al separarse del convenio, habrían renunciado a la condición de parte, quienes finalmente asumen los acuerdos y los convierten en norma jurídica son los que conservan el derecho a estar presentes en la Comisión Paritaria. De forma que la representación en la Comisión Paritaria será la que se derive de la firma del convenio y no tanto de la presencia en la comisión negociadora⁵³.

A continuación, una vez establecido el número de componentes de la Comisión Paritaria y los puestos que corresponden en ella a cada sujeto negociador, corresponde abordar el sistema de designación personal de esos sujetos, según los términos y con las condiciones dispuestas en el convenio colectivo, bien que sin posibilidad para este último de limitar la capacidad de decisión de cada sujeto colectivo con derecho a estar en la Comisión Paritaria acerca de la persona o personas que habrán de representarlo⁵⁴.

De otro lado, resulta frecuente también que los convenios colectivos incluyan otras comisiones variadas para hacer frente a las cuestiones monográficas del salario, la productividad o la movilidad; o la creación por el convenio de subcomisiones paritarias con funciones separadas con la referencia común que encuentra su anclaje en la estructura de la Comisión Paritaria⁵⁵. A este respecto, se ha subrayado cómo los cometidos asignados a las comisiones especializadas resultan tan amplios como las condiciones

y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

⁵³ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁴ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁵⁵ A este respecto, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 295. También, sobre la tipología de Comisiones Paritarias, ampliamente, véase Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^a J., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *op. cit.*, pp. 267 y ss.; Alemán Páez, F., *Las Comisiones Paritarias*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 45 y ss.

y núcleos temáticos que puedan ser regulados por los convenios colectivos⁵⁶. En realidad, cualquier modelo de estructuración que se adopte en este sentido debe ponerse en conexión con su funcionalidad para dar una respuesta eficaz a las funciones que está llamada a desempeñar la Comisión Paritaria, evitando hacer de este apartado estructural un problema adicional en sí mismo. Esto es, que la estructura formal no se imponga de un modo irracional sobre el cometido funcional, con la referencia puesta siempre en la Comisión Paritaria.

Mención aparte merece el uso frecuente de la figura del asesor o experto en la composición de la Comisión Paritaria, cuyo número varía mucho según cada convenio. Figura, por lo demás, eminentemente instrumental que, dependiendo del convenio de que se trate, puede ser designado con carácter ocasional o permanente⁵⁷. Normalmente, su institucionalización se concibe bajo una valoración positiva, considerando factores como la amplitud y complejidad de las cuestiones inherentes a la administración del convenio, junto con la apertura en forma de nuevas reflexiones que puede derivar con su presencia⁵⁸. Bien que en ocasiones, paradójicamente, la participación del asesor o experto puede constituir un elemento adicional de dificultad para el buen funcionamiento de la Comisión Paritaria, en aquellas hipótesis donde su actuación responda a un esquema rígido, hermético o cerrado, absolutamente condicionado con motivo de las instrucciones recibidas por aquella parte a la que asesora.

4. Atribución legal de competencias a la Comisión Paritaria

En clave de retrospectiva sobre el tratamiento dado en relación con las competencias de la Comisión Paritaria, se constata cómo el texto original del artículo 85.3.e) del ET, vigente hasta la reforma del año 2011, señalaba cómo la Comisión Paritaria entendería de “cuantas cuestiones le sean atribuidas”. Formulación general que dejaba entrever, no obstante, una idea básica en opinión de la doctrina, cual es que la función a desempeñar por la Comisión Paritaria, midiendo su amplitud o significación, quedaba a la discrecionalidad de las partes firmantes del convenio, dentro de los

⁵⁶ Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^a J., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁷ En este sentido, véase Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 311.

⁵⁸ Alemán Páez, F., “Capítulo 10. La Administración del convenio colectivo”, en AA.VV., Lahera Forteza, J. (coord.) y Valdés Dal-Ré, F. (dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, 2008, p. 567.

aspectos circunscritos a la administración del propio convenio, como corroboraba asimismo la redacción del artículo 91 del ET hasta su modificación por la reforma de 2011⁵⁹.

Con este escenario, la reforma patrocinada por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, incorpora un importante cambio de las reglas contenidas en los artículos 85.3 y 91 del ET, de manera que, con la redacción renovada del artículo 85.3.h), se facultaba a la ley para asignar a la Comisión Paritaria funciones que las partes no han previsto, dando cuenta de una ampliación muy sensible en el contenido de ese apartado, como resultaba de la atribución a la Comisión Paritaria de competencias expresas, junto con las tradicionales de aplicación e interpretación del convenio, habilitada entonces para intervenir en los procesos de adaptación y de modificación del convenio durante su vigencia o en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como en relación con la inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos. Reforma legal caracterizada, a nivel doctrinal, como una muestra aparente de intervención legal en detrimento de la autonomía de las partes a la hora de decidir el contenido concreto del convenio, por más que semejante tentativa haya sido calificada como infructuosa, ineficaz y sin resultado práctico⁶⁰.

Mayor virtualidad tenía el segundo bloque de mandatos legales dispuesto por el Real Decreto-Ley 7/2011, en cuanto al contenido obligatorio del convenio relacionado con la Comisión Paritaria cuando ordena fijar convencionalmente los procedimientos y plazos para garantizar la rapidez y la eficacia de su intervención⁶¹; del mismo modo que obligaba también al convenio a establecer mecanismos de solución efectiva de las discrepancias, incluido – bien que sin carácter obligatorio – el acudir a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Sea como fuere, semejantes cuestiones, que han sido en su momento materias propicias para el debate doctrinal, en la actualidad ha perdido su sentido, considerando la reforma actuada después en lo que constituye hoy la redacción vigente del artículo 85.3 del ET.

Baste señalar a este respecto cómo, desde alguna tribuna doctrinal, lo que

⁵⁹ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 296.

⁶⁰ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁶¹ En relación con los aspectos procedimentales de la Comisión Paritaria como consecuencia del Real Decreto-Ley 7/2011, véase Morales Ortega, J.M., “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

se ha achacado precisamente a la reforma incorporada por el Real Decreto-Ley 7/2011, ha sido la ausencia de una clara voluntad reformista, una vez que la gestión convencional habría permanecido intacta; el hecho de que no se haya producido tampoco, en puridad, una potenciación de las competencias de la Comisión paritaria, al mantenerse sus atribuciones clásicas – vigilancia, interpretación, etc. –; junto con la promoción, no de la negociación de ejecución, sino de una negociación *ex novo* que podía generar, como así sucedió, efectivamente, una dinámica contraproducente en los interlocutores sociales⁶².

En cualquier caso, como ha subrayado la doctrina, nos encontramos ahora con una redacción del precepto de referencia – artículo 85.3 del ET – mucho más limitada, donde el contenido obligatorio para el convenio en relación con las competencias de las Comisiones Paritarias resulta ahora muy genérico, remitiendo al propio convenio o a otros instrumentos de regulación como pueden ser la ley pero también los acuerdos interprofesionales, de modo que con la versión vigente de la norma la ley no impone nada al convenio, a salvo la existencia misma de la Comisión Paritaria, por lo que sus competencias podrán ser o muy extensas o reducidas, de conformidad con el criterio de los propios negociadores⁶³.

Fórmula que, a pesar de lo que pudiera parecer, eliminadas esas expresiones de sesgo imperativo, ofrece seguramente mucho más margen para que, desde la voluntariedad y la convicción de los negociadores, la Comisión Paritaria pueda alcanzar de un modo más certero toda su virtualidad potencial. Bien que la redacción vigente del ET ha aumentado las atribuciones dispuestas para las Comisiones Paritarias, como corrobora el establecimiento de una asignación legal directa para intervenir en el procedimiento de descuelgue del convenio, conforme previene el artículo 82.3 del ET; de igual forma que se configura también la Comisión Paritaria como instancia previa a la vía jurisdiccional, siguiendo el mandato del artículo 91 del ET. Variantes ambas que analizamos brevemente en los epígrafes siguientes.

4.1. Intervención en el procedimiento de descuelgue del convenio

Por lo que se refiere a la intervención en el procedimiento de descuelgue

⁶² En este sentido, véase Morales Ortega, J. M., “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

⁶³ A este respecto, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 298.

del convenio, la redacción vigente del artículo 82.3 del ET, en lo que nos concierne, prevé un procedimiento que se inicia con un período de consultas que, para el caso de resultar infructuoso por no terminar en acuerdo, permite someter las discrepancias a la Comisión Paritaria del convenio, dentro de un plazo máximo de siete días para pronunciarse a contar desde que le fuera planteada la discrepancia, a salvo después la intervención de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos y, en su caso, el arbitraje de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Regulación que demanda, implícitamente, un régimen de funcionamiento cada vez más ágil y eficiente por parte de las Comisiones Paritarias⁶⁴.

Actuación que ha sido valorada por la doctrina como una intervención legal de una cierta intensidad, al tiempo que muy discutible si se atiende a su contenido. Y ello, porque el artículo 82.3 del ET, en su párrafo séptimo, dispone una intervención de la Comisión Paritaria que, no siendo obligada, se produciría no obstante con que solo una de las partes en conflicto así lo decidiera. Caso distinto sería que existiera un acuerdo al respecto, lo que sin duda legitimaría esa intervención de la Comisión Paritaria en tanto que decisión conjunta de las partes discrepantes expresiva de la búsqueda de una solución externa al conflicto⁶⁵. Bien que la trascendencia potencial de esa imposición, discutible, se rebaja después, por cuanto no resulta obligatorio dar entrada a la Comisión Paritaria, del mismo modo que tampoco está garantizado que la Comisión Paritaria sea capaz de ofrecer esa solución dada la frecuencia de desacuerdos que se producen en su seno, tanto como para que la ley insista en la necesidad de dar salida eficaz a estas discrepancias con la consiguiente solución del conflicto. Se explica así que el artículo 82.3 del ET abra paso a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos “cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo”.

Por su parte, la redacción vigente del artículo 82.3 del ET refiere que, para el caso de que estas alternativas no ofrecieran una solución definitiva a la controversia, cualquiera de las partes “podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos” o “a los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma”, según el ámbito territorial de la inaplicación. En definitiva, un arbitraje obligatorio

⁶⁴ Olarte Encabo, S., “Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nn. 9-10, 2014, pp. 157-158.

⁶⁵ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

impuesto por la ley, tras el fracaso de otras alternativas más respetuosas con la autonomía colectiva, como se ha hecho notar por la doctrina. Arbitraje obligatorio cuya constitucionalidad ha sido no obstante validada en tiempos recientes por la Sentencia del TC 119/2014, de 16 de julio, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad número 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por más que resulte de mucha utilidad confrontar las razones que invoca la posición mayoritaria del TC en relación con esta materia, frente a los argumentos que contiene el Voto Particular.

De todo lo dicho en relación con el papel reforzado que asumen ahora las Comisiones Paritarias dentro del nuevo régimen jurídico de los descuelgues, la doctrina aprecia una evolución en la configuración de las mismas, abandonando su condición de órgano bloqueante para pasar a reivindicarse como órgano racionalizador. Nueva dimensión de los descuelgues y acuerdos de inaplicación de los convenios colectivos que coloca a las Comisiones Paritarias ante la necesidad de replantear su funcionamiento y sus usos, sobre todo, considerando el refuerzo por el legislador del nivel de empresa, con plazos legales para la actuación de estas comisiones mucho más cortos y con apertura para una eventual imposición por un tercero como es la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o árbitro delegado u órgano autónomo equivalente. Cambio de escenario que incorpora asimismo un incremento del número de reuniones para atender las solicitudes empresariales para la inaplicación del convenio con las debidas garantías, que comportarán unos gastos que la ley no ha previsto, con lo que ello significa en términos de encarecimiento de los descuelgues, que los agentes sociales difícilmente estarán en condiciones de asumir⁶⁶. Por más que, aplicando una lógica distinta sobre la base de experiencias pretéritas, dentro de los elementos a considerar en la atribución de funciones a las Comisiones Paritarias, específicamente en relación con el ámbito del convenio, se ha subrayado cómo el funcionamiento de la Comisión Paritaria pudiera ser más eficaz cuanto menor sea el ámbito del convenio⁶⁷.

Advertido, además, que la ley no regula ningún aspecto sobre el régimen de actuación de las Comisiones Paritarias en relación con los conflictos sobre descuelgues, aunque sí deja clara la posibilidad de que éstas puedan

⁶⁶ En este sentido, véase Olarte Encabo, S., “Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues”, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

⁶⁷ A este respecto, véase Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 75.

actuar como instancias de resolución de conflictos más o menos relacionados – en sentido amplio – con la interpretación y aplicación del convenio. Lo que significa que serán los propios convenios los que habrán de regular dicho régimen, si es que realmente se quiere potenciar su intervención en los procesos de descuelgue.

En este sentido, a modo de buenas prácticas, la doctrina ha individualizado las siguientes⁶⁸:

- a) El deber y la capacidad de las Comisiones Paritarias para exigir precisión y claridad en las solicitudes de descuelgue. Lo cual habrá de estar regulado en el convenio colectivo o, supletoriamente, en el reglamento de funcionamiento interno de la empresa;
- b) Conveniencia de que la solicitud de descuelgue especifique detalladamente la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo pretendidas, especificándose de entre las que establece el propio artículo 82.3 del ET (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites del artículo 39 y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social);
- c) Exigir que la solicitud dirigida a la Comisión Paritaria se acompañe del motivo de la discrepancia, haciendo constar no solo las posiciones de las partes – que será evidente – sino también las razones de las mismas;
- d) Incluir también como exigencia convencional la presentación ante la Comisión Paritaria – en la solicitud – la determinación de las nuevas condiciones de trabajo que pretenden implantarse en la empresa y su extensión temporal;
- e) En relación con la documentación a presentar ante la Comisión Paritaria, y desde luego, teniendo en cuenta la brevedad del plazo máximo que tiene ésta para resolver (7 días), debiera exigirse en los convenios un mínimo deber de información documental. Por ejemplo, acreditar el cumplimiento del previo período de consultas en la empresa, presentando copia de las actas de las reuniones, propuesta de nuevas condiciones de trabajo y acreditación de la concurrencia de causas económicas (para el caso de alegarse disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, presentando documentos que acrediten dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos) y similares formas de acreditación de las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas que las

⁶⁸ En este sentido, desarrollando todas las que aquí se citan, véase Olarte Encabo, S., “Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues”, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

establecidas en el Reglamento de despido colectivo y de suspensión de contrato y de reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, aunque más simplificadas;

f) Exigir la determinación de los trabajadores afectados por las medidas pretendidas (número, clasificación profesional y junto con el desglose correspondiente cuando el descuelgue afecte a más de un centro de trabajo);

g) Finalmente, los convenios colectivos debieran prever si la Comisión Paritaria ha de actuar como tal, en pleno o a través de comisiones delegadas por ámbitos territoriales o subsectores e incluso la posibilidad de designación de un árbitro o varios delegados de la comisión paritaria y un procedimiento para su designación ágil, por unanimidad, por mayoría o por listas con sistema de descartes sucesivos.

No obstante, como se advierte también, las posibilidades enumeradas habrán de ponderarse en cada caso concreto por la negociación colectiva, considerando los riesgos que comporta un régimen excesivamente laxo e indeterminado, de cara a una eventual inoperancia de la Comisión por falta de sustento instrumental, condicionando así el fracaso de las mismas en su función mediadora en los descuelgues; frente a un régimen excesivamente reglamentista, con el riesgo consiguiente, también, en términos de falta de agilidad ante la brevedad del plazo máximo legal de siete días con que cuentan las Comisiones Paritarias para adoptar una decisión. De forma que, sopesando las ventajas e inconvenientes previsibles de ambos modelos, parecería conveniente apostar por una fórmula intermedia, respetuosa con la virtualidad de las Comisiones Paritarias como mecanismo para ofrecer una oportunidad real, en correspondencia con el protagonismo atribuido a las mismas dentro del nuevo escenario que compone el legislador⁶⁹.

Bien que tratando de evitar asimismo que una vocación excesivamente amplia de exigencias vinculadas con la actuación futura de las Comisiones Paritarias pueda actuar como elemento obstaculizador ab initio, dificultando sobremanera la suscripción del propio convenio colectivo. Seguramente, como criterio pragmático, puede resultar más conveniente dejar la resolución de los problemas para cuando éstos en verdad surjan, aun a riesgo de reducir – o eliminar – la virtualidad futura de la propia Comisión Paritaria para el caso de que acontezca esa situación de conflicto. De cualquier forma, resulta evidente que no hay reglas definitivas, si se considera que cada supuesto requerirá en buen lógica un

⁶⁹ En este sentido, véase Olarte Encabo, S., “Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues”, *op. cit.*, p. 160.

tratamiento distinto. Máxime, cuando ese posicionamiento aparentemente ventajoso, de vocación equidistante, debe materializarse después adoptando un determinado contenido.

4.2. La Comisión Paritaria como instancia previa a la vía jurisdiccional

El artículo 91 del ET, con su redacción actual según la versión dada por el Real Decreto-Ley 7/2011, bajo la rúbrica de “Aplicación e interpretación del convenio colectivo”, señala en su número 1 cómo “Sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos”. Previsión que incorpora, como ha subrayado la doctrina, una atribución inicial, previa y plena a la Comisión Paritaria en relación con la facultad de aplicar e interpretar el convenio. Una atribución legal que no depende de la voluntad de los sujetos firmantes del convenio, aunque lo usual será que, conforme con el mandando que expresa el precepto transcrito, los convenios colectivos deriven esta función hacia la Comisión Paritaria⁷⁰.

Comisión Paritaria del convenio caracterizada, por lo demás, como el órgano idóneo para efectuar interpretaciones generales del convenio colectivo, cuya interpretación ostenta además la naturaleza de interpretación auténtica, en tanto que adoptada por una representación de las partes signatarias del mismo⁷¹. De este modo, aun con esa cierta oscuridad que manifiesta la redacción de la norma estatutaria, se ha subrayado cómo el modelo instaurado otorga cierta preferencia a la intervención de la Comisión Paritaria en materia de interpretación y aplicación, si bien no se obliga a que la misma se convierta en trámite inexcusable previo a la mediación y el arbitraje⁷².

Bajo el mismo criterio imperativo, el artículo 91 del ET, en su número 3, refiere que “En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión

⁷⁰ A este respecto, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 302.

⁷¹ Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (y II)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003, p. 52.

⁷² En este sentido, véase Cruz Villalón, J., “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nn. 23-24, 2011, pp. 268 y ss.

paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente”. Se trata de una nueva manifestación, todavía más clara, de intervención obligada de la Comisión Paritaria, dotada de una trascendencia notable. Máxime, considerando la situación de la práctica convencional existente con anterioridad a esta regulación legal, expresiva de tratamientos muy heterogéneos en esta materia, como ha tenido ocasión de señalar la doctrina, de manera que eran muchos los convenios colectivos que establecían claramente la obligatoriedad de la intervención de la Comisión Paritaria como trámite preceptivo previo, por contraposición con otros convenios que se decantaban por el carácter totalmente voluntario de la intervención de la Comisión Paritaria, o bien utilizaban términos confusos que no aclaraban en definitiva si la voluntad de los negociadores había sido establecer una intervención previa de la Comisión Paritaria con carácter obligatorio o únicamente potestativo⁷³. Por su parte, también con la regulación actual, para el caso de que la Comisión Paritaria adopte una solución interpretativa o aplicativa determinada, el artículo 91.4 del ET se encarga de subrayar que tendrá “la misma eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente ley”.

De otro lado, semejante regulación debe ponerse después en conexión con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley de la Jurisdicción Social, por referencia a la modalidad de procesal de conflictos colectivos, cuando establece que será requisito necesario para tramitar el proceso el intento de conciliación o de mediación, en los términos previstos en el artículo 63 de la misma Ley de la Jurisdicción Social. Precepto, éste último, que identifica como instancias de la mediación en un proceso de conflictos colectivos tanto al servicio administrativo correspondiente como a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, sin ninguna referencia a la Comisión Paritaria, cuya intervención habrá de considerarse obligada, debiendo así acudir a otras instancias previas a la judicial para el supuesto de que no exista acuerdo.

De la combinación entre ambos preceptos (artículos 156 y 63 de la Ley de la Jurisdicción Social), se desmiente por tanto que la intervención de la Comisión Paritaria tenga eficacia para dar por cumplido el requisito de la conciliación previa, que deberá intentarse ante cualquiera de esos órganos, seguramente – ha apuntado la doctrina – bajo esa consideración de que la

⁷³ En este sentido, con base en el examen de prácticas convencionales pretéritas, véase Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 326 y ss.

Comisión Paritaria no constituye un órgano externo al conflicto. Es por ello que la obligación de acudir previamente a la Comisión Paritaria y procurar en su seno una solución al conflicto no se valora entonces como intento conciliatorio en sí mismo sino como una oportunidad ofrecida a los sujetos firmantes para lograr un acuerdo. De manera que, en lógica correspondencia, su fracaso no agotaría ningún trámite procesal previo a la intervención judicial, que deberá observarse en todo caso⁷⁴. Bien que la doctrina refiere no obstante cómo determinados convenios establecen claramente la necesidad de que la Comisión Paritaria sea utilizada siempre de modo previo a la intervención judicial, supliendo así el trámite de conciliación previa que refiere la norma procesal (artículo 156 de la Ley de la Jurisdicción Social), por mucho que resulte bastante más frecuente que los convenios colectivos no establezcan nada en este sentido o que contengan pronunciamientos nada claros al respecto⁷⁵.

En cualquier caso, resulta loable la intención del legislador de implementar sucesivos mecanismos que ofrezcan, cuando menos formalmente, la posibilidad cierta a las partes de llegar a un acuerdo sobre el conflicto de que se trate, antes de acudir a las instancias jurisdiccionales. Dicha estrategia debe considerarse positiva, pero requiere promocionar una cultura del pacto, esto es, que las partes sean conscientes de las ventajas adicionales que ofrece una solución pactada, frente a la respuesta imperativa que pueda dar un tercero, ya sea un árbitro o un juez. Es decir, las partes deben tener la sensibilidad suficiente para ver en esta sucesión de oportunidades que dispone el legislador antes de acudir a la instancia judicial, una posibilidad cierta de llegar a una solución que, sin ser satisfactoria en su totalidad para ninguna de ellas, sí va a resultar más ventajosa en general que la que pueda imponer ese tercero, juez o árbitro. Por el contrario, si la previsión legal imponiendo la cumplimentación de distintos trámites obligatorios antes de acudir a la instancia judicial se conciben por las partes como meros obstáculos procesales, en lugar de mecanismos ideales para la eventual composición de un acuerdo, el resultado solo se materializará, efectivamente, en un alargamiento infructuoso de cara a la tramitación del conflicto de que se trate. Repárese a este respecto en lo que sucede con el debate en torno a la acumulación de intentos de conciliación, previa en fase administrativa y la propiamente intraprocesal, tentativa esta última cuya celebración tiene lugar ahora ante

⁷⁴ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 304-305; Cruz Villalón, J., “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁵ A este respecto, véase Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 326 y ss.

el Secretario Judicial. En definitiva, desde un posicionamiento favorable y sensible con la cultura del pacto, la implementación de distintas oportunidades para alcanzar un acuerdo debe entenderse como un empeño loable por parte del legislador. De los sujetos intervinientes, ejerciendo con responsabilidad su condición de verdaderos protagonistas, dependerá la significación que alcancen dichos trámites, tratando de evitar en lo posible que su resultado naufrague en la peor acepción de la palabra “trámite”.

5. Delimitación entre funciones de administración y negociación

Como es conocido, la diferencia entre administración y negociación del convenio, dentro de las competencias de la Comisión Paritaria, constituye una materia “clásica”, cuya precisión está en el origen de numerosos pronunciamientos, tanto en la órbita doctrinal como en la jurisprudencia⁷⁶. En orden a una delimitación de ambos conceptos, se ha entendido que la administración del convenio se refiere a todas las cuestiones de aplicación o de interpretación del mismo y a la adaptación de sus contenidos a problemas no previstos en el convenio o según datos objetivos y prefijados, en línea con una actuación interna dirigida a actualizar la voluntad contractual expresada en el convenio, de manera que la Comisión Paritaria, cuando desarrolla esta actividad, se convierte en un instrumento de aplicación funcional posterior del acuerdo, pero en estrecha relación con el mismo⁷⁷. De manera que, como posición de principio, la actividad de las Comisiones Paritarias persigue completar el convenio sin innovarlo ni retocar su contenido normativo, de igual forma que la interpretación y aplicación del convenio constituyen las funciones genuinas de las mismas⁷⁸.

Por su parte, la jurisprudencia aprecia la existencia de facultades negociadoras cuando el conflicto se suscita en relación con la

⁷⁶ En este sentido, ampliamente, véase Alemán Páez, F., “Capítulo 10. La Administración del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 573 y ss.

⁷⁷ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁷⁸ Para el desarrollo de este argumento, en relación con las facultades de administración del convenio colectivo, véase Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^aJ., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *op. cit.*, pp. 285 y ss.; Cavas Martínez, F., “Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

modificación de las condiciones pactadas, introduciendo nuevas reglas o normas para regular las relaciones laborales en cuanto a las condiciones de trabajo aplicables⁷⁹. Exégesis que puede abordarse a partir de un criterio dual, combinando un análisis pormenorizado de cada competencia junto con un examen que incida en la vertiente orgánica de la propia Comisión Paritaria⁸⁰.

No obstante, pese a los esfuerzos conceptuales para definir ambas categorías, la dificultad existente a la hora de perfilar esa distinción entre administración y negociación como competencias de la Comisión Paritaria, ha llevado a la doctrina, con buen criterio, a precisar una relación de actividades de la Comisión Paritaria susceptibles de adscribirse a una u otra función⁸¹. Por más que semejante opción metodológica, loable, no zanje definitivamente el problema. De este modo, se consideran labores de administración del convenio las que, como complemento del mismo, suponen la interpretación del convenio colectivo y deciden sobre su aplicación; las tareas de gestión de la información sobre circunstancias de la empresa; el conocimiento de datos sobre seguridad y salud o sobre empleo y contratación; la elaboración de estudios e informes acerca de cuestiones abordadas por el convenio tales como la clasificación profesional; la gestión de una bolsa de trabajo o de un fondo social; la aplicación del plan de formación de la empresa; la actualización normativa exigida por el cambio legal; incluso la gestión de complementos salariales siempre que esa gestión solo suponga la aplicación material de criterios objetivos establecidos en el convenio; la vigilancia, seguimiento y control de la aplicación del convenio; la solución de conflictos; la revisión parcial del convenio siempre de aparezca determinada por criterios convencionales prefijados y objetivos.

Frente a las manifestaciones enumeradas, se ha entendido que la Comisión Paritaria tendrá atribuidas competencias negociadoras cuando, en relación con cualquier materia del convenio colectivo, y mucho más si esa materia no aparece regulada por él, introduce nuevas reglas, criterios, principios y exigencias que el convenio no ha previsto ni siquiera con carácter general fijando determinados parámetros, objetivos, referencias y límites que la

⁷⁹ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, cit., pp. 305 y ss.

⁸⁰ En este sentido, conjugando ambos criterios desde su proyección sobre las facultades negociadoras, véase Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^a J., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

⁸¹ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 306-307.

Comisión Paritaria haya de respetar, ya se trate de cuestiones vinculadas con la movilidad, retribución, clasificación profesional, productividad, seguridad e higiene, régimen disciplinario; o también cuando la labor de adaptación del convenio, que también podría ser solo una función de gestión, se convierte en normativa al conllevar nuevas regulaciones con una cierta carga de novedad en relación con lo previsto en el convenio colectivo. De manera que lo importante para calificar una determinada actividad de la Comisión Paritaria como de negociación y no solo de administración del convenio es, precisamente, su virtualidad innovadora del ordenamiento convencional⁸². Actividad negociadora de las Comisiones Paritarias cuyo protagonismo, bajo esa clave de retrospectiva histórica, ha evolucionado en términos crecientes como consecuencia de la voluntad de las partes negociales⁸³.

Sin embargo, aun con todo lo dicho, como evidencia la atención doctrinal y jurisprudencial dedicada a la materia, esa diferenciación entre administración y negociación en el marco de las competencias de la Comisión Paritaria, resulta difícil de concretar en muchos casos, una vez que la calificación, como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/1986, de 21 de enero, no depende del nombre asignado a las competencias, ni tampoco solo del contenido de las mismas, sino sobre todo de la función real que las decisiones de la Comisión Paritaria cumplen en el contexto del convenio colectivo. Máxime, teniendo en cuenta que la consecuencia de esa clasificación ha supuesto durante mucho tiempo que la atribución de funciones negociadoras a la Comisión Paritaria se haya considerado improcedentes, o incluso nulas ya que, según esta tesis, el convenio colectivo no puede desfigurar la naturaleza de la Comisión Paritaria, que es un órgano llamado a gestionar y administrar el convenio, asignándole funciones normativas de las que carece.

De manera que el convenio no puede ni realizar delegaciones normativas generales en beneficio de las Comisiones Paritarias (SSTS de 15 de diciembre de 1994 y 26 de abril de 1997), ni tampoco derivar hacia ella competencias de regulación sobre materias concretas una vez que las funciones de la Comisión Paritaria son exclusivamente las de administración del convenio (SSTS de 10 de junio de 2003 y 18 de febrero de 2012). De forma que, si tuviera competencias negociadoras, los

⁸² González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 307.

⁸³ En este sentido, con la referencia de las competencias de administración y negociación de las Comisiones Paritarias tras la reforma de 1994, véase Tarabini-Castellani Aznar, M., “Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, p. 405.

acuerdos que resultaran de esa negociación solo podrían tener el valor de un convenio extraestatutario y no la general que se asocia a las decisiones de la Comisión Paritaria (STS de 18 de febrero de 2010).

En este sentido, como ha subrayado la doctrina, debe recordarse que la mayor parte de los conflictos suscitados ante la jurisdicción social sobre la naturaleza de las competencias de la Comisión Paritaria se han originado como consecuencia de la exclusión de esta tarea de la Comisión Paritaria de un sujeto colectivo legitimado para negociar en el ámbito correspondiente; con el pretexto de que, al no ser firmante del convenio, no puede pretender la presencia en un órgano que el propio convenio crea⁸⁴. Línea argumental excluyente validada por distintos pronunciamientos del TC (SSTC 9/1986, 39/1986 y 213/1991), que encuentra no obstante su réplica correspondiente cuando las funciones de la Comisión Paritaria son de naturaleza negociadora.

Supuestos, estos últimos, donde las resoluciones judiciales, sobre la base del carácter creador de normas de la Comisión Paritaria, que amplía sus funciones más allá de las funciones típicas de administración, se han pronunciado exigiendo la presencia en el proceso negociador de todos los sujetos legitimados conforme a las reglas de legitimación para la suscripción de un convenio colectivo estatutario que refieren los artículos 87 a 89 del ET. Solución que ha contado con el beneplácito doctrinal, de manera que para que las partes negociadoras del convenio puedan atribuir a la Comisión Paritaria facultades de desarrollo normativo o de revisión parcial de lo pactado, se requerirá entonces la obligatoria observancia de los indisponibles requisitos de legitimación que previenen los preceptos citados⁸⁵.

Algún representante de la doctrina, con buen criterio, ha considerado que lo que subyace en verdad a toda la problemática planteada no es tanto la distinción entre administración y negociación, que resulta asumible aunque difícil de precisar a veces, cuanto el propio concepto de la Comisión Paritaria. Y en este sentido, se apuesta por validar que la autonomía colectiva pueda atribuir, sin obstáculo alguno, a la Comisión Paritaria, funciones creadoras de normas aunque siempre en función del desarrollo y aplicación de lo establecido en el convenio colectivo. Bien que, en este supuesto, la Comisión Paritaria podrá o no actuar solo en la medida en que su composición refleje adecuadamente la legitimación general para negociar además de la representatividad presente en la

⁸⁴ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 307-308.

⁸⁵ Cavas Martínez, F., “Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 127.

comisión negociadora. Si una y otra coinciden, la Comisión Paritaria podrá ejercitar sus competencias negociadoras sin modificación alguna. Si por el contrario existen sujetos legitimados para negociar que no están presentes en la Comisión Paritaria, esta deberá transformarse, aunque sea temporalmente y respecto de un tema concreto, en un órgano cuya composición permita la presencia de los sujetos legitimados y refleje la representatividad respectiva⁸⁶.

En definitiva, siguiendo esta tesis, la Comisión Paritaria podrá tener las funciones que el convenio le asigne, ya sean éstas las legalmente previstas de forma expresa, de administración del convenio colectivo, ya sean otras que impliquen competencias negociadoras de distinta intensidad. Y así, mientras que para las funciones de administración del convenio colectivo, a la Comisión Paritaria le basta la legitimación y la representatividad que le transmite la comisión negociadora y los sujetos firmantes del convenio, para las funciones que impliquen competencias negociadoras esas exigencias pueden no estar cumplidas si se excluye de la negociación a sujetos colectivos legitimados para hacerlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87 a 89 del ET⁸⁷.

En cualquier caso, resulta evidente que la atribución de competencias negociadoras a la Comisión Paritaria incorpora elementos de controversia a futuro, sobre todo se conecta con las reglas de legitimación dispuestas en los artículos 87 a 89 del ET. Circunstancia ésta que debería en todo caso sopesarse, también con criterios pragmáticos, dependiendo de las circunstancias concretas que puedan concurrir en cada situación. No obstante, como posición de principio, parecería más adecuado – y por tanto más aconsejable tal vez – reconducir las funciones de la Comisión Paritaria a funciones de administración del convenio, evitando en lo posible utilizar esa posibilidad de asignar a la Comisión Paritaria funciones de negociación, si ello solo obedece a una estrategia para diferir en el tiempo los problemas advertidos con ocasión de la negociación del convenio.

6. Solución de discrepancias en el seno de la Comisión Paritaria

En relación con la solución eficaz de las discrepancias en el ámbito de la Comisión Paritaria, la versión actualmente vigente del artículo 85.3.e) del

⁸⁶ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 308-309.

⁸⁷ A este respecto, véase González Ortega S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 309-310.

ET, con la redacción dada por la Ley 3/2012, establece cómo “3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: ... (e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.”

Sobre la base de este tenor legal, dentro de ese concepto de libertad de pacto, la doctrina ha entendido que el convenio puede disponer, pero sin que esta opción pueda serles impuesta de ninguna manera, que la solución quede atribuida a un órgano o persona externa que ejercerá así la función de árbitro, unipersonal o colegiado, mediante un arbitraje que el propio convenio consiente, lo que incluye a terceros o a la propia autoridad laboral; encomendar esta función dirimente a personas que intervienen en la Comisión Paritaria sin ser representativos de los sujetos negociadores como puede suceder con la presidencia de la Comisión Paritaria; acudir a procedimientos que faciliten la solución del conflicto como pueden ser establecer mayorías menos rigurosas por cada parte para adoptar acuerdos o sistemas más complejos de doble instancia, primero ante la propia Comisión Paritaria, y después ante un órgano o sujeto externo; como también, y por las mismas razones, podrá no prever ningún tipo de alternativa de solución, permitiendo que la Comisión Paritaria no pueda cumplir su tarea por falta de consenso en su seno, de manera que ese fracaso determine el agotamiento sin éxito de esta instancia de solución de conflictos⁸⁸.

Posibilidades que se complementan, conforme dispone el artículo 85.3.e) del ET, con esa previsión de que los negociadores del convenio puedan someterse a los sistemas no judiciales de solución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales del artículo 82.3 del ET. Bien que, como se ha subrayado también, muchos convenios ni prevén ningún sistema de solución de discrepancias ni se someten tampoco a los sistemas extrajudiciales de solución cuando no son obligatorios, de manera que el conflicto queda pendiente, con lo que ello supone en términos de desaprovechar tal vez la instancia más adecuada para resolverlo, dejando

⁸⁸ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, pp. 310-311.

entonces expedito el camino hacia la solución extrajudicial o la posterior vía judicial⁸⁹. Resultado que puede venir influenciado sin duda por muchos factores, también claro una ausencia de sensibilidad a la hora de valorar ese elemento cualitativo que incorpora la posibilidad de solventar las discrepancias en el contexto de la Comisión Paritaria. En definitiva, una manifestación más de la fortaleza o la debilidad, según qué casos, inherentes al acuerdo que precisa el concurso de la voluntad de las partes.

7. Valoración conclusiva

El conjunto de elementos analizados a lo largo de los epígrafes anteriores corroboran la significación que ostenta la Comisión Paritaria en relación con la aplicación del convenio, su interpretación, administración y gestión. Consciente de esa importancia, el legislador ha explorado distintos caminos para tratar de potenciar sus funciones, a veces en un viaje de ida y vuelta, hasta llegar a su estado de configuración actual, con un papel central de los sujetos negociadores del convenio, complementada con esa atribución legal en orden a la intervención de la Comisión Paritaria en el procedimiento de descuelgue del convenio, junto con su papel como instancia previa a la vía jurisdiccional. En este sentido, resulta sin duda reveladora la cadencia temporal, manifiestamente irregular, que se ha seguido a esos efectos, si atendemos a las sucesivas reformas actuadas en 1994, 2010, 2011 y 2012.

Bien que, como se ha tenido ocasión de desarrollar, la centralidad dispuesta sobre los sujetos negociadores del convenio en aras de completar el contenido potencial que se proyecta sobre las Comisiones Paritarias, con el solo límite legal, exige también clarificar sus funciones, delimitando claramente entre competencias administradoras y competencias negociadoras, en paralelo con el respeto obligado de las reglas de legitimación en cada caso, como hemos analizado en epígrafes precedentes. De igual modo que la eficacia de la Comisión Paritaria aparece condicionada también por la implementación de fórmulas válidas para encauzar la solución de aquellas discrepancias que puedan tener lugar en su seno, máxime respecto de las competencias de carácter negocial, sin limitarse por tanto a ver pasar por delante el conflicto que habrán de solventar otros, en cualquier caso, cada vez más ajenos al convenio. Sin embargo, para que la Comisión Paritaria aparezca dotada de las

⁸⁹ En este sentido, véase González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *op. cit.*, p. 311.

herramientas de funcionamiento a efectos de poder “asegurar” su eficiencia, debe partirse de un presupuesto cuya consecución no resulta en absoluto fácil, como es que las propias partes del convenio tengan una conciencia claramente favorable a la función trascendente que puede – y que debe – cumplir la Comisión Paritaria. Concienciación de las partes del convenio que, sin embargo, casa mal con cualquier fórmula imperativa y artificiosa patrocinada por la sola iniciativa del legislador, como se ha tenido ocasión de constatar en tiempo más o menos reciente con alguna experiencia legal, señaladamente, la implementada mediante el Real Decreto-Ley 7/2011.

En este sentido, las Comisiones Paritarias constituyen una institución demasiado “manoseada” en las últimas épocas por parte del legislador, como evidencian las últimas reformas laborales, singularmente el Real Decreto-Ley 7/2011 y la Ley 3/2012. Conclusión extensible, por lo demás, a muchas otras instituciones laborales. En el caso de la Comisión Paritaria, seguramente, como consecuencia directa – o refleja – de los cambios acaecidos en la negociación colectiva, con el cambio de régimen jurídico operado en la ultraactividad; la relegación a un papel secundario de los convenios colectivos estatales, autonómicos y provinciales, en favor de los convenios colectivos de empresa; el menoscabo consiguiente del papel de los sindicatos en el marco vigente de negociación colectiva; o la disposición de un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Sin embargo, como se ha tenido ocasión de constatar, cuando el legislador ha tratado de forzar de una manera más o menos imperativa el papel de la Comisión Paritaria, significativamente con motivo de la reforma implementada por el Real Decreto-Ley 7/2011, la institución claramente se resiente, tanto en su configuración intrínseca como en su propia funcionalidad. Consecuencia lógica si se repara en que la garantía para la virtualidad potencial de la Comisión Paritaria requiere de una aprehensión previa acerca de su importancia por parte de sus auténticos protagonistas, con su materialización correspondiente en el convenio colectivo de que se trate.

De modo que cualquier predisposición favorable a concebir la Comisión Paritaria como un instrumento útil y eficaz para consensuar soluciones pactadas, concilia mal con la incorporación de cualesquiera elementos de imposición, activándose una suerte de resistencia natural. Es por ello que las exigencias del legislador, en su proyección sobre las Comisiones Paritarias, deberían limitarse a verificar de una manera efectiva su existencia, mas sin tratar de condicionar bajo cualquier fórmula imperativa un determinado resultado. En definitiva, convencer y no imponer. En este

sentido, respecto de las Comisiones Paritarias, convendría desde luego superar definitivamente posiciones maximalistas con los referentes puestos entre lo que se ha denominado como un modelo caracterizado por el voluntario y deliberado abstencionismo legal y otro modelo donde lo que prime sea un marcado intervencionismo legal. Bien que, de decantarse por una tendencia hacia uno u otro lado, la naturaleza de la Comisión Paritaria concilia mejor con la autonomía colectiva, en detrimento de la intervención legal.

Considerando las cautelas advertidas, resulta loable como posición de principio tratar de profundizar en la diversidad de funciones de las Comisiones Paritarias, con una ampliación evidente durante los últimos tiempos, en línea con esa asunción de un protagonismo cada vez mayor. En este sentido, se ha destacado la influencia negativa que ha tenido para las Comisiones Paritarias una concepción jurisprudencial demasiado formalista a la hora de distinguir entre negociación y aplicación e interpretación⁹⁰. De igual modo que, con singular agudeza, se ha reparado también en la conveniencia de combatir el exceso de Derecho que existe en la interpretación de los convenios colectivos, una vez que, si bien constituyen desde luego un instrumento jurídico, no es menos cierto que su resultado responde asimismo a equilibrios complejos y razones extrajurídicas; circunstancias éstas que habrían de valorarse en su justa medida para caminar hacia una dirección más respetuosa con el papel de las Comisiones Paritarias⁹¹. En cualquier caso, sin abandonar esa línea de complicidad con la significación ideal que merecen las Comisiones Paritarias, el tratamiento convencional dispuesto en cada supuesto concreto, no puede deslindarse asimismo del contenido global del convenio de que se trate, apelando a esa condición del convenio colectivo como la expresión de un proceso de concesiones recíprocas.

8. Bibliografía

Alemán Páez, F., “Capítulo 10. La Administración del convenio colectivo”, en AA.VV., Lahera Forteza, J. (coord.) y Valdés Dal-Ré, F. (dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, La Ley, 2008.

Alemán Páez, F., *Las Comisiones Paritarias*, Civitas, Madrid, 1996.

⁹⁰ En este sentido, véase Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

⁹¹ Alfonso Mellado, C. L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

- Alemán Páez, F. y Rodríguez Crespo, M^aJ., “Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2005.
- Alfonso Mellado, C.L., “La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n. 34, 2006.
- Apilluelo Martín, M., *La intervención de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Supraempresarial en la Solución del Conflicto de Trabajo*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.
- Ballester Pastor, M^aA. y Altés Tárrega, J.A., “Las comisiones paritarias en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1996.
- Cavas Martínez, F., “Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 68, 2007.
- Cruz Villalón, J., “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nn. 23-24, 2011.
- Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, n. 120, 2013.
- González Ortega, S., “La comisión paritaria del convenio colectivo”, *Temas Laborales*, n. 120, 2013.
- Morales Ortega, J.M., “La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias”, *Relaciones Laborales*, nn. 23-24, 2011.
- Olarte Encabo, S., “Las comisiones paritarias y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ante los descuelgues”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nn. 9-10, 2014.
- Tarabini-Castellani Aznar, M., “Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999.
- Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (I)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003.
- Valdés Dal-Ré, F., “Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos (y II)”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003.

Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global*

José Luis GIL y GIL**

RESUMEN: En el mercado global, ha corrido una suerte diversa la aspiración a la universalidad de dos derechos especiales o estatutarios: el derecho mercantil y el derecho del trabajo. Mientras la nueva *lex mercatoria* gobierna el mercado global, solo se han dado algunos pasos, todavía tímidos, para elaborar un derecho universal del trabajo. 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. Así, la OIT ha tratado de dar una respuesta original al problema de la voluntariedad en la ratificación de los convenios que elabora. Por otro lado, en la medida en que la acción normativa de la OIT se dirige tan solo a los Estados, varios instrumentos dan testimonio de los esfuerzos de la comunidad internacional para lograr el objetivo de una conducta empresarial responsable y, en particular, el respeto por las empresas multinacionales de los derechos humanos en el trabajo.

Palabras clave: Globalización, empresas multinacionales, *Lex mercatoria*, derecho del trabajo, derecho internacional del trabajo, derechos humanos en el trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La nueva *lex mercatoria*, derecho del mercado global. 2.1. El *homo aconomicus*, protagonista de la globalización de los mercados. 2.2. El derecho objetivo del mercado global. 3. ¿Hacia un derecho universal del trabajo? 3.1. El trabajador en el mercado global. 3.2. Los derechos humanos en el trabajo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* El estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación *Comercio y justicia social en un mundo globalizado, con especial referencia a los intereses de España* (DER2013-47698-R). Una primera versión se presentó, como ponencia, en el Seminario internacional *Reflexiones sobre la globalización y la justicia social: aspectos éticos y jurídicos*, que se celebró en la Universidad de Alcalá, el 23 de octubre de 2015.

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

Globalization and universality of law: the *lex mercatoria* and the international labour law in the global market

ABSTRACT: The aspiration to universality of commercial law and labour law as two special or statutory laws has suffered a different fate in the global market. *Homo economicus* is the main player in the globalization of markets. With the advent of the global market, the economy is dissociated from politics. Multinational companies, which are the real protagonists of globalization, are not subject to international law, and move in a space inhabited only by economics rather than by politics. The new *lex mercatoria*, which is doubly non-State, because it is a transnational and a customary law, has found its expression in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, adopted by the International Institute for the Unification of Private Law in 1994, and revised in 2000 and 2010. Globalization entails advantages and disadvantages for workers. While the new *lex mercatoria* governs the global market, only a few timid steps have been taken to develop a universal labour law. In recent years, along with the traditional approach consisting of the adoption of international labour standards, the ILO has followed another functional one focused on the promotion of fundamental principles and rights at work. Thus, the ILO has sought to give an original response to the problem of voluntariness in the ratification of conventions. On the other hand, to the extent that the ILO normative action is targeted only at States, several instruments bear witness to the efforts of the international community to achieve the goal of responsible business conduct and, in particular, respect by multinational enterprises for human rights at work.

Key Words: Globalization, Multinational enterprises, *Lex mercatoria*. Labour law, International labour law, Human rights at work.

1. Introducción

Como derechos estatutarios, el derecho mercantil y el derecho del trabajo se desgajaron históricamente del derecho civil, en cuanto *ius commune*, ante la falta de idoneidad del mismo para hacer frente a las necesidades de regulación y de tutela jurídica de la actividad de los mercaderes y de la prestación de servicios de los trabajadores. Las dos ramas del derecho son especiales con respecto al derecho civil. Así, el *ius mercatorum*, *lex mercatoria* o derecho mercantil es tal no solo porque regula la actividad de los mercaderes, sino también, y sobre todo, porque es el derecho que nace de las corporaciones mercantiles, de la costumbre mercantil y de la jurisprudencia de las *curiae mercatorum*⁹². Es un derecho creado directamente por la clase mercantil, sin la mediación de la sociedad política, e impuesto a todos en nombre de una clase, no de la comunidad en su conjunto. No es el derecho del comercio. No regula todo el comercio.

De igual modo, el derecho del trabajo es un típico derecho estatutario⁹³: el derecho que regula las relaciones jurídicas en que intervienen los trabajadores dependientes, y que confiere un estatuto de protección a los destinatarios de las normas laborales. El derecho del trabajo se define como especial, con respecto al derecho civil, con referencia a una categoría de personas, y no por existir un objeto o bienes diferentes, o por concurrir actos o relaciones peculiares. Esa es la visión tradicional, que aparece ya en los estudios de la doctrina alemana de principios del siglo XX⁹⁴. Pese a su denominación, el derecho del trabajo no se ha ocupado de cualesquiera trabajos, ni ha sido el compendio de las normas que regulan el trabajo humano. El trabajo para otro no solo lo prestan los trabajadores dependientes, sino también otras personas, como los industriales, los artesanos, los médicos y abogados, o los funcionarios públicos⁹⁵. La

⁹² Galgano (1980: 11 ss. y 2010a: 248 ss.) y Galgano y Marrella (2011: 279). Acerca de la *lex mercatoria*, cfr. Galgano (2010a) y Galgano y Marrella (2011: 278 ss.).

⁹³ La expresión *derecho estatutario* puede utilizarse en dos sentidos: como derecho de una clase especial de sujetos y como derecho que confiere un estatuto de protección. A mi juicio, desde los dos puntos de vista, el derecho del trabajo es un derecho estatutario. Tal es la visión del derecho del trabajo que defendí en la memoria para los concursos de Profesor Titular y Catedrático de Universidad, y que se mantiene también en el *Prontuario de Derecho del Trabajo* (Sagardoy, Valle y Gil, 2006: 33 ss.).

⁹⁴ Así, para Sinzheimer (1927: 69), “entendemos por Derecho del Trabajo el derecho *unitario* que regula las relaciones de los trabajadores asalariados”. Asimismo, en opinión de Hueck y Nipperdey (1963: 19), “*el derecho del trabajo es el derecho especial de los trabajadores dependientes*”.

⁹⁵ Resumen del parecer de Hueck y Nipperdey (1963: 19 y 20).

situación económica y social de tales personas ha sido diferente, como también el deber de prestación de trabajo de las mismas. Según resaltaron Monitor y Nikisch, fracasó el intento de Lotmar de llevar a cabo – a principios del siglo XX – un esquema tan abstracto del vínculo laboral, que pudiese comprender todos los supuestos. En definitiva, la heterogeneidad de los posibles tipos de trabajo, así desde un punto de vista económico como jurídico, ha dificultado hasta ahora el establecimiento de unas reglas lo suficientemente homogéneas y particulares para todos los supuestos imaginables de trabajo humano. De ahí que el derecho haya tratado de forma diferenciada a unos y otros tipos de trabajo. Las personas que prestan sus servicios a los demás pueden clasificarse en dos grupos: uno, el de los trabajadores dependientes; otro, el de los trabajadores autónomos⁹⁶. La dependencia no constituye un índice de distinción de todo punto preciso, en la medida en que cualquier prestación personal de trabajo implica una cierta dependencia. Con todo, ha venido considerándose que son muy diferentes la clase y extensión de la dependencia en que se hallan un trabajador autónomo y otro dependiente. En general, los trabajadores autónomos no han requerido una regulación especial, que se aparte de la general del derecho privado⁹⁷. Por el contrario, el derecho civil de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se mostraba incapaz de hacer frente a las necesidades especiales de los trabajadores dependientes. Esto justificó el nacimiento de una nueva rama del ordenamiento: el derecho del trabajo. El artículo 35.2 CE adopta un punto de vista subjetivo, cuando señala que “la ley regulará un estatuto de los *trabajadores*”⁹⁸.

El derecho del trabajo no solo es estatutario por aplicarse a una clase especial de personas, sino por conferir un estatuto de protección a los destinatarios de las normas laborales. El derecho del trabajo ha tenido, pues, como fin esencial, dotar al trabajador de un estatuto profesional de protección, que equilibre la falta de libertad y de igualdad en que este se encuentra. Mediante la incorporación de un estatuto al contrato de trabajo, el derecho del trabajo lleva a cabo una síntesis original de los dos conceptos⁹⁹. De este modo, la noción de contrato de trabajo sirve para

⁹⁶ Sigo la argumentación de Hueck y Nipperdey (1963: 20).

⁹⁷ Eso explica el tenor de la disposición adicional primera del ET: “El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”.

⁹⁸ La cursiva es mía.

⁹⁹ Supiot (1994: 13). Para Scelle, el estatuto del trabajador resulta del convenio colectivo o del reglamento de régimen interior; el contrato de trabajo juega el papel de un “acto-condición”, que determina la aplicación de un conjunto sistemático de normas, al margen

hacer entrar, en el marco de una relación de cambio, los valores extrapatrimoniales vinculados a la persona del trabajador¹⁰⁰. Ese estatuto de protección lo han conferido, generalmente, normas de carácter heterónomo: la ley y la negociación colectiva. Desde un punto de vista técnico, la ley o el convenio colectivo actúan como fuentes de integración del contenido del contrato de trabajo¹⁰¹. La relación jurídica surge del contrato de trabajo, pero el contenido de este lo regulan, en general, la ley y el convenio colectivo. En cuanto garante de un estatuto de los trabajadores, el derecho del trabajo se ha convertido en el paradigma de protección de cuantos trabajan. El derecho del trabajo, que surgió como el derecho de una clase especial de trabajadores, tiende a aplicarse también, en ocasiones, a los trabajadores autónomos¹⁰². En un Estado social, el derecho del trabajo pugna por convertirse en el derecho común de cuantos trabajan profesionalmente, de forma dependiente o autónoma. El artículo 35.2 CE avala ese punto de vista, cuando señala que “la ley regulará un *estatuto* de los trabajadores”¹⁰³.

El derecho mercantil aspira a la universalidad. En cuanto derecho de los mercaderes, tiene la aptitud para expandirse, como derecho uniforme, más allá de los confines nacionales. Tal vocación halla un terreno abonado en la globalización, fenómeno del que ya existían precedentes, pero que se ha intensificado en los últimos años, con la caída del bloque soviético y el fin de la guerra fría. Como recuerda la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, la globalización se caracteriza por la difusión de las nuevas tecnologías, los flujos de ideas y capitales, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y sus procesos y del diálogo y, asimismo, una mayor circulación de personas, especialmente de trabajadores¹⁰⁴. Si el mercado global refuerza la aspiración a la universalidad del derecho mercantil, supone un desafío para el derecho del trabajo. Aunque el derecho del trabajo es un derecho nacional, impuesto por el Estado para hacer frente a las explotaciones e injusticias a que dio lugar la revolución industrial, se advirtió pronto la

de la voluntad de las partes del contrato: cfr. Supiot (1994: 22, nota 1, y 30). Vid., además, Supiot (dir.) (1999: 85) y, en la doctrina española, Monereo (1999: 210).

¹⁰⁰ Supiot (1994: 28).

¹⁰¹ Artículo 1258 del Código civil.

¹⁰² Así sucede, por ejemplo, en el derecho español, con el régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente: cfr. arts. 1.2 d) y 11 ss. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

¹⁰³ La cursiva es mía.

¹⁰⁴ OIT (2008), considerando. Cfr. Maupain (2005b y 2009) acerca de la declaración de 2008.

necesidad de que existiera un derecho internacional del trabajo, tanto por razones humanitarias, como prácticas, tales como el vínculo entre la justicia social y la paz universal y duradera, o la conveniencia de enmarcar la competencia económica entre los Estados¹⁰⁵. El derecho internacional del trabajo debe dar una respuesta a la globalización. Cuando se creó la OIT, el trabajo y la economía eran fundamentalmente locales y se regulaban a nivel nacional, lo que ya no es el caso¹⁰⁶.

Así las cosas, el objetivo del estudio es contraponer la suerte que corre la aspiración a la universalidad de esos dos derechos especiales o estatutarios en el mercado global. Mientras que la nueva *lex mercatoria* gobierna el mercado global (2), solo se han dado algunos pasos, todavía tímidos, para elaborar un derecho universal del trabajo (3).

2. La nueva *lex mercatoria*, derecho del mercado global

2.1. El *homo aeconomicus*, protagonista de la globalización de los mercados

Hay una aspiración a la universalidad del *homo aeconomicus* (John Stuart Mill), un “ser sin patria”, como Levin Goldschmidt había definido al mercader, que refleja una sola de las dimensiones del hombre, no el hombre en su plenitud¹⁰⁷.

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 global¹⁰⁸. En la fase originaria de la economía de mercado nacional, propia del Estado comercial cerrado de que habló Johann Fichte, las dimensiones del mercado coinciden con las del Estado. Todas las funciones económicas se

¹⁰⁵ Cfr., por todos, Servais (2011: 21 ss.) acerca de las razones por las que surgió el derecho internacional del trabajo.

¹⁰⁶ Swebston (1999: 2).

¹⁰⁷ Galgano (2010a: 273 ss.). En la escuela neoclásica de economía, se usa el modelo del *homo aeconomicus* para describir el comportamiento del *homo sapiens* o ser humano. El *homo aeconomicus* se comporta de modo racional ante los estímulos económicos. Es capaz de procesar de forma adecuada la información que conoce, y de actuar en consecuencia para obtener el bienestar más alto posible, dada la información de que dispone sobre las oportunidades y restricciones, tanto naturales como institucionales, y teniendo en cuenta su capacidad para lograr unos objetivos predeterminados. En el texto, y al igual que Galgano, utilizo el término para hacer referencia a uno solo de los atributos del ser humano, no al hombre en su integridad.

¹⁰⁸ Galgano (2010a: 273 ss. y 2010b: 74 ss.).

desarrollan en un mismo país: así sucede con la búsqueda del capital, el aprovisionamiento de las materias primas y la adquisición de la fuerza de trabajo y, además, con la organización de la producción y, en fin, con la distribución de los productos y su consumo. En la economía de mercado internacional, cuya instauración predijo ya Karl Marx, las distintas funciones económicas se disocian territorialmente: algunas se desarrollan dentro del mercado nacional, y otras más allá de los confines nacionales. Siguen siendo nacionales: la fuerza de trabajo, los capitales y la organización productiva. Pero las materias primas provienen de otros mercados, y los productos se destinan también a otros mercados. En nuestro tiempo, de mercado global, todas las funciones económicas clásicas pierden una connotación nacional. No solo las mercancías circulan más allá de los confines nacionales. La propia organización productiva y de distribución se disloca y ramifica en el extranjero¹⁰⁹. En el advenimiento del mercado global, ha contribuido no solo el crecimiento colosal de los medios de transporte a que aludía ya Engels, sino también, de forma significativa, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que han motivado las denominadas tercera y cuarta revolución industrial¹¹⁰.

En nuestros días, se ha producido el paso del capitalismo industrial al

¹⁰⁹ El mercado global es un sistema de relaciones económicas, mercantiles y financieras entre Estados enlazados por la división internacional del trabajo, que, mediante la cooperación internacional, aspira a una organización más eficiente de los factores de producción. Suele advertirse que las relaciones económicas internacionales adoptan las siguientes formas: comercio exterior (internacional), relaciones monetarias crediticias, sistema financiero mundial, movimientos de capitales e inversiones, migraciones de la mano de obra, cooperación interestatal en la producción, transferencias internacionales de ciencia y tecnología y participación en los organismos económicos internacionales.

¹¹⁰ Autores como Rifkin (2011) señalan que la fusión de la tecnología de Internet con las energías renovables dará lugar a una nueva tercera revolución industrial. Cfr. el resumen que aparece en “Jeremy Rifkin: El futuro que queremos”, en la página <http://www.un.org/es/sustainablefuture/rifkin.shtml>. La llamada cuarta revolución industrial, posterior a las que se fundamentaron en el vapor, la electricidad y la electrónica, viene de la mano de la tecnología y tiene como protagonista a la robótica: las nanotecnologías, la inteligencia artificial, los drones y las impresoras 3 D modificarán la sociedad en todas sus dimensiones y, en particular, en el ámbito laboral. En 2020, y según el foro de Davos, los autómatas y la inteligencia artificial afectarán a cinco millones de empleos: cfr. WEF (2016) y, en la prensa, Luca Costantini, “Los robots, la cuarta revolución industrial”, *El País*, 8 de febrero de 2016; Daniel Parente, “La cuarta revolución industrial no va a destruir empleo: solo lo transformará”, *El Economista*, 17 de febrero de 2016; Vicente Nieves, “La Cuarta Revolución Industrial en España: el 43% de los empleos serán robotizados”, *El Economista*, 2 de marzo de 2016, y Pablo Sempere, “Cómo afrontan las empresas la cuarta revolución industrial”, *Cinco Días*, 3 de junio de 2016.

capitalismo financiero¹¹¹. Existe una libre circulación de capitales. En el mercado global, la economía se disocia de la política¹¹². Las multinacionales de nuestro tiempo, verdaderos protagonistas de la globalización, se mueven en un espacio habitado solo por la economía, no por la política. Los juristas denuncian el repliegue de la soberanía de los Estados, como temía Fichte. Para Max Weber, el gobierno de la economía debía ser monopolio de los Estados. Sin embargo, se observa hoy el declinar del gobierno público de la economía. Se ha invertido la relación entre el mercado y el Estado. No es el Estado el que controla el mercado, sino los mercados los que coartan las decisiones de los Estados. Basta pensar, por ejemplo, en el poder de las agencias de calificación. Se observa, pues, una crisis del carácter estatal del derecho.

2.2. El derecho objetivo del mercado global

En el derecho de la sociedad posindustrial¹¹³ y del mercado global¹¹⁴, las transformaciones jurídicas se producen, no tanto por las leyes, sino por los contratos. El contrato es el instrumento principal de innovación jurídica. En la concepción clásica del derecho, el contrato no es una fuente del derecho. Ahora bien, en la economía financiera, la técnica contractual sustituye a la tecnología industrial¹¹⁵. En nuestros días, el contrato entre particulares ocupa el puesto de la ley en muchos sectores y sirve también para organizar la sociedad civil¹¹⁶. Cabe hablar de una contractualización del derecho. El beneficio se convierte en un componente del interés general. Y así, por ejemplo, se protege el consumidor para vender más, o el medio ambiente para revalorizar la propiedad. Paradigma de esa concepción es, verbigracia, el derecho de desistimiento del consumidor, que favorece las compras tanto como la rapidez en la entrega del

¹¹¹ Como se sabe, el capitalismo financiero persigue el beneficio mediante la especulación, moviendo el capital o dinero atendiendo a las tasas de interés, tipos de cambio, variaciones de precios, adquisición y venta de numerosos productos financieros y derivados financieros. Mientras que, en el capitalismo industrial y en la economía de mercado, las ganancias del empresario son la consecuencia de haber producido con eficiencia, en el capitalismo financiero se busca incrementar las ganancias mediante la especulación. Cfr. Hannoun (2008), Perulli (2008) y Maupain (2012) sobre el impacto del capitalismo financiero en el derecho del trabajo.

¹¹² Sigo a Galgano (2010a: 275 y 276, y 2010b: 73 ss.).

¹¹³ Galgano (2010a: 239 ss.).

¹¹⁴ Galgano (2010a: 242 ss.).

¹¹⁵ Galgano (2005: 24).

¹¹⁶ Galgano (2005: 105 ss. y 2010a: 244).

producto¹¹⁷.

En las últimas décadas, la comunidad internacional ha logrado un avance significativo en la unificación del derecho de contratos y en la síntesis de las reglas y principios del *common law* y del *civil law* y, dentro de este último, de las soluciones del pandectismo tardío que da origen al código civil alemán y de la tradición iusnaturalista que fundamenta el código civil francés¹¹⁸. El 11 de abril de 1980, una conferencia diplomática adoptó, en Viena, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que elaboró la United Nations Commission for the International Trade Law (UNCITRAL) o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹¹⁹. La Convención es importante, en primer lugar, porque

¹¹⁷ Cfr. el artículo 9 y siguientes de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOUE L 304, de 22 de noviembre de 2011, pp. 64-88). El derecho de desistimiento fundamenta el bien conocido lema de *El Corte Inglés*: “Si no queda satisfecho, le devolvemos su dinero”. *El Corte Inglés* señala que “El cliente es el eje central de nuestro modelo de negocio. Por eso toda nuestra estrategia comercial se desarrolla con el objetivo de conseguir su máxima satisfacción manteniendo una relación de confianza mutua”. Y, explicando el compromiso de garantía, concluye: “Este compromiso resume todos los anteriores porque con él garantizamos el producto y el servicio que ofrecemos en nuestros centros. Es el pilar sobre el que se sustenta la relación de confianza que mantenemos con nuestros clientes, y lo que nos permite mantener nuestro lema: ‘Si no queda satisfecho, le devolvemos su dinero’”. Cfr. <https://www.elcorteingles.es/informacioncorporativa/elcorteinglescorporativo/portal.do?IDM=3085&NM=3>.

¹¹⁸ Cfr. Díez-Picazo (1998: 11), quien, ya hace casi dos décadas, escribió: “Existen algunos datos que permiten entender que desde hace veinte o veinticinco años el Derecho de contratos, que, tal como quedó concebido en la codificación había gozado de una importante dosis de estabilidad, se ha puesto en movimiento e, incluso, ha entrado en ebullición”. Como pruebas de esa tendencia, mencionaba la preparación del Código de Comercio uniforme de los EE.UU., aprobado ya por un gran número de Estados; los trabajos en marcha para construir un derecho de obligaciones unitario en la entonces Comunidad Europea; los Principios de los Contratos comerciales internacionales de Unidroit, o la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías. El autor añadía: “No puede ponerse en tela de juicio el enorme vigor que en la actualidad poseen las tendencias hacia un Derecho uniforme, iniciadas después de la Primera Gran Guerra y proseguidas incesantemente tras la Segunda Guerra Mundial. La intensificación de las relaciones económicas de todo tipo por encima de los estrechos límites que significan las fronteras nacionales y lo que hoy se llama, con un nombre tal vez aparatoso, la mundialización de la economía, son factores que empujan el trabajo de construcción de un Derecho uniforme en la medida en que el Derecho es un instrumento al servicio de los intereses económicos, que trata, por supuesto, de dar a los conflictos que se puedan producir, un más justo tratamiento”.

¹¹⁹ CNUDMI (1980). El profesor Joaquín Garrigues y Díaz Cañabate, catedrático de derecho mercantil, fue el representante español en la Conferencia de las Naciones Unidas

supone el primer paso histórico de encuentro y fusión entre el *common law* y el *civil law*, los dos grandes sistemas jurídicos de la civilización occidental¹²⁰. Y, en segundo lugar, en la medida en que contiene un nuevo derecho de la compraventa y, asimismo, recoge normas formadas a su vez por criterios que arrojan una luz decisiva sobre muchas cuestiones generales del derecho de contratos, como, por ejemplo, las relativas a la formación del contrato, a la caracterización de los incumplimientos contractuales, o al sistema general de la responsabilidad contractual¹²¹. La Convención, que entró en vigor el 1 de enero de 1988, rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas, con excepción de las ventas a consumidores y las ventas de servicios, así como las ventas de tipos concretos de mercancías. La finalidad de la Convención es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a la seguridad jurídica de los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones¹²². El contrato de compraventa constituye el fundamento del comercio internacional en todos los países, con independencia de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico. Por esa razón, la Convención es uno de los instrumentos clave del comercio internacional, y la CNUDMI considera que deberían adoptarlo todos los países del mundo. La Convención sobre la Compraventa es fruto de un esfuerzo legislativo que se inició a principios del siglo XX. En su texto, se compaginan cuidadosamente los intereses del comprador con los del vendedor. Además, la Convención ha inspirado reformas del derecho de los contratos en varios países. Los Estados que adoptan la Convención disponen de una legislación moderna y uniforme

sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, que se celebró en Viena, el 10 de marzo de 1980. España ratificó la Convención el 24 de julio de 1990, y entró en vigor el 1 de agosto de 1991. En la actualidad, son parte 85 Estados: cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (página visitada el 17 de abril de 2016). Existe una vasta literatura jurídica acerca de la Convención, que puede consultarse en www.unilex.info. Cfr., por todos, Díez-Picazo (dir. y coord.) (1998), Illescas y Perales (2003: 79 ss.), Bonell (2006: 319 ss.), Viguri (2007) y Galgano y Marrella (2011: 421 ss.). Cfr. en NUDMI (2012) un compendio de jurisprudencia. Cabe mencionar también, como instrumentos pertinentes, la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en 1974, en Nueva York, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, adoptada en 2005, en Nueva York.

¹²⁰ Díez-Picazo (2007: 50).

¹²¹ Díez-Picazo (1998: 12).

¹²² En lo que sigue, recojo el resumen que aparece en la página de la UNCITRAL. Cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

que rige la compraventa internacional de mercancías, y que se aplica a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados Contratantes. En tales casos, la Convención se aplica directamente, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional. Además, la Convención puede aplicarse a un contrato de compraventa internacional de mercaderías cuando, en virtud de las reglas de derecho internacional privado, la ley aplicable al contrato sea la de un Estado Contratante, o cuando las partes hayan convenido en ello, con independencia de si sus respectivos establecimientos se encuentren en un Estado Contratante. En tal caso, la Convención prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación, habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo. Por último, las pequeñas y medianas empresas y los comerciantes de países en desarrollo suelen tener poco acceso a asesoramiento jurídico al negociar un contrato. Esto los hace más vulnerables a los problemas causados por los contratos que no regulan adecuadamente las cuestiones de la ley aplicable. Esas empresas y esos comerciantes también pueden encontrarse en situación de desventaja como partes contratantes y experimentar dificultades por la falta de equilibrio entre las partes. Por consiguiente, esos comerciantes se beneficiarían especialmente de la aplicación a título supletorio del régimen equitativo y uniforme de la Convención a los contratos que entraran en su ámbito de aplicación.

Por otra parte, en las organizaciones internacionales de integración, se han logrado también algunos avances en la armonización del derecho de contratos. Así, descartada la idea de un Código civil para Europa, la Unión Europea ha dado los primeros pasos para la armonización del derecho de contratos, sobre todo en lo que hace a la protección de los consumidores y las ventas electrónicas¹²³. En este sentido, cabe mencionar la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹²⁴, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las

¹²³ Acerca de la armonización del derecho de contratos en la Unión Europea, cfr. Vareilles-Sommières (dir.) (1998), Jamin y Mazeaud (dirs.) (2001), Díaz Romero y otros (coords.) (2008), Somma (2008), Bosch (dir.) (2009), Albiez Dohrmann (dir.) y Palazón y Méndez (coords.) (2011) y Brun (2012) y, asimismo, http://ec.europa.eu/justice/contract/index_es.htm.

¹²⁴ DOUE L 304, de 22 de noviembre de 2011, pp. 64-88.

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹²⁵, y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹²⁶, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles¹²⁷, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, sobre contratos celebrados a distancia¹²⁸. Para la evolución del régimen del comercio electrónico en la Unión Europea, revisten también una relevancia particular dos propuestas recientes de directiva, de 9 de diciembre de 2015¹²⁹: una, sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales¹³⁰, y otra, sobre compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹³¹. Ese enfoque supone el abandono del que inspiró la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), de 11 de octubre de 2011¹³², y siguen la vía tradicional de armonización, mediante directivas, de las legislaciones estatales en materia de consumo. Aun así, las propuestas de directiva llevan a cabo una armonización plena, como la Directiva 2011/83/UE, de modo que, en las materias que contemplan, impedirían el mantenimiento o adopción de disposiciones nacionales que establecieran un nivel diferente de protección de los consumidores.

Con todo, la escena jurídica de nuestro tiempo no la dominan los convenios internacionales de derecho uniforme, ni las directivas de armonización del derecho en la Unión Europea, sino la circulación

¹²⁵ DOCE n. L 095, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34.

¹²⁶ DOCE n. L 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16.

¹²⁷ DOCE n. L 372, de 31 de diciembre de 1985, pp. 31-33.

¹²⁸ DOCE n. 144, de 4 de junio de 1997, pp. 19-27.

¹²⁹ http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm.

¹³⁰ Comisión Europea (2015a).

¹³¹ Comisión Europea (2015b).

¹³² Comisión Europea (2011). La propuesta de reglamento relativa a la normativa común de compraventa europea (CESL), que adoptaron el Parlamento Europeo y el Consejo, y que enmendó el Parlamento Europeo en virtud de Resolución Legislativa de 26 de febrero de 2014, suponía una oportunidad de avance en la necesaria unificación del derecho privado europeo. La propuesta nació bajo las reglas de subsidiariedad y proporcionalidad que establecía el artículo 5 del TUE. Se trataba de una “normativa adaptada” a las especiales circunstancias del comercio internacional y al estado de integración del proceso regional acometido en el seno de la Unión Europea. Por eso, no pretendía unificar *stricto sensu* la reglamentación contenida en los derechos nacionales, sino “crear un corpus uniforme y autónomo de normas de derecho contractual” en la materia. Cfr. Vaquer, Bosch y Sánchez (eds.) (2015).

internacional de los modelos contractuales uniformes¹³³. Así pues, ¿quién crea e impone el derecho objetivo del mercado global? La nueva *lex mercatoria* es un derecho consuetudinario, creado por la *societas mercatorum* o *business community* (función de normación) y aplicado por las cámaras arbitrales internacionales (función de justicia). La nueva *lex mercatoria* es doblemente extraestatal, porque se trata de un derecho transnacional y de un derecho consuetudinario¹³⁴. De este modo, se produce una crisis del carácter estatal de la ley. A diferencia de cuanto sucedía con el dogma del carácter estatal del derecho, la fuente más importante de ese derecho objetivo del mercado global no es tanto la ley de los Estados, ni siquiera los convenios internacionales de derecho uniforme, sino los principios generales del derecho, que recogen el derecho consuetudinario creado por la *societas mercatorum*. Ese derecho por principios, en cuya elaboración ha colaborado la doctrina, ha hallado su plasmación en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 1994, y revisados en 2004 y 2010¹³⁵. Los principios de Unidroit desarrollan numerosas funciones, que van más allá de las que anuncia, de manera oficial, el preámbulo¹³⁶: son derecho aplicable *tout court* al fondo de las controversias transnacionales; un instrumento de interpretación o integración del derecho aplicable; un instrumento de interpretación del derecho internacional uniforme; una fuente de conocimiento o instrumento de codificación de la nueva *lex mercatoria*; un modelo para el legislador nacional o para las Convenciones internacionales; una enunciación de algunos principios generales de derecho ex artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; una guía para la redacción contractual; un esperanto de comunicación jurídica; un instrumento

¹³³ Cfr. Galgano (2010a: 245), quien considera que tienen una importancia limitada los instrumentos internacionales de derecho uniforme, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹³⁴ Galgano (2010a: 284) y Galgano y Marrella (2011: 282).

¹³⁵ Unidroit (2010). Las versiones en las lenguas oficiales, entre las que se encuentra el castellano, pueden consultarse en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>. Los trabajos preparatorios se recogen en <http://www.unidroit.org/preparatpry-principles-2010>. Acerca de los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional, cfr., por todos, AA.VV. (1998), Alvarado et alii (2003), Galgano (2005: 72 ss.), Bonell (2006), Ferrer y Martínez (dirs.) (2009) y Galgano y Marrella (2011: 287 s.s.). Cfr. Osman (1992) sobre los principios generales de la *lex mercatoria*. Para mayores referencias bibliográficas, cfr. www.unilex.info.

¹³⁶ Recojo las observaciones de Galgano y Marrella (2011: 287 y 288). Cfr., asimismo, Bonell (2006: 185 ss.) acerca de las distintas posibilidades de uso de los Principios de Unidroit.

didáctico y, en fin, un instrumento para la determinación de los usos del comercio internacional. Así, los principios de Unidroit recogen principios de justicia material, como la *gross disparity* o excesiva desproporción (3.2.7) o el *hardship* o excesiva onerosidad (6.2.2), desconocidos en los derechos nacionales e inspirados en exigencias de equidad contractual y de equilibrio entre las partes contrayentes¹³⁷. De este modo, un laudo arbitral que aplica la nueva *lex mercatoria* puede proteger al contratante débil de forma más intensa que una sentencia que aplica la ley nacional. En gran medida, la sociedad global es una *societas sine lege*, pero no una *societas sine iure*¹³⁸. En suma, la nueva *lex mercatoria* recoge principios generales del derecho, universalmente reconocidos¹³⁹. De ahí la importancia de los esfuerzos que ha desplegado la doctrina en la elaboración, por ejemplo, de los *Principles of European Contract Law (PECL) (Principios de Derecho Europeo de Contratos)*¹⁴⁰, y del *Draft Common Frame of Reference (DCFR) (marco común de referencia)* del derecho privado europeo¹⁴¹.

¹³⁷ Galgano (2005: 76 ss. y 2010a: 285 ss.) y Galgano y Marrella (2011: 283 y 287 ss.). También Díez-Picazo (1998: 11) subraya que el encuentro entre el *common law* y el *civil law* “es extraordinariamente fructífero porque determina soluciones que presentan una indiscutible novedad. La correlación de las fuerzas de origen hace que el segmento que resulta, no coincida enteramente con la trayectoria de ninguna de ellas y que aparezca de este modo un Derecho que parece más vivo y más enraizado en las necesidades y en los problemas cotidianos”.

¹³⁸ Galgano (2010b: 104).

¹³⁹ Galgano (2010a: 283).

¹⁴⁰ Lando y Beale (eds.) (1995 y 2000) y Lando, Clive, Prüm y Zimmerman (eds.) (2003). Los PECL, que elaboró la Comisión de Derecho Europeo de Contratos, más conocida como “Comisión Lando”, se dividen en tres partes y se han publicado en dos volúmenes. El primer volumen, aparecido en 1995 y 2000, incluye las partes I y II, y versa sobre disposiciones generales, formación de los contratos, representación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento, incumplimiento y remedios frente al incumplimiento del contrato. El segundo volumen se publicó en 2003, y recoge la parte III, relativa a pluralidad de sujetos, cesión de créditos, sustitución del deudor, cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización del interés. Así pues, la obra es una teoría general del contrato, y no una “parte especial” de contratos específicos. Los PECL se han publicado también en castellano y francés: cfr. Barres, Embid y Martínez Sanz (2003 y 2007) y Rouhette (2003). Acerca de los PECL, cfr., en especial, Díez-Picazo, Roca y Morales (2002), Prieto (dir.) (2003), Rémy-Corlay y Fonullet (dirs.) (2003), Ferrer y Martínez (dirs.) (2009) y Redondo (2010).

¹⁴¹ Bar, Clive y Schulte-Nölke (eds.) (2009a y 2009b). Hay una versión al castellano de los libros II y IV del Marco Común de referencia: cfr. Vaquer, Bosch y Sánchez (coords.) (2012). Acerca del marco común de referencia del derecho privado europeo, cfr. Fauvarque-Cosson y Mazeaud (coords.) (2008a y 2008b) y Redondo (2010).

3. ¿Hacia un derecho universal del trabajo?

3.1. El trabajador en el mercado global

Para los trabajadores, la globalización comporta ventajas e inconvenientes¹⁴². El proceso de cooperación e integración económicas ha ayudado a que algunos países se beneficien de altas tasas de crecimiento económico y creación de empleo. Además, esas naciones han sido capaces de incorporar a muchos pobres de las zonas rurales en la economía urbana moderna, mientras progresan en relación con sus objetivos de desarrollo y fomentan la innovación en la elaboración de productos y la circulación de ideas. Por otra parte, la integración económica mundial ha llevado a muchos países y sectores a hacer frente a grandes desafíos en lo relativo a la desigualdad de ingresos, altos niveles de desempleo y pobreza persistentes y vulnerabilidad de las economías ante las crisis externas. Asimismo, la globalización ha contribuido al aumento tanto del trabajo no protegido como de la economía informal. Todos esos cambios han modificado profundamente el mundo del trabajo, la relación laboral y la protección que esta puede ofrecer. A su vez, la capacidad para elaborar un programa coherente de política nacional depende de factores y fuerzas de carácter internacional. Así, las presiones competitivas del mercado internacional limitan el alcance de la política social nacional.

En el plano individual, el trabajador es una persona ligada a un Estado por el vínculo de la nacionalidad. En las organizaciones supranacionales de integración, como la Unión Europea, se ha puesto en marcha la construcción de una ciudadanía europea¹⁴³. En el plano universal, se ha regulado la migración de los trabajadores, tanto en el seno de la OIT¹⁴⁴

¹⁴² Cfr., en particular, OIT (2008), considerando, y, asimismo, OIT (2014a: 9 y 10).

¹⁴³ Artículo 18 y ss. TFUE.

¹⁴⁴ 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 migrantes. En efecto: en 1949, la OIT adoptó el Convenio n. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado) y la Recomendación n. 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 Convenio sobre los

como de la ONU¹⁴⁵. No existe un derecho a la libre circulación de los trabajadores en el mercado global. Tan solo los asilados gozan de un trato de favor en el acceso al mercado de trabajo¹⁴⁶. La libertad de circulación de los trabajadores se reconoce tan solo como derecho en el ordenamiento jurídico de organizaciones de integración como la Unión Europea¹⁴⁷. De entre los trabajadores que aspiran a emigrar, los Estados tratan de seleccionar los altamente cualificados¹⁴⁸, o aquellos que prestan servicios o se ocupan de tareas que no realizan los nacionales de los Estados que demandan la mano de obra. Se da la paradoja de que tienen mayor libertad de circulación las personas que los trabajadores. El turista se desplaza con gran libertad en un mundo sin fronteras.

En el plano colectivo, los trabajadores se han agrupado en organizaciones sindicales internacionales. A lo largo del siglo XX, las distintas corrientes obreras (socialistas, social-demócratas, anarquistas, comunistas, cristianos, trotskistas, autónomos) se organizaron internacionalmente mediante federaciones generales mundiales y regionales, y también mediante federaciones por sectores de actividad. En los comienzos del siglo XXI, existían tres grandes federaciones sindicales mundiales: la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), mayoritaria y de origen socialista y social demócrata; la Confederación Mundial del Trabajo (CMT), de inspiración cristiana, y la Federación Sindical Mundial (FSM), de ideología comunista. Terminada la guerra fría, esas tres grandes federaciones internacionales iniciaron conversaciones para fusionarse. El

trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (n. 143) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (n. 151). En fin, mediante el marco multilateral no vinculante para las migraciones laborales, de 2005, la OIT completa las aportaciones de los Convenios n. 97 y n. 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, de 1990: cfr. OIT (2005) y, asimismo, OIT (1999, 2004 y 2016) y Gil (2009 y 2014a).

¹⁴⁵ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Cfr. Ushakova (2014).

¹⁴⁶ La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implica la autorización de residencia y de trabajo permanente.

¹⁴⁷ Artículo 45 y ss. TFUE.

¹⁴⁸ Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado y, en el derecho español, artículo 85 y ss. del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

31 de octubre de 2006, la CIOSL y la CMT se disolvieron y crearon, con otras federaciones nacionales independientes, la Confederación Sindical Internacional (CSI).

La estructura tripartita de la OIT, única entre las organizaciones internacionales, permite la cooperación entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y empresarios en la promoción del progreso social. De este modo, junto con los Estados y los representantes de los empresarios, los representantes de los trabajadores participan en la elaboración y aprobación de los instrumentos del derecho internacional del trabajo. Cabe pensar que difícilmente se lograría hoy esa concesión, de haberse negociado ahora la creación de la OIT, no solo porque la OIT la crearon países desarrollados, con una tradición de reconocimiento de los derechos de los trabajadores y empresarios, sino también porque no se dan ya las circunstancias que posibilitaron, al fin de la primera guerra mundial, ese gesto hacia los trabajadores y empresarios que rompe con el monopolio de los Estados en la creación de normas. Ahora bien, la estructura se fundamenta en la mera agregación de representantes de los trabajadores y empresarios de cada Estado. No hay una representación de los intereses universales de los trabajadores o de las necesidades de los empresarios. A diferencia de cuanto sucede, por ejemplo, en los Consejos Económicos y Sociales, tampoco están representados otros protagonistas de la economía, o los representantes de la economía social, o de la sociedad civil (verbigracia, las ONGs).

Aunque las empresas multinacionales no se hallan representadas –de forma específica– en la OIT, depende de ellas, en buena medida, el logro de un trabajo decente y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el mundo. Las empresas multinacionales, verdaderos protagonistas de la globalización, no son sujetos de derecho internacional¹⁴⁹. La actividad de las empresas multinacionales puede regularse tanto desde el punto de vista del Estado en que se lleva a cabo (*host country control*), como del Estado de origen de la empresa (*home country*

¹⁴⁹ Como se sabe, cabe distinguir entre la personalidad jurídica primaria y derivada en el derecho internacional. Tienen personalidad jurídica primaria los Estados, como sujetos soberanos, con personalidad plena. Poseen una personalidad derivada o secundaria los sujetos no soberanos: las organizaciones internacionales intergubernamentales, con una subjetividad funcional, limitada a la esfera de sus competencias. Como regla general, los individuos tienen una subjetividad jurídica muy limitada. Aparte de ser titulares de derechos, como en el ámbito de los derechos humanos, los individuos pueden ser responsables de violaciones graves del derecho internacional, como sucede en el caso de los crímenes contra la humanidad. Desde esa perspectiva, las empresas multinacionales no son sujetos de derecho internacional.

control)¹⁵⁰. Desde hace tiempo, la doctrina debate si es posible encaminarse a una responsabilidad internacional de los sujetos no estatales, como las empresas multinacionales¹⁵¹. Las empresas multinacionales contribuyen a la creación del derecho en la nueva *lex mercatoria*, operan con libertad en el mercado global y tienen en cuenta, para adoptar la decisión de establecerse en un país o deslocalizar la producción a otro, no solo las ventajas fiscales o la existencia de verdaderos paraísos fiscales, sino también la permisividad y el grado de rigidez de las legislaciones laborales de los distintos Estados¹⁵². Esa es la perspectiva que adoptaban los muy discutidos indicadores *doing business* del Banco Mundial, en lo que hacía a los parámetros sobre la rigidez del mercado de trabajo¹⁵³. En la actualidad, por ejemplo, empresas transnacionales o globales como Amazon o Uber, exponentes del sector tecnológico o de la economía colaborativa, pueden revolucionar el derecho y tratan de obviar las trabas en la regulación administrativa, fiscal y laboral de los distintos Estados. También pueden aprovechar el *shopping* de los derechos humanos en el trabajo¹⁵⁴.

En ese contexto darwinista de *global race* y de “guerra de la competitividad”¹⁵⁵, el papel del Estado se limita, en muchos casos, a la única posibilidad de adherirse a la *race to the bottom* impuesta o sugerida por el pensamiento neoliberal, por algunas organizaciones internacionales y por las agencias de calificación de la deuda pública.

3.2. Los derechos humanos en el trabajo

Mientras la nueva *lex mercatoria* gobierna el mercado global, solo se han dado algunos pasos, todavía tímidos, para elaborar un derecho universal del trabajo. Así, cabe plantearse cuestiones tales como la relevancia de los instrumentos de *hard law* y *soft law* en la materia, si es posible un paso del *self-service* normativo a un orden público social internacional, el papel de los Estados de origen y destino en el control de las empresas multinacionales, o el mejor modo de asegurar que las empresas multinacionales respeten

¹⁵⁰ Galgano y Marrella (2011: 896 ss.).

¹⁵¹ Cfr., por todos, Galgano y Marrella (2011: 903 ss), Francioni (2007) y Martin-Chemut y Devaux (2015), Bourdon y Pochet (2015), Delmas-Marty (2015).

¹⁵² Cfr., por todos, Flanagan (2006: 118 ss.) y Ermida (2007).

¹⁵³ Cfr. Maupain (2012: 89 ss.), Debido a las críticas, en las últimas ediciones del *doing business*, los indicadores sobre la contratación de los trabajadores se han suprimido de la clasificación sobre la facilidad para hacer negocios, aunque figuran todavía en el cuerpo del análisis.

¹⁵⁴ La expresión *shopping dei diritti umani* aparece en Galgano y Marrella (2011: 899).

¹⁵⁵ Al respecto, cfr. Supiot (2016: 505 ss.).

los derechos humanos en el trabajo¹⁵⁶.

El derecho internacional del trabajo que elabora la OIT ha debido afrontar dos problemas: el primero deriva del carácter voluntario de la ratificación de los convenios, y el segundo, del hecho de que los instrumentos tienen como destinatarios a los Estados, y no a las empresas multinacionales, de las que depende, en gran medida, el logro de un trabajo decente y el respeto de los derechos humanos de los trabajadores en el mundo. Mediante la Declaración de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la OIT ha tratado de dar una respuesta original al problema de la voluntariedad en la ratificación de los convenios¹⁵⁷. Por otro lado, en la medida en que la acción normativa de la OIT se dirige tan solo a los Estados, y no a las empresas multinacionales, la comunidad internacional se ha esforzado por lograr el objetivo de una conducta empresarial responsable en un mundo globalizado y, en particular, el respeto por las empresas multinacionales de los derechos humanos en el trabajo.

Para el logro de la justicia social, la OIT dispone de la acción normativa como medio principal. La acción normativa es el proceso mediante el cual la OIT plasma sus objetivos, fines y principios constitucionales 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 interno. La pertenencia a la OIT no conlleva la obligación de ratificar tal o cual convenio. En efecto, descartado el artículo 18 de la propuesta británica sobre la que trabajó la comisión de legislación internacional del trabajo, y que preveía la adopción de convenios obligatorios para todos los Estados miembros, la Constitución de la OIT establece el carácter voluntario de la ratificación de los convenios y permite lo que se ha llamado un *self-service* o un *pick and choose* normativo. Pues bien, 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.

Desde un punto de vista jurídico, la afirmación progresiva de la mayor

¹⁵⁶ Cfr., entre otros, Swepton (2005), Heppel (2007) y Gravel, Kohiyama y Tsotroudi (2011) y, asimismo, para mayores detalles, Gil (2015).

¹⁵⁷ Acerca del primer problema, cfr. Gil (2014b y 2015) para más detalles y referencias bibliográficas. Recojo ahora las líneas esenciales de esos trabajos.

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.

Como consecuencia de la globalización, se ha reforzado el papel de la OIT en la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador¹⁵⁸. 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 económica¹⁵⁹. 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. A tal fin, la OIT adopta la Declaración de 1998. La característica esencial del documento es la universalidad. 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). De forma original, sin romper la igualdad formal de todos los convenios que establece el artículo 19 de la Constitución, la Declaración pone en entredicho el dogma de la voluntariedad en la ratificación de los convenios, e impone a los Estados el respeto de ciertos principios y derechos fundamentales en el trabajo, por el mero hecho de pertenecer a la OIT, hayan ratificado o no los convenios que los desarrollan. Tales principios y derechos fundamentales 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

¹⁵⁸ Rodríguez-Piñero (1999: 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.

¹⁵⁹ Cfr. Gil (2014b y 2015: 30 ss.) y los autores que cita.

forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 2)¹⁶⁰. 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. El mérito de la Declaración consiste en haber roto con el *self service* normativo, que autoriza el sistema de ratificaciones. La Declaración ha influido también en el contenido de las cláusulas sociales de los acuerdos de libre comercio¹⁶¹. Así pues, 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.

Poco a poco, la OIT ha distinguido tres categorías de convenios: fundamentales, prioritarios y técnicos. La Declaración de 1998 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

¹⁶⁰ Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n. 98); el trabajo forzoso, 1930 (n. 29); la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n. 105); la edad mínima, 1973 (n. 138); las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n. 182); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n. 111), y la igualdad de remuneración, 1951 (n. 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 (1999: 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 (1999: 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.

¹⁶¹ Acerca de los aspectos sociales de los acuerdos de libre comercio, cfr. Dubin (2003), Vega (2004), Doumbia-Henry (2006), Bourgeois, Dawar y Evenett (2007), Ebert y Posthuma (2009), Häberli, Jansen y Monteiro (2012), Siroën (2013), OIT (2015) y Agustí-Panareda, Ebert y LeClercq (2015).

derechos¹⁶². Por su parte, la Declaración de 2008 destaca la importancia de los convenios prioritarios en el terreno de la gobernanza¹⁶³. El resto de convenios tiene un carácter técnico. Conviene destacar que 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. 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. 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

¹⁶² Cfr. Maupain (2005a: 23 y 2009: 25). 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)].

¹⁶³ 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 trabajo. Así, el grupo de los cuatro convenios prioritarios, denominados “de gobernanza”, se sitúa tras los ocho convenios fundamentales y precede al resto de instrumentos “técnicos”. A partir de la Declaración de 1998, y como ya se ha indicado, 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 (2002), párrafos 4 y siguientes. Para los demás 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 (n. 81), el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (n. 122), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (n. 129), y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (n. 144), así como las normas que se indiquen en futuras listas actualizadas.

un orden público social internacional. Al constituir 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.

Por otro lado, la acción normativa de la OIT se dirige tan solo a los Estados, y no a las empresas multinacionales¹⁶⁴. De ahí la importancia del respeto, por parte de las empresas multinacionales, de los derechos humanos de los trabajadores. Hasta ahora, a falta de otros instrumentos más coercitivos, poseen relevancia los mecanismos voluntarios de *corporate social responsibility* (CSR) o responsabilidad social corporativa (RSC) o de la empresa (RSE)¹⁶⁵. Los códigos de conducta, que unas veces provienen “desde arriba” y otras “desde abajo”, son, en principio, instrumentos de *soft law* de carácter no vinculante. Pueden clasificarse según su fuente, objeto y finalidad. Los hay de origen o imposición estatal, interestatal, no estatal y, asimismo, individuales¹⁶⁶. En lo que hace a los códigos de origen interestatal, varios instrumentos de *soft law* dan testimonio de los esfuerzos de la comunidad internacional por lograr el objetivo de una conducta empresarial responsable y, en particular, el respeto por las empresas multinacionales de los derechos humanos en el trabajo¹⁶⁷: la Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, el Pacto Mundial (Global Compact) de las Naciones Unidas, los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas y las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Según la interpretación mayoritaria, esos instrumentos de *soft law* promueven códigos de conducta carentes de eficacia obligatoria en el plano intergubernamental, al tratarse de actos no vinculantes, que indican directrices o estándares de comportamiento de carácter voluntario para los destinatarios reales: las empresas multinacionales como sujetos no

¹⁶⁴ Cfr., por todos, Hepple (2007: 224) y Bories (2013). Como luego veremos, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social es un instrumento *sui generis*, porque se dirige a las empresas multinacionales, a los Estados y a los empresarios y trabajadores: cfr. OIT (2006).

¹⁶⁵ Cfr., en particular, Hepple (1999), Boiral (2003), Napoli (dir.) (2005), Baylos (2005), Goldin (2007), Perulli (2007: 123 ss.), Ceinos y González-del Rey (2008), Molina (2008), O. Maurel (2008 y 2009), Mendoza (2010), Rodotà (2010), Sanguinetti (2010), Servais (2011), Overland (2011), Daugareilh (dir.) (2011) y Daugareilh (2015).

¹⁶⁶ Cfr., por todos, Galgano y Marrella (2011: 907 ss.).

¹⁶⁷ Cfr. una visión de conjunto del problema en Blanpain y Colucci (2004), Perulli (2007: 123 ss.), Sanguinetti (dir.) (2014) y Sanguinetti (2015).

estatales¹⁶⁸. Resulta evidente que una regulación adecuada de la actividad global de las empresas multinacionales solo puede fijarse a través de un convenio interestatal multilateral con vocación universal. Hasta el momento, han fracasado los intentos de elaborar una disciplina internacional de *hard law*¹⁶⁹. Con todo, no puede minusvalorarse la relevancia jurídica de los mecanismos de autolimitación y autodisciplina de las empresas multinacionales, que contribuyen a la consecución privada de intereses de índole colectiva, y que, a veces, se hallan sometidos a la certificación voluntaria de entes privados¹⁷⁰, en general transnacionales, tales como *Social Accountability International* (SAI)¹⁷¹ o *Fair Labor Association* (FLA)¹⁷².

En cuanto organismo especializado de la ONU en las cuestiones laborales, la OIT asumió un papel pionero en la promoción de una conducta responsable de las empresas multinacionales. En la década de los años 60 y 70 del siglo XX, 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 deben 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 OIT de orientaciones internacionales en lo

¹⁶⁸ Otros autores, como Bories (2013: 464), analizan la cuestión como un supuesto de participación de las empresas multinacionales en la elaboración del derecho internacional del trabajo. Desde ese punto de vista, muy discutible, los códigos de conducta serían una manifestación de la actividad normativa de las empresas multinacionales y constituirían una normatividad privada transnacional. Con cita de Santi Romano, la autora sostiene que cada empresa transnacional se dotaría de una *lex laboris* o un ordenamiento jurídico propio. Cfr. Gil (1994: 42 ss) para una crítica del institucionalismo ordinamental como fundamento del poder disciplinario del empresario.

¹⁶⁹ Galgano y Marrella (2011: 895).

¹⁷⁰ Boiral (2003).

¹⁷¹ La Social Accountability 8000 (SA8000) es una certificación voluntaria, creada por la organización estadounidense Social Accountability International (SAI) o Responsabilidad Social Internacional, con el propósito de promover los derechos humanos en el trabajo en el mundo. La SA8000 exige unas condiciones mínimas para alcanzar un ambiente de trabajo seguro y saludable, que se basan en los Convenios de la OIT y los instrumentos de derechos humanos de la ONU: además de los cuatro derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998, incluye la seguridad y salud laboral, las sanciones disciplinarias, la jornada de trabajo, el salario y el sistema de gestión de la empresa. Cfr. SAI (2014 y 2016) y una información detallada en <http://www.sa-intl.org/>.

¹⁷² Cfr. FLA (2014) y una información completa en <http://www.fairlabor.org/>.

tocante a los asuntos de su incumbencia se plasmó en la adopción, en 1977, por el Consejo de Administración de la OIT, de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, que se ha enmendado en 2000 y 2006¹⁷³. La Declaración es un instrumento *sui generis*. En primer, se dirige a las empresas multinacionales y, asimismo, a los Estados y a los empresarios y trabajadores. En segundo lugar, la declaración la adoptó el Consejo de Administración de la OIT, a diferencia de cuanto sucede con los instrumentos normativos clásicos, los convenios y recomendaciones, que adopta la Conferencia Internacional del Trabajo¹⁷⁴. Los principios que establece 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. En definitiva, a fin de potenciar la contribución que las empresas multinacionales pueden hacer al desarrollo económico y social, así como de reducir al mínimo y solucionar las dificultades a las que puedan dar lugar sus diversas actividades, la Declaración sobre las empresas multinacionales de la OIT ofrece recomendaciones a los gobiernos, las empresas multinacionales y las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre políticas generales, empleo, condiciones de trabajo y de vida y relaciones industriales, si bien haciendo las correspondientes distinciones entre sus respectivas funciones y responsabilidades. También son pertinentes, al respecto, la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos en el trabajo, de 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008¹⁷⁵.

El Pacto Mundial (*Global Compact*) es un instrumento de las Naciones Unidas, cuya creación anunció el secretario general de la ONU en el Foro Económico Mundial o Foro de Davos, en su reunión anual de 1999, y que se adoptó de forma oficial el 26 de julio de 2000, en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas¹⁷⁶. Con el fin de dar una cara humana a la

¹⁷³ Cfr. OIT (2006). La Declaración tripartita la adoptó el Consejo de Administración de la OIT en su 204ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y la enmendó en su 279ª reunión (Ginebra, noviembre de 2000) y en su 295ª reunión (marzo de 2006). Acerca de la Declaración, cfr. Günter (1981a y 1981b), Morgenstern (1983), Servais (2010: 112 y 113 y 2011: 98 ss.), C. Maurel (2011) y OIT (2014b).

¹⁷⁴ Maupain (2012: 54), nota 67.

¹⁷⁵ OIT (1998 y 2008).

¹⁷⁶ Cfr., por todos, Servais (2010: 113 y 114) y Galgano y Marrella (2011: 924 ss.).

globalización, el Pacto promueve el diálogo social para la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas con los valores y demandas de la sociedad civil, los proyectos de la ONU, los planteamientos de los sindicatos y ONGs. El Pacto aborda el papel de las empresas multinacionales en la definición de un nuevo modelo de desarrollo, sostenible no solo desde el punto de vista ambiental, sino también en sentido social, fundado en la integración de las exigencias del mercado y el respeto de algunos principios fundamentales. El Pacto Mundial se basa en diez principios. Los dos primeros se ocupan de los derechos humanos (*Human rights*)¹⁷⁷. Además, cuatro de los principios se refieren, de forma explícita, al trabajo (*Labour*), y reproducen el contenido de la Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁷⁸. El resto de los principios alude al medio ambiente (*Environment*) y a la lucha contra la corrupción (*Anti-Corruption*). El Pacto Mundial de las Naciones Unidas ha tenido una gran acogida entre empresas, sindicatos, entidades educativas y ONGs. Aun así, también ha recibido críticas, por no tener carácter obligatorio. El Pacto Global es un instrumento de libre adhesión para las empresas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, para aplicar los diez Principios que lo integran en sus estrategias y operaciones. La entidad que se adhiere al Pacto Global asume voluntariamente el compromiso de aplicar los diez Principios en sus actividades cotidianas y rendir cuentas a la sociedad, con publicidad y transparencia, de los progresos que realiza en ese proceso de aplicación, mediante la elaboración de Informes de Progreso. El Pacto Mundial contempla un Marco de Derechos Humanos, sobre el cual se estructura una serie de elementos fundamentales, entre los que se encuentra, por ejemplo, el relativo a las empresas multinacionales. Seis organismos especializados de las Naciones Unidas conforman la Oficina del Pacto Global: la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización de las Naciones Unidas

¹⁷⁷ En la versión inglesa, los principios rezan: “Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights” (Principle 1), y “make sure that they are not complicit in human rights abuses” (Principle 2).

¹⁷⁸ “Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining” (Principle 3); “The elimination of all forms of forced and compulsory labour” (Principle 4); “The effective abolition of child labour” (Principle 5), y “The elimination of discrimination in respect of employment and occupation” (Principle 6).

para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹⁷⁹.

En los últimos años, se han abierto diálogos y debates profundos entre los Estados, la comunidad empresarial y la sociedad civil en defensa de los derechos humanos. El profesor John Ruggie, entonces Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, trató de reflejar las conclusiones de esas discusiones y, con el fin de responder mejor a los desafíos que plantean las empresas en el ámbito de los derechos humanos, propuso el Marco de las Naciones Unidas “proteger, respetar y remediar”, que acogió de forma unánime, el 18 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹⁸⁰. El marco se basa en tres pilares: el deber del Estado de proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, con inclusión de las empresas, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa intervenir con la debida diligencia para evitar la violación de los derechos de otros; y un mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, tanto judiciales como extrajudiciales. Más tarde, el Consejo de Derechos Humanos adoptó por unanimidad, en 2011, los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas¹⁸¹. El documento define responsabilidades y aporta directrices para desplegar el marco internacional aprobado previamente de forma eficaz, y con el objeto de prevenir y remediar las consecuencias adversas de las actividades empresariales para los derechos humanos. Se constituyó además un Grupo de Trabajo (GT), encargado de promover su divulgación e implantación, por un lado, y la identificación e intercambio de buenas prácticas, por otro. Los Principios Rectores constituyen un conjunto de directrices acordadas por la comunidad internacional, que se materializan en una mayor concreción de normas nacionales, acuerdos internacionales y multilaterales, y que se fundamentan en normativas internacionales existentes y prácticas dirigidas a la protección adecuada, garantía y restitución de los derechos de las personas frente a las actividades

¹⁷⁹ Cfr. <https://www.unglobalcompact.org> y <http://www.pactomundial.org/>.

¹⁸⁰ Cfr. la Resolución 8/7 y Ruggie (2008). Cfr., además, los informes de 2009 y 2011: Ruggie (2009 y 2011). Los textos de esos y otros informes anteriores y demás materiales relacionados pueden consultarse en <http://business-humanrights.org/en/un-secretary-generals-special-representative-on-business-human-rights/reports-to-un-human-rights-council>.

¹⁸¹ Cfr. la Resolución 17/4. En lo que queda de párrafo, sigo el resumen que hacen Carneiro, Cordero, Cordero y Vidal (2013: 11).

empresariales. Los Principios Rectores hacen explícita la obligación de proteger, de respetar y de remediar, dando como referencia el derecho internacional de los derechos humanos ya existente. Se trata de un bloque de directrices claras con vocación de aplicación universal, y que conforma un todo coherente, individual y colectivo, e inclusivo, pero que, al mismo tiempo, identifica debilidades y aspectos de mejora hacia el futuro. Sin embargo, esa universalidad no implica una vocación de solución uniforme para la gestión de los derechos humanos por todos los países, en todas las empresas y en todos los contextos. Como explicaba el profesor John Ruggie, los Principios Rectores no se han concebido como un “juego de herramientas” que deba aplicarse de igual forma en todos los casos, sino que, dada la heterogeneidad de las actividades empresariales y de contextos de país, se entiende que no existe una “talla única” en sus medios aplicación. En este sentido, los Principios Rectores no obligan por sí mismos, sino que recogen e interpretan las obligaciones en derechos humanos establecidas ya por el derecho internacional, y dotadas de medios de seguimiento de su aplicación, denuncia y sanción, y señalan directrices para su cumplimiento en el contexto de la relación entre la empresa y los derechos humanos. No crean nuevas obligaciones, ni son un nuevo marco normativo en sí mismo. Por ende, no incluyen un sistema de sanciones ni penas por su incumplimiento, sino que reconocen que estas podrían estar referidas al incumplimiento del derecho Internacional que los soporta. Pero sí apuntan a la necesidad de establecer leyes, normativas y acuerdos internacionales vinculantes, por parte de los Estados, como forma de ejercer su obligación de proteger eficazmente los derechos humanos en el ámbito de actuación de la empresa y garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas afectadas.

En fin, cabe mencionar las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales¹⁸². Las Líneas Directrices forman parte de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 1976, por la cual los gobiernos suscriptores se comprometieron a ofrecer un entorno abierto y transparente para la inversión internacional, y a respaldar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden representar para el progreso económico y social¹⁸³. Las Líneas Directrices describen las expectativas de los gobiernos de los países adherentes en materia de conducta responsable de las empresas y ayudan a las empresas multinacionales a ejercer sus actividades en armonía con las

¹⁸² Cfr. Oliver (2004), Queinnec (2007), Servais (2010: 111 y 112 y 2011: 104 ss.), Carricajo (2011), Queinnec y Bourdon (2013) y Cantú (2015).

¹⁸³ Las Líneas Directrices de han revisado en 1979, 1982, 1984, 1991, 2000 y 2011: cfr. Oliver (2004: 8, nota 1) y Carricajo (2011).

políticas de los gobiernos. Es fundamental conciliar de la mejor manera posible la apertura del clima de inversiones con las responsabilidades de las empresas. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones que dirigen los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes, o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen un código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover. Las recomendaciones contenidas en las Directrices expresan los valores compartidos por los gobiernos de países que dan origen a una gran parte de la inversión extranjera directa y que son sede de muchas de las empresas multinacionales de mayor envergadura. Las Directrices tienen como objetivo promover la contribución positiva de las empresas al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo. Están respaldadas por un singular mecanismo de aplicación: los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que son organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promover y aplicar las Directrices. Los PNC ayudan a las empresas y a las partes interesadas a tomar las medidas adecuadas para impulsar la aplicación de las Directrices. También constituyen una plataforma de mediación y conciliación para resolver los problemas prácticos que puedan plantearse. El día 4 de mayo de 2010, los gobiernos de 42 países miembros y no miembros de la OCDE, adherentes a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y a la Decisión conexas, comenzaron a trabajar en la actualización de las Directrices a fin de que reflejasen los cambios ocurridos en el ámbito de la inversión internacional y las empresas multinacionales desde la última revisión realizada en el año 2000. Las modificaciones acordadas tienen como objeto garantizar la continuidad de las Directrices en su papel de instrumento internacional relevante para la promoción de conductas empresariales responsables. El 25 de mayo de 2011, en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50 Aniversario de la OCDE, los 42 gobiernos adherentes aprobaron las Directrices actualizadas y la Decisión conexas. Entre los cambios que se introdujeron en las Directrices, se incluyen algunos que afectan a la materia laboral. Además de cambios sustanciales en el Capítulo V sobre empleo y relaciones laborales, hay un nuevo Capítulo IV sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para

“Proteger, Respetar y Remediar”. También aparece un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las propuestas anteriores.

Además de los instrumentos interestatales a que acaba de hacerse referencia, son de gran importancia los acuerdos marco internacionales (AMI) o globales (AMG), denominados a veces códigos de conducta bilaterales, manifestación de la negociación colectiva transnacional, y suscritos por una empresa multinacional como France Telecom o Inditex con una federación sindical internacional¹⁸⁴. Tales acuerdos pueden ser una herramienta útil para apoyar los derechos en el trabajo. Un acuerdo marco internacional o global es un instrumento negociado entre una empresa multinacional y una federación sindical internacional, con el fin de establecer una relación entre las partes y garantizar que la compañía respeta las mismas normas en todos los países en que opera. Los sindicatos sectoriales del país sede de la multinacional también participan en la negociación de este tipo de acuerdo. Aunque no son equivalentes a las iniciativas de responsabilidad social de la empresa (RSE), los acuerdos están relacionados con el debate sobre ese tema, pues constituyen una de las formas en que las empresas pueden expresar sus compromisos con el respeto de ciertos principios. Sin embargo, lo que distingue a los acuerdos marcos de la RSE es que son el resultado de negociaciones con representantes de los trabajadores a nivel internacional. Por eso, tales acuerdos podrían consolidarse como una característica de las relaciones laborales en una época de globalización. Estos acuerdos no sustituyen a las negociaciones directas entre las empresas y trabajadores en cada país o en cada lugar de trabajo, pero ofrecen un marco para realizarlas, a fin de que sean constructivas y cuenten con una base mínima. El contenido de esos acuerdos depende de los requerimientos y características de las empresas y los sindicatos que los suscriben, y de la forma en que se desarrollan las relaciones laborales entre las partes¹⁸⁵. En todos los casos, incluyen los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo que menciona la declaración de la OIT de 1998, y hacen referencia específica a

¹⁸⁴ Cfr. Baylos (2004, 2005 y 2009), Soler (2008), Almendros (2010), Pérez (2010), Cortina (2011), Platzer y Rüb (2014) y Hadwiger (2015) y, asimismo, una lista – y, en muchos casos, el texto – de los acuerdos existentes en <http://www.global-unions.org/+framework-agreements-+.html?lang=en>.

¹⁸⁵ Cfr. las observaciones de Dominique Michel, jefe de equipo del Programa de Empresas Multinacionales de la OIT en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_080725/lang--es/index.htm.

los convenios fundamentales de la OIT¹⁸⁶. Otras cláusulas de esos acuerdos, que difieren entre uno y otro, se refieren a una serie de temas relacionados con las normas de la OIT, como la protección de los representantes de los trabajadores, los salarios, la seguridad y salud laboral y la formación profesional¹⁸⁷. Desde un punto de vista jurídico, los acuerdos marco internacionales suscitan problemas tales como si pueden ser fuente de obligaciones para el empresario, en el *home* o en el *host country*; si constituyen tan solo una declaración, compromiso o negocio jurídico unilateral por parte del empresario, pese a que los suscriben la empresa multinacional y una federación sindical internacional¹⁸⁸, o, más bien, una expresión de la lógica contractual, que encaja en el molde de alguna de las figuras del derecho privado, como el contrato normativo¹⁸⁹ o el acuerdo o contrato marco¹⁹⁰. En este campo, como sucede en otros del derecho

¹⁸⁶ Cfr. Ceinos (2010) y, asimismo, Sanguineti (2008).

¹⁸⁷ Soler (2010).

¹⁸⁸ Tal parece ser la opinión de Daugareilh (2015: 189), nota 2, quien invoca el punto de vista del derecho francés. A mi juicio, la presencia de dos partes en el acuerdo, la empresa multinacional y la federación sindical internacional, hace difícil hablar de un negocio jurídico unilateral. Hay un acuerdo entre dos partes, pese a la vaguedad o el carácter más bien simbólico o poco vinculante de los compromisos que asuma la empresa multinacional. Cfr. Díez-Picazo (2007: 93) acerca de los negocios jurídicos unilaterales, que pueden ser recepticios y no recepticios, y Díez-Picazo (2008: 169 ss.) sobre la voluntad unilateral como fuente posible de las obligaciones.

¹⁸⁹ El contrato normativo tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro. No produce ninguna obligación de concluir el contrato futuro. Fija tan solo el contenido de esos contratos futuros, que las partes no están obligadas a concluir, pero que pueden llegar a perfeccionar. En tal caso, deben atenerse a las reglas básicas que pactaron con anterioridad. No cabe exigir el cumplimiento específico, pero el incumplimiento puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios. El contrato normativo suele celebrarse entre empresas o grupos de intereses que quieren convenir las bases de acuerdos futuros. Así, un grupo de fabricantes o comerciantes fija los precios que pueden exigir a la clientela, o bien el acuerdo sobre los precios tiene lugar entre vendedores de una parte y comerciantes de otra: son los denominados contratos sobre tarifas o precios (*Tarifvertrag*). Acerca del contrato normativo, cfr. Díez-Picazo (2007: 433 ss.).

¹⁹⁰ En el derecho español, el ET distingue entre los acuerdos o convenios marco (art. 83.2) y los acuerdos sobre materias concretas (art. 83.3 ET). La finalidad específica de los acuerdos o convenios marco es el establecimiento de reglas o criterios para el conjunto de la negociación colectiva dentro de su ámbito, o para la negociación de convenios en ámbitos inferiores. Generalmente, tienen carácter interprofesional o interconfederal, pero también pueden negociarse para un solo sector, e incluso para un ámbito inferior, como, por ejemplo, un grupo de empresas, o empresas pluricelulares. Su función principal es la de orientar, ordenar y encuadrar o enmarcar la negociación inferior, tanto en el contenido de los convenios como en el proceso de negociación, o en la estructura de la misma. Por eso, se dice habitualmente que son “convenios para convenir”. Pero también pueden

privado, en particular el de los consumidores y usuarios, el contrato puede sustituir a los poderes públicos en la protección de intereses más vastos que los de las partes individuales. Así, el contrato plurilateral entre particulares puede convertirse en un instrumento de tutela de los derechos humanos, y asegurar también, *ex natura rerum*, una tutela mayor de la que prevén los tratados internacionales en vigor¹⁹¹.

4. Conclusiones

En el mercado global, ha corrido una suerte diversa la aspiración a la universalidad de dos derechos especiales o estatutarios: el derecho mercantil y el derecho del trabajo. El *homo aeconomicus* es el actor principal de la globalización de los mercados. Con el advenimiento del mercado global, la economía se disocia de la política. Las empresas multinacionales, verdaderos protagonistas de la globalización, no son sujetos de derecho internacional, y se mueven en un espacio habitado solo por la economía, no por la política. La nueva *lex mercatoria*, que es doblemente extraestatal, por tratarse de un derecho transnacional y consuetudinario, ha hallado su plamación en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 1994, y revisados en 2000 y 2010.

Para los trabajadores, la globalización comporta ventajas e inconvenientes. En un contexto de *global race*, el papel del Estado se limita, en muchos casos, a la única posibilidad de adherirse a la *race to the bottom* impuesta o sugerida por el pensamiento neoliberal, por algunas organizaciones internacionales y por las agencias de calificación de la deuda pública. Mientras la nueva *lex mercatoria* gobierna el mercado global, solo se han dado algunos pasos, todavía tímidos, para elaborar un derecho universal del trabajo. Mediante la Declaración de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la OIT ha tratado de dar respuesta original al problema de la voluntariedad en la ratificación de los

incluir normas de aplicación directa, que normalmente son mínimas para los convenios inferiores, que pueden mejorarlas (STS 10 de octubre de 2000, Ar. 9423). A una modalidad de ellos – la más amplia posible – se refiere el art. 83.2 ET. Los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET se caracterizan por tres notas básicas: la amplitud territorial y funcional de la unidad de negociación; la negociación por sujetos de carácter confederal, y la finalidad de dar reglas o pautas generales sobre estructura de la negociación y contenido de los convenios (STS de 16 de noviembre de 1989, Ar. 8068). De ahí que, por lo general, no sean de aplicación directa (STS de 16 de junio de 1989, Ar. 4593).

¹⁹¹ Galgano (2005: 105 ss.) y Galgano y Marrella (2011: 927 y 928).

Convenios que elabora. Por otro lado, en la medida en que la acción normativa de la OIT se dirige tan solo a los Estados, varios instrumentos dan testimonio de los esfuerzos de la comunidad internacional para lograr el objetivo de una conducta empresarial responsable y, en particular, el respeto de los derechos humanos en el trabajo en un mundo globalizado. También poseen una gran importancia los acuerdos marco internacionales o globales.

La globalización conlleva la universalidad del nuevo *ius mercatorum* o nueva *lex mercatoria*, que rige el mercado global, pero no se ha traducido en una universalidad correlativa de los derechos de los trabajadores. Una globalización sostenible debe ir acompañada de una globalización de los derechos humanos, no solo de los que protegen al *homo aconomicus*, sino también de los que salvaguardan la dignidad de los trabajadores. 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, a fin de extender el conjunto de principios y derechos fundamentales en el trabajo que constituyen las reglas de juego en un mundo globalizado. Aunque, hasta el momento, han fracasado los intentos de elaborar una disciplina internacional de *hard law*, los mecanismos de *soft law* y de autolimitación y autodisciplina de derecho privado pueden contribuir a la tutela de los derechos humanos en el trabajo por parte de las empresas multinacionales.

5. Bibliografía

- AA.VV. (1998), *The Unidroit Principles. A Common Law of Contracts for the Americas ? Los Principios de Unidroit: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Acts-Actas, Congreso interamericano-Inter-American Congress, Valencia, Venezuela, 6-9 Noviembre-November 1996, Unidroit, Roma, 1998, 385 pp.
- Agustí-Panareda, J., Ebert, F.C., LeClercq, D. (2015), “ILO Labor Standards and Trade Agreements: A Case for Consistency”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 36, Issue 3, Spring 2015, pp. 347-380.
- Albiez Dohrmann, K.J. (dir.), Palazón, M^aL., Méndez, M^a del P. (coords.) (2011), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 626 pp.

- Almendros, M.A. (2010), “La eficacia de los acuerdos marco internacionales: implementación y control”, en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 547-575.
- Alvarado Herrera, L. et alii (2003), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 411 p.
- Bar, C. von, Clive, E. y Schulte-Nölke, H. (eds.) (2009a), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*, final Outline Edition 1-1-2009, en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
- Bar, C. von, Clive, E. y Schulte-Nölke, H. (eds.) (2009b), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*, Full Edition, 2009, final Outline Edition 1-1-2009, en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
- Barres, P., Embid, J.M. y Martínez Sanz, F. (2003), *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II (Los trabajos de la “Comisión de Derecho Contractual Europeo”)*. Edición: Ole Lando y Hugh Beale, edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, 767 pp.
- Barres, P., Embid, J.M. y Martínez Sanz, F. (2007), *Principios de derecho contractual europeo. Parte III (Los trabajos de la “Comisión de Derecho Contractual Europeo”)*. Edición: Ole Lando y Hugh Beale, edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, 403 pp.
- Baylos, A. (2004), “Los acuerdos-marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 2004, n. 28, pp. 193-212.
- Baylos, A. (2005), “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* (12), 2005-I, pp. 103-138.
- Baylos, A. (2009), “Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, n. 27, n. 1, pp. 107-125.

- Blanpain, R. y Colucci, M. (2004), *The Globalization of Labour Standards. The Soft Law Track*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer Law International, 166 pp.
- Boiral, O. (2003), "The certification of corporate conduct: Issues and prospects", *International Labour Review*, Vol. 42 (n. 3), 2003, pp. 317-340.
- Bonell, M.J. (2006), *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 750 pp.
- Bories, C. (2013), "Section 1. Les entreprises transnationales", en "Chapitre 5. La participation des personnes privées à l'élaboration du droit social international", en Thouvenin, J.-M. y Trebilcock, A. (dirs.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels. Tome 1, Particularités du droit international social*, Bruylant, CEDIN, Bruxelles, pp. 464-478.
- Bosch, E. (dir.) (2009), *Derecho contractual europeo: Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 600 pp.
- Bourdon, W. y Pochet, P. (2015), "Quel remède à l'irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière ? Discussion", en Supiot, A. y Delmas-Marty, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 361-371.
- Bourgeois, J., Dawar, K. y Evenett, S.J. (2007), *A Comparative Analysis of Selected Provisions in Free Trade Agreements*, Commissioned by DG TRADE, October 2007, 212 pp.
- Brun, P. (2012), *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Université de Savoie, Chambéry Cedex, 274 pp.
- Cantú, H. (2015), "La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 611-658, en <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a16.pdf>.
- Carneiro, M., Cordero, J. y Vidal, H. (2013), *Cuaderno guía de los Principios Rectores ONU sobre empresa y derechos humanos. Puerta de entrada*, Sustentia, Madrid, noviembre de 2013, 60 pp.
- Carricajo, J. (2011), *Estudio sobre la política sindical en empresas multinacionales. Los acuerdos del Comité Consultivo Sindical-TUAC con la OCDE*, Fundación 1º de Mayo, Estudios de la Fundación, n. 47, junio de 2011, 41 pp., en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Estudio47.pdf>.
- Ceinos, Á. y González-del Rey, I. (2008), "Globalización del trabajo y códigos de conducta de empresas multinacionales del sector textil", en Escudero, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 466-487.

- Ceinos, Á. (2010), “Contenidos de los acuerdos marco internacionales: los derechos y principios fundamentales de carácter laboral”, en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 513-524.
- CNUDMI (1980), *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, 58 pp.
- CNUDMI (2012), *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías*, edición de 2012, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2014, 737 pp.
- Comisión Europea (2011), *Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*, Bruselas, 11 de octubre de 2011, COM(2011) 635 final, 127 pp.
- Comisión Europea (2015a), *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 634 final, 37 pp.
- Comisión Europea (2015b), *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas*, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 635 final, 34 pp.
- Cortina, R. (2011), *La dimensión transnacional de la negociación colectiva. Los acuerdos marco globales*, Friedrich Ebert Stiftung Argentina, Serie aportes, n. 14, Buenos Aires, 24 pp.
- Daugareilh, I. (dir.) (2011), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 864 pp.
- Daugareilh, I. (2015), “La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité”, en Supiot, A. y Delmas-Marty, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 183-198.
- Delmas-Marty, M. (2015), “Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales”, en Supiot, A. y Delmas-Marty, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 393-408.
- Díaz Romero, M^a del R. y otros (coords.) (2008), *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Civitas, Madrid, 500 pp.
- Díez-Picazo, L. (dir. y coord.) (1998), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario del Convenio de Viena*, Civitas, Madrid, 762 pp.
- Díez-Picazo, L. (1998), “Prólogo”, en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.) (1998), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario del Convenio de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 11-12.

- Díez-Picazo, L., Roca, E. y Morales, A.M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 544 pp.
- Díez-Picazo, L. (2007), *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 657 pp.
- Díez-Picazo, L. (2008), *Fundamentos del derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 1092 pp.
- Doumbia-Henry, C. y Gravel, E. (2006), “Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: Evolución reciente”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125 (2006), n. 3, pp. 207-231.
- Dubin, L. (2003), *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 461 pp.
- Ebert, F., Posthuma, A. (2009), “Rebalancing globalization: The role of labour provisions in existing international trade arrangements and development finance policies”, Chapter 3 of *World of Work Report 2009*, International Labour Organization, International Institute for Labour Studies, Geneva, pp. 63-95.
- Ermida, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, *Iuslabor* n. 1, 2007, en www.upf.edu/iuslabor, 17 pp.
- Fair Labor Association (FLA) (2014), *Charter Document as Amended, February 12, 2014*, 80 pp., en http://www.fairlabor.org/sites/default/files/fla_charter_2-12-14.pdf.
- Fauvarque-Cosson, B. y Mazeaud, D. (coords.) (2008a), *Terminologie contractuelle commune. Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française-Société de Législation Comparée, Société de Législation Comparée, Droit privé comparé et européen, vol. 6, Paris, 532 pp.
- Fauvarque-Cosson, B. y Mazeaud, D. (coords.) (2008b), *Principes contractuels communs. Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française-Société de Législation Comparée, Société de Législation Comparée, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Paris, 853 pp.
- Ferrer Vanrell, M^aP. y Martínez, A. (dirs.) (2009), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, 304 pp.
- Flanagan, R.J. (2006), *Globalization and Labor Conditions. Working Conditions and Worker Rights in a Global Economy*, Oxford University Press, Oxford y otras ciudades, 260 pp.
- Francioni, F. (2007), “Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations”, en Benedek,

- W., Feyter, K.D. y Marrella, F. (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge y otras ciudades, pp. 245-265.
- Galgano, F. (1980), *Storia del diritto commerciale*, Società editrice il Mulino, Bologna, segunda edición ampliada, traducción al castellano de Bisbal, J., con el título *Historia del derecho mercantil*, 2ª edición, Editorial Laia, Barcelona, 1987, 231 pp.
- Galgano, F. (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, traducción al castellano a cargo de Roitman, H. y Colina, Mª, con el título de *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires y Santa Fe, 243 pp.
- Galgano, F. (2010a), *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 306 pp.
- Galgano, F. (2010b), *Dogmi et dogmatica nel diritto*, Cedam, Padova, 153 pp.
- Gil, J.L. (1994), *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 178 pp.
- 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*, n. 15-16, agosto de 2009, pp. 125-148.
- Gil, J.L. (2014a), “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. (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, pp. 193-230.
- Gil, J.L. (2015), “Justicia social y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015, Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT, ADAPT University Press, www.adapt.it, ISSN 2282-2313, pp. 1-50.
- Goldin, A. (2007), “Códigos de conducta y regímenes voluntarios de cumplimiento: ¿es la autoregulación una respuesta?”, en Politakis, G. (ed.), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, OIT, Geneva, pp. 203-220.
- Gravel, E., Kohiyama, T. y Tsotroudi, K. (2011), “The role of International Labour standards in rebalancing globalization: a legal perspective”, en OIT, *The Global Crisis. Causes, responses and challenges*, Geneva, International Labour Office, pp. 209-221.
- Günter, H. (1981a), *The Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (History, contents, follow-up and relationship with relevant*

- instruments of other organizations*), Multinational Enterprises Programme, Working Paper n. 18, International Labour Office, Geneva, 29 pp.
- Günter, H. (1981b), "The International Labour Office Declaration of Multinational Enterprises and the International Code of Conduct Movement", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 4, 1 (1981), pp. 1-25.
- Häberli, C., Jansen, M. y Monteiro, J.A. (2012), *Regional Trade Agreements and domestic labour market regulation*, Employment Sector, Trade and Employment Program, Employment Working Paper n. 120, International Labour Office, Geneva, 62 pp.
- Hadwiger, F. (2015), *Acuerdos marco internacionales. Lograr el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Documento de referencia, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 77 pp.
- Hannoun, C. (2008), "L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail", en Lyon-Caen, A. y Urban, Q. (dirs.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, Paris, pp. 35-51.
- Hepple, B. (1999), "A race to the top? International investment guidelines and corporate codes of conduct", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 1999, vol. 20, pp. 347-363.
- Hepple, B. (2007), "Does law matter? The future of binding norms", en G. Politakis, G. (ed.), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, OIT, Geneva, pp. 221-232.
- Hueck, A. y Nipperdey, H.C. (1963), *Compendio de derecho del trabajo*, versión castellana a cargo de Rodríguez-Piñero, M. y Villa, L.E. de la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 570 pp.
- Illescas, R. y Perales, P. (2003), *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 493 pp.
- Jamin, C. y Mazeaud, D. (dirs.) (2001), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 178 pp.
- Lando, O. y Beale, H. (eds.) (1995), *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Prepared by the Commission on European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston and London, 268 pp.
- Lando, O. y Beale, H. (eds.) (2000), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Prepared by the Commission on European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague y otras ciudades, 561 pp.
- Lando, O., Clive, E., Prüm, A. y Zimmerman, R. (eds.) (2003), *Principles of European Contract Law. Part III*, Prepared by the Commission on European

- Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague y otras ciudades, 352 pp.
- Martin-Chenut, K., Devaux, C. (2015), “Quel remède à l’irresponsabilité des États et des entreprises transnationales (ETN) en matière environnementale, sociale et financière? Présentation des propositions”, en Supiot, A. y Delmas-Marty, M. (dirs.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 361-371.
- 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, 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*, vol. 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?*, Bureau International du Travail, Institut International des Études Sociales, Genève, 311 pp.
- Maurel, C. (2011), “OIT et responsabilité sociale des sociétés transnationales depuis 1970”, en Lespinet-Moret, I. y Viet, V., *L’Organisation internationale du travail. Origine. Développement. Avenir*, PUR, pp. 179-192.
- Maurel, O. (2008), *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme. II. État des lieux et perspectives d’action publique*, Commission nationale consultative des droits de l’homme, La Documentation française, Paris, 418 pp.
- Maurel, O. (2009), *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Commission nationale consultative des droits de l’homme, La Documentation française, Paris, 426 pp.
- Mendoza, D. (2010), “Acuerdos colectivos sobre responsabilidad social empresarial como nuevas experiencias de negociación colectiva laboral en España”, en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 454-462.
- Molina, A.M. (2008), “La responsabilidad social empresarial en la negociación colectiva”, en Escudero, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 508-519.

- Monereo, J.L. (1999), *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Editorial Trotta, Madrid, 253 pp.
- Morgenstern, F. (1983), “Déclaration de principes tripartite de l’OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Nouveaux problèmes, nouvelles méthodes”, *Journal de Droit international* (Clunet), 1983, n. 1, pp. 61-75.
- Napoli, M. (dir.) (2005), *La responsabilità sociale delle imprese*, Vita e Pensiero, Milano, 112 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), *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (n. 97) y la Recomendación (n. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (n. 143) y la Recomendación (n. 151). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de Convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, junio de 1999.
- OIT (2002), 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 (2004), *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, 229 pp.
- OIT (2005), *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 (2006), *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 4ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 22 pp.
- OIT (2008), *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 (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 (2014a), *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, 131 pp.
- OIT (2014b), *Empresas multinacionales, desarrollo y trabajo decente. Informe sobre la promoción y aplicación e la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social en las Américas*, Lima, Perú, 13-16 de octubre, 2014, Oficina Internacional del Trabajo, 64 pp.
- OIT (2015), *Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio*, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, 140 pp.
- OIT (2016), *Promover una migración equitativa*, Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016, Informe III (Parte 1B), ILC.105/III/1B, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 283 pp.
- Osman, F. (1992), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 515 pp.
- Overland, J. (2011), "A multi-faceted journey. Globalisation, transnational corporations and corporate social responsibility", en Alam, S., Klein, N. y Overland, J. (eds.), *Globalisation and the Quest for Social and Environmental Justice. The relevance of international law in an evolving world order*, Routledge, New York, pp. 130-143.
- Pérez, R.M. (2010), "Los acuerdos marco internacionales como experiencias de la negociación colectiva transnacional", en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 463-486.
- Perulli, A. (2007), "Globalisation and Social Rights", en Benedek, W., Feyter, K.D. y Marrella, F. (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge y otras ciudades, pp. 93-134.
- Perulli, A. (2008), "Marché sans loi. L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail", en Lyon-Caen, A. y Urban, Q. (dirs.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, Paris, pp. 53-59.

- Platzer, H.W. y Rüb, S. (2014), *Los Acuerdos Marco Internacionales. ¿Un Instrumento para Imponer los Derechos Humanos Sociales?*, Friedrich Ebert Stiftung, febrero de 2014, 19 pp.
- Prieto, C. (dir.) (2003), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence Cedex I, 581 pp.
- Queinnec, Y. (2007), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Un statut juridique en mutation*, Association Sherpa, juin 2007, 48 pp., en https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/SHERPA_OCDE.pdf.
- Queinnec, Y. y Bourdon, W. (2013), "Entreprises transnationales et droits de l'homme. À la recherche des combinaisons normatives adaptées", *Journal Européen des Droits de l'Homme*, n. 2, avril 2013, pp. 175 ss., en https://www.academia.edu/4992176/ENTREPRISES_TRANSNATIONALES_ET_DROITS_DE_LHOMME_A_LA_RECHERCHE_DES_COMBINAISONS_NORMATIVES_ADAPTEES?auto=download.
- Redondo, F. (2010), "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*", *ADC*, tomo LXIII, 2010, fasc. IV, pp. 1643-1682.
- Rémy-Corlay, P. ; Fenouillet, D. (dirs.) (2003), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Paris, 276 pp.
- Rifkin, J. (2011), *La Tercera Revolución Industrial: Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, traducción al castellano de Santos, A., Paidós, Estado y Sociedad, 400 pp.
- Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L. y Van Daele, J. (2009), *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, Ginebra, 292 pp.
- Rodotà, S. (2010), "Códigos de conducta: entre hard y soft law", en Real Pérez, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica*, Marcial Pons, Madrid.
- Rodríguez-Piñero, M. (1999), "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.
- Rouhette, G. (2003), *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par Georges Rouhette, avec le concours de Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon et Claude Witz, Société de Législation Comparée, Droit privé comparé et européen, Volume 2, Paris, 2003, 655 pp.
- Ruggie, J. (2008), *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights

- and transnational corporations and other business enterprises, 7 April 2008, Human Rights Council, Eighth session, Agenda item 3, A/HRC/8/5, 28 pp.
- Ruggie, J. (2009), *Promotion of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development. Business and human rights: Towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 22 April 2009, Human Rights Council, Eleventh session, Agenda item 3, A/HRC/11/13, 27 pp.
- Ruggie, J. (2011), *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, 21 March 2011, Human Rights Council, Seventeenth session, Agenda item 3, A/HRC/17/31, 27 pp.
- Sagardoy, J.A., Valle, J.M. del y Gil, J.L. (2006), *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Civitas, Madrid, 532 pp.
- Sanguinetti, W. (2008), “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en Escudero, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 43-465.
- Sanguinetti, W. (2010), “Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo a la cadena de producción”, en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 487-512.
- Sanguinetti, W. (dir.) (2014), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral nacional de las multinacionales españolas*, Ediciones Cinca, Madrid, 270 pp.
- Sanguinetti, W. (2015), “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales. Una realidad poliédrica aún en construcción”, *Lex Social*, vol. 5, n. 2 (2015), pp. 180-201.
- Servais, J.-M. (2010), “Algunas reflexiones más sobre una cuestión espinosa: la responsabilidad social de las empresas”, *Derecho PUCP*, n. 64, 2010, pp. 99-120, en <file:///C:/Users/Jose/Downloads/Dialnet-AlgunasReflexionesMasSobreUnaCuestionEspinosa-5085054.pdf>.
- Sanguinetti, W. (2011), *International Labour Law*, Third Revised Edition, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 372 pp.
- Sinzheimer, H. (1927), “La esencia del derecho del trabajo”, en *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, pp. 67-77.

- Siroën, J.-M. (2013), “Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio: Balance y perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132/1, Marzo de 2013, pp. 99 ss.
- Social Accountability International (SAI) (2014), *Social Accountability 8000 International Standard by Social Accountability International*, June 2014, 16 pp., en http://sa-intl.org/_data/n_0001/resources/live/SA8000%20Standard%202014.pdf.
- Social Accountability International (SAI) (2016), *Guidance Document for Social Accountability 8000 (SA8000®:2014)*, Release Date: May 2016, 138 pp., en file:///C:/Users/Jose/Downloads/SA8000%202014%20Guidance%20Document_May%202016_FINAL.pdf.
- Soler, J.A. (2008), “Estructura y contenido de los acuerdos marco internacionales del sector del metal”, en Escudero, R. (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 488-507.
- Soler, J.A. (2010), “Contenidos de los acuerdos marco internacionales: condiciones laborales básicas y prescripciones complementarias”, en Escudero, R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, pp. 525-546.
- Somma, A. (2008), *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 126 pp.
- Supiot, A. (1994), *Critique du droit du travail*, Puf, Paris, 280 pp. Hay traducción al castellano, con prólogo, de Gil, J.L., con el título de *Crítica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, 309 pp.
- Supiot, A. (dir.) (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du Droit du Travail en Europe*, en collaboration avec Casas, M^a E., De Munck, J., Hanau, P., Johansson, A., Meadows, P., Mingione, E., Salais, R., Van der Heijden, P., Flammarion, Paris, 321 pp.
- Supiot, A. (2016), “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, traducción al castellano, a cargo de Gil, J.L., del prólogo a Supiot, A. (dir.), *Au-delà de l'emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, *Derecho de las relaciones laborales*, mensual, n. 5, mayo 2016, pp. 500-519.
- Sweptston, 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.
- Sweptston, L. (2005), “ILO Standards and Globalization”, en Blanpain, R. (ed.), *Confronting Globalization. The Quest for a Social Agenda*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 55, pp. 11-20.

- Unidroit (2010), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 1ª edición española, La Ley, Madrid, septiembre de 2012; 1ª edición paraguaya, Intercontinental Editora S.A., Asunción, abril de 2015, 488 pp., en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.
- Ushakova, T. (2014), “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, 2014, pp. 11-51.
- Vaquer, A., Bosch, E., Sánchez, Mª (coords.) (2012), *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 1882 pp.
- Vaquer, A., Bosch, E., Sánchez, Mª (eds.), (2015), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 812 pp.
- Vareilles-Sommières, P. de (dir.), (1998), *Le droit privé européen*, Economica, Paris, 256 pp.
- Vega, M. (2004), *Legal considerations on labor regulations in free trade agreements in the Americas. Development, contradictions and challenges in a globalized world*, Cuadernos de Integración Andina, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima, 37 pp.
- Viguri, A. (2007), *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 302 pp.
- World Economic Forum (2016), *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, January 2016, 159 pp.

Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC*

Tatsiana USHAKOVA**

RESUMEN: El presente estudio parte de la premisa de que la justicia social es un concepto fundamental para la cooperación internacional en el siglo XXI, y que, en ese plano, desde los comienzos del siglo XX, su mayor promotora ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, la pregunta central que se plantea es cuál debería ser el papel de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la promoción de la justicia social, teniendo en cuenta que los aspectos económicos y sociales están estrechamente vinculados.

La pregunta se aborda desde dos perspectivas principales. En primer lugar, se intenta buscar la conexión con la justicia social en el sistema de normas de la OMC. En segundo lugar, se explora la vía de cooperación de la OMC con otras organizaciones internacionales con competencias más amplias y vinculadas con los aspectos sociales.

Palabras clave: Justicia social, estándares laborales, Organización Mundial del Comercio (OMC), Organización Internacional del Trabajo (OIT).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *Hard law* y alcance competencial. 3. *Soft law* y opciones estratégicas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación “Comercio y justicia social en un mundo globalizado, con especial referencia a los intereses de España” (DER2013-47698-R), y se ha presentado como ponencia en el Seminario internacional “Comercio y justicia social en un mundo globalizado: modelos de aproximación”, celebrado el 25 de septiembre de 2015 en la Universidad de Alcalá.

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

Towards Social Justice: Ways of Intervention of the WTO

ABSTRACT: This study is based on the assumption that social justice is a fundamental concept for international cooperation in the twenty-first century, and in this regard, from the early twentieth century, the International Labour Organization (ILO) has been considered as its main promoter. However, the central question that should be posed is what could be the role of the World Trade Organization (WTO) in promoting of social justice, taking into account that economic and social aspects are closely linked.

The question is approached from two main perspectives. In the first place, we have been trying to find the connection with social justice in the system of WTO rules. In second instance, the route of WTO cooperation with other international organizations with broader social competences has been explored.

Key Words: Social justice, labour standards, World Trade Organization (WTO), International Labour Organization (ILO).

1. Introducción

En el contexto de un consenso social, la idea de la justicia encuentra una de sus primeras referencias en la conocida *República* de Platón¹⁹². Se presenta como un ingrediente indispensable del elenco de componentes para que el Estado alcance su excelencia¹⁹³. También es cierto que se afirma, con frecuencia, que dicha idea estaba latente en el pensamiento filosófico bastante antes¹⁹⁴. No obstante, parece que la expresión “justicia social” cuenta tan solo con algo más de 170 años, y remite al *Saggio teoretico di dritto naturale* del jesuita italiano Luigi Taparelli d’Azeglio¹⁹⁵. Según Taparelli, la justicia social debe igualar a todos los hombres en lo tocante a los derechos de la humanidad¹⁹⁶. Y es difícil no estar de acuerdo con el filósofo español Julián Marías en su afirmación de que, sin este término, el siglo XX no sería comprensible¹⁹⁷.

En efecto, el siglo XX arranca con una apuesta fuerte por la justicia social que hace la Organización internacional intergubernamental (OI o OOI) más antigua, la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En la primera línea del Preámbulo de su Constitución de 1919, la OIT considera que “la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social”¹⁹⁸. La apuesta de la OIT adquiere un nuevo impulso con la

¹⁹² “Se buscará la justicia en el Estado (*pólis*) primeramente, y luego en el individuo. El Estado nace cuando el individuo no se autoabastece sino que necesita de otros, por lo cual se asocia con los demás. Estas necesidades son: 1) de alimentación, 2) de vivienda y 3) de vestimenta (...). Para saber si se halla justicia en el Estado, bastará con examinar si están presentes las otras tres partes de la excelencia: la sabiduría (*sophía*), la moderación (*sóphrosyné*) y la valentía (*andreía*). El Estado es sabio no por el conocimiento de alguna cuestión particular, sino por el de su totalidad, que es el apropiado para la vigilancia que está presente en los guardianes. El Estado es valiente si lo es aquella parte suya que va a la guerra por su causa. El Estado es moderado cuando gobernantes y gobernados coinciden en quiénes deben gobernar: así la mejor parte gobierna a la peor (...). *La justicia en el Estado bien fundado* es lo que resta para que el Estado alcance la excelencia: consiste en que cada uno haga lo que le corresponde en el Estado”. Platón, *Diálogos, IV República*, Madrid, Gredos, 2000, pp. 23 y 25 de la “Introducción” y pp. 120 y ss. y 225.

¹⁹³ Platón, *op. cit.*, p. 25 y 225.

¹⁹⁴ Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponible en:

<http://plato.stanford.edu/entries/justice-virtue/> (consultado el 15 de abril de 2016).

¹⁹⁵ Taparelli, L., *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Roma, Coi tipi della Civiltà Cattolica, en 2 vols., vol. I, 1855; obra editada por primera vez, en cinco volúmenes, por Stamperia d’Antonio Muratori, en Palermo, en los años 1840-1843.

¹⁹⁶ “(...) [L]a giustizia sociale deve ragguagliare *nel fatto* tutti gli uomini in ciò che spetta *i dritti di umanità*, (...)”. Taparelli, *op. cit.*, p. 227.

¹⁹⁷ Marías, J., *La justicia social y otras justicias*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1974, p. 7.

¹⁹⁸ La OIT nace en el momento de la firma del Tratado de Versalles, que pone fin a la Primera Guerra Mundial. Una comisión establecida durante la Conferencia de Paz de

adopción de la Declaración de Filadelfia en 1944, que, posteriormente, pasó a formar parte integrante de la Constitución. La Declaración de Filadelfia, incluso antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de las Naciones Unidas (ONU), exalta el valor de la dignidad humana y proclama una serie de principios de suma relevancia. Entre otros, sostiene que “el trabajo no es una mercancía”, que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”, que “la pobreza en cualquier lugar constituye una amenaza a la prosperidad de todos” y que debe garantizarse “una distribución justa de los frutos del progreso”.

En la Declaración de 1944, la OIT confirmó su compromiso con la justicia social, articulando con mayor vigor sus valores en los términos siguientes: “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 e igualdad de oportunidades”.

Con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, la OIT reforzó el vínculo entre la justicia social y los estándares laborales.

Finalmente, un hito importante en este camino es la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008¹⁹⁹.

París, la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, se había encargado de redactar las denominadas “cláusulas laborales”, dentro de la Parte XIII del Tratado. Estas cláusulas respondían a la convicción, alcanzada tras la experiencia desastrosa de la gran guerra, de que la “paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social”, afirmación cuya validez demuestran ampliamente los casi cien años transcurridos desde entonces. La Parte XIII del Tratado, que se convertiría más tarde en la Constitución de la OIT, contiene, además de los principios generales, estas cláusulas laborales, auténticas directrices que la nueva Organización deberá seguir, y que conservan su pertinencia a día de hoy. Véase Bollé, P., “La Revista Internacional del Trabajo y la OIT. Fragmentos de su historia”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, núm. Extraordinario, 2013, p. 2.

El texto original de la Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1974.

La Constitución y otros instrumentos de la OIT pueden consultarse en:

<http://www.ilo.org>. (consultado el 14 de abril de 2016).

¹⁹⁹ *Adoptada por la unanimidad el 10 de junio de 2008, es la tercera declaración de principios y políticas de gran alcance de la Conferencia Internacional del Trabajo, desde la Constitución de la OIT en 1919. Es heredera de la Declaración de Filadelfia, de 1944, y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998. La Declaración*

De este modo, y con una visión renovada en clave de globalización, se propuso potenciar la justicia social a través del Programa de Trabajo Decente expresado mediante sus cuatro componentes: el empleo, la protección social, el diálogo social y la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Se proclamó que los cuatro componentes mencionados son imprescindibles para lograrla²⁰⁰.

Los mismos valores no dejan de hallarse vigentes en tiempos de crisis económica. Como respuesta, la OIT adoptó el Pacto Mundial para el Empleo, de 2009, donde reitera los compromisos proclamados anteriormente. Este instrumento de política global exige la cooperación a nivel nacional e internacional para una recuperación eficaz y con oportunidades de trabajo decente. Consta que “[e]xiste la necesidad de opciones de política coordinadas a nivel mundial para potenciar la eficacia de los esfuerzos nacionales e internacionales que se desplieguen en torno al empleo, las empresas sostenibles, los servicios públicos de calidad y la protección de las personas, al tiempo que se preserven sus derechos y se promuevan sus opiniones y su participación. Esto contribuirá a revitalizar la economía y a promover una globalización justa, la prosperidad y la justicia social”²⁰¹.

La globalización, y en particular la reciente crisis, han acentuado el imperativo de unas políticas coordinadas y una cooperación reforzada en este sentido de las distintas OOII. Sin embargo, en momentos históricos difíciles, el primer Director General de la OIT, Albert Thomas destacó ya algo tan evidente como el vínculo entre los asuntos económicos y sociales. En palabras suyas, “[l]os temas sociales y económicos están vinculados indisolublemente, y la reconstrucción económica puede ser sólida y perdurable solo si se basa en la justicia social”²⁰². Su mensaje resulta más que convincente y apropiado ahora, un siglo después, y guarda coherencia con el rumbo de cooperación que han adoptado la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Mundial del Comercio (OMC) para reforzar la dimensión social de la globalización²⁰³.

institucionaliza el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales.

²⁰⁰ Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Ginebra, 2004, párr. 492, p. 122. El mismo documento constata, con razón, que “el debate sobre la globalización se está convirtiendo rápidamente en un debate sobre la democracia y la justicia social en el seno de una economía globalizada”, párr. 9, p. 3.

²⁰¹ Párrs. 4 y 5 del Pacto.

²⁰² Citado por OIT, *La Organización Internacional del Trabajo y la Justicia Social*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 1.

²⁰³ Como ponen de manifiesto los dos directores generales de las OOII, “We consider

Con todo, desde hace un siglo, es evidente el protagonismo que asume la OIT en la promoción de la justicia social. No obstante, este estudio pretende centrarse en la pregunta de cuál debería y podría ser el papel de la OMC en este proceso.

2. *Hard law* y alcance competencial

Dada la relación estrecha entre los aspectos económicos y sociales en un mundo globalizado, la OMC debería adoptar una postura más comprometida con la promoción de la justicia social. No cabe duda de que, hoy en día, esta Organización es una de las principales OOII económicas y, en este aspecto, una pieza central de la gobernanza multilateral²⁰⁴. No en vano, se afirma que legaliza por primera vez el “principio de globalización” (*single undertaking*)²⁰⁵. Sin embargo, su posición en el panorama mundial se dibuja complicada y contradictoria. Se trata de una Organización joven, creada en 1994 por el Acuerdo de Marrakech, pero heredera también del sistema del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)²⁰⁶. Su estructura organizacional

this volume a step in the direction of a better understanding of the mechanisms through which globalization affects workers and of the measures that governments can take to give globalization a strong social dimension”. WTO, ILO, Baccheta, M., Jansen, M., *Making Globalization Socially Sustainable*, Geneva, 2011, p. xii. Véase sobre la cooperación de la OMC y la OIT, entre otros, Ushakova, T., “La cooperación de la OMC y la OIT para promover el empleo”, *Revista Doctrinal. Aranzadi Social*, n. 10, 2013, 267-295.

²⁰⁴ Gutiérrez-Solana Journoud, A., *La legitimidad social de las organizaciones internacionales. Estudio de las percepciones estatales y de la sociedad civil de la ONU, OMC y OIT*, Madrid *et al.*, CEI, Marcial Pons, 2014, p. 153., y Mazower, M., *Governing the World. The History of an Idea*, London, Penguin Books, 2012, pp. 361-362.

²⁰⁵ Sierralta Ríos, A., *Teoría evolutiva del comercio internacional*, Lima, Ediciones de la Universidad ESAN, 2014, p. 135.

²⁰⁶ Los Estados partes del GATT, de 1947, decidieron en el Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994 (en vigor desde el 1 de enero de 1995), crear la OMC como órgano encargado de velar por la libertad de los intercambios internacionales. El Acuerdo sobre la OMC incluye el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1994. Este instrumento, denominado “GATT de 1994”, se basa en el texto del “GATT de 1947”. No obstante, la nueva versión refuerza sus normas originarias para el comercio de mercancías, abriendo un panorama más libre y competitivo. Entre otros aspectos, pone término a las políticas de protección que el antiguo GATT toleraba en determinadas esferas “sensibles”. Véase Sierralta Ríos, *op. cit.*, pp. 134-135. España, como Parte del GATT de 1947 (ingresó en 1963) y Estado miembro de las Comunidades Europeas (el actual Unión Europea), ha suscrito y ratificado el Acuerdo de Marrakech. *BOE* n. 20, de 24 de enero de 1995 (tres Suplementos). Véase Díez de Velasco, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 15ª ed., 2008, pp. 457-458.

moderna (*regulatory and thinly staffed*) permite actuar con una gran eficacia y ejercer una presión considerable sobre los gobiernos nacionales²⁰⁷. Al mismo tiempo, la sociedad civil critica la OMC a causa de su acción “globalizadora” impuesta desde el Norte. Y, pese a todo, ha resultado atractiva o inevitable para muchos países, entre otros, el grupo BRIC (Brasil, Rusia, India y China), en particular para China y Rusia, que se sumaron recientemente al elenco de miembros. De este modo, su influencia es crucial, y no exenta de debilidades, como ilustra la historia de fracasos de la Ronda de Doha, en las Conferencias de Seattle en 1999 y de Cancún en 2003, derrotas que, de alguna manera, se compensan con el avance relativo de la Conferencia de Bali en 2013²⁰⁸.

Las OOII son sujetos de Derecho internacional derivados o secundarios, en tanto que nacen de un acto jurídico previo y exterior a la Organización²⁰⁹. Este acto suele adoptar la forma de un tratado multilateral negociado en una conferencia intergubernamental, como es el caso de la OMC, cuyo Acuerdo fundacional es producto del éxito de la Ronda de Uruguay. El acto constitutivo de una OI posee simultáneamente un carácter institucional y convencional²¹⁰. Teniendo en cuenta la naturaleza funcional de cada OI, para poder deducir el alcance de su personalidad jurídica, hay que examinar “las reglas de la Organización”, a saber: su tratado constitutivo, sus decisiones y resoluciones adoptadas en función de este tratado y su práctica establecida²¹¹. Asimismo, para determinar la capacidad de la OMC para actuar con el fin de promover la justicia social, debe llevarse a cabo el análisis previo de los tres aspectos señalados. Dicho análisis debe realizarse considerando el desarrollo jurisprudencial sobre las competencias implícitas. Aunque parezca paradójico, la superación del funcionalismo rígido de las OOII para abordar los problemas sobrevenidos, dictados por la globalización, se propicia por la propia naturaleza de la OI²¹². La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) toma nota del aspecto evolutivo de las

²⁰⁷ Mazower, *op. cit.*, p. 361.

²⁰⁸ Véase sobre la Conferencia de Bali y el Paquete de Bali en:

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm
(consultado el 20 de febrero de 2016).

²⁰⁹ En lo que respecta a la información general sobre las OOII, se sigue el razonamiento de Díez de Velasco, *op. cit.*, pp. 44-45.

²¹⁰ CIJ: *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (OMS)*, Avis Consultatif, 8 juillet 1996, *CIJ Recueil*, 1996, párr. 19, p. 75.

²¹¹ Art. 2.1 (j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, todavía no en vigor.

²¹² Ushakova, *Loc. cit.*, 2013, p. 274.

organizaciones, cuando indica que su ámbito competencial abarca no solo las competencias expresamente atribuidas en el tratado constitutivo, sino aquellas competencias implícitas necesarias para la efectiva consecución de sus fines²¹³.

Ante todo, es importante advertir que las competencias de la OMC están limitadas por el principio de especialidad²¹⁴. Su tratado fundacional no señala, de forma expresa, los objetivos sociales de su actividad, a diferencia de la Carta de la ONU o la Constitución de la OIT. En cuanto a su ámbito de actuación, constituye el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Estados Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del Acuerdo (art. II.1). El artículo III recoge las cinco funciones principales de la OMC: facilitar la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo de Marrakech y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y los Acuerdos Comerciales Plurilaterales; proporcionar el foro de negociación entre sus Estados miembros; administrar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD); examinar las políticas comerciales de sus Estados miembros mediante el Mecanismo correspondiente (MEPC) y, por último, cooperar con las OOII afines, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF).

En todo caso, plantean controversias en la doctrina científica las funciones de organización, liberalización y gestión como objetivos de la OMC. Existe la opinión de que las funciones mencionadas podrían considerarse no como objetivos en sí, sino como medios para la consecución de los propósitos más importantes²¹⁵. Desde esta perspectiva, el objetivo principal de la OMC está expresado en el primer Considerando de su Preámbulo, y consiste en: “elevar los niveles de vida, (...) lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y (...) acrecentar la producción y el

²¹³ CIJ: *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis Consultatif, Avis Consultatif, 11 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, pp. 182-183; CIJ: *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis, 13 juillet 1954, *CIJ Recueil* 1954, p. 57, referidos en: CIJ: *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis Consultatif, 8 juillet 1996, *CIJ Recueil*, 1996, p. 79, párr. 25. Véase otras precedentes en la jurisprudencia internacional sobre las competencias implícitas de una OI en: Tchikaya, B., *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, Paris, Hachette, 5^o éd., 2010, pp. 56-57.

²¹⁴ Fernández Rozas, J. C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 1^a ed., 2010, p. 78.

²¹⁵ Lal Das, B., *La OMC y el sistema multilateral de comercio*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 76-77.

comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”. Asimismo, los objetivos “instrumentales”, consistentes en la promoción de la liberalización del comercio, servirían para alcanzar los objetivos “primarios”, a saber, los intentos de mejorar el bienestar de todos los Estados miembros de la OMC. Indudablemente, así formulados, los objetivos principales están encaminados, en última instancia, al logro de la justicia social.

En la misma línea de ideas, en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, la ONU confirma que “[u]n sistema comercial multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo y una liberalización racional del comercio pueden estimular considerablemente el crecimiento en todo el mundo y beneficiar a países de todos los niveles de desarrollo”; y, “[a] ese respecto”, reafirma la “adhesión a la liberalización del comercio y al propósito de que el comercio desempeñe plenamente la función que le corresponde en la promoción del crecimiento económico, el empleo y el desarrollo para todos”²¹⁶.

En este punto, se conectan los tratados fundacionales de la ONU y la OMC. La Carta de la ONU recoge el propósito de la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico y social, entre otros (art. 1.3). Además, en su Capítulo IX relativo a la cooperación internacional económica y social, la ONU se compromete a velar por la promoción de “niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social” [art. 55 (a)].

La OIT y la OMC también poseen un punto de conexión importante. Se trata de la referencia al empleo²¹⁷. Tanto el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech como el de la Constitución de la OIT, hacen referencia a este aspecto: en el primero, se propone “lograr el pleno empleo” y, en el segundo, luchar “contra el desempleo”. Recuérdese que, además, el empleo es uno de los cuatro componentes fundamentales del Programa de Trabajo Decente de la OIT, sin el cual no puede lograrse la justicia social. Finalmente, el Acuerdo de Marrakech insiste en cooperar con otras OOH afines. Entre las funciones de la OMC, se establece la cooperación con el

²¹⁶ Párr. 27 de la Resolución de la Asamblea General de la ONU (Res. AG), A/RES/60/1, ONU (2005), *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, aprobado el 16 de septiembre de 2005.

²¹⁷ Ushakova, *Loc. cit.*, 2013, p. 284.

FMI y el BIRD (art. III.5). Así, las tres forman el “*Unholy Trinity*” de las instituciones económicas globales²¹⁸. Aunque el criterio de la afinidad de intereses resulta relevante, y limita la acción de la OMC en función de su especialidad, no presupone la cooperación solo con las organizaciones económicas. El art. V.1 puede servir de fundamento para la cooperación con otras OOH, por ejemplo, con la ONU o la OIT, en los aspectos de interés común.

Del análisis realizado hasta ahora, se desprende que la OMC, aun sin tener competencias explícitas, puede emprender una acción normativa en el ámbito de la justicia social con base en la interpretación correspondiente de algunas de las disposiciones del Acuerdo de Marrakech. Además, respecto a la capacidad normativa, hay que recordar que la OMC dispone de unas competencias de iniciativa propia comparables con las de otras instituciones económicas y financieras.

Como es sabido, la primera de las funciones de la OMC consiste en facilitar la aplicación del Acuerdo constitutivo y otros acuerdos del sistema de la OMC. En este sentido, sería conveniente reflexionar sobre el contenido de dichos acuerdos para poder encontrar las normas que permitiesen llevar a cabo una acción en materia de justicia social. De nuevo, desde la lógica estrictamente funcionalista, la OMC carece de competencias para abordar las cuestiones sociales. No obstante, su tarea de crear un marco jurídico-político internacional que favorezca el comercio abierto conlleva, inevitablemente, que los acuerdos alcanzados en su seno abarquen no solo las cuestiones comerciales, sino que pretendan armonizar también las políticas nacionales en otros ámbitos conexos²¹⁹.

Los acuerdos del sistema de la OMC permiten varias vías de interpretación favorables a la intervención de la Organización en los aspectos sociales²²⁰. Una de ellas la proporcionan los arts. XX y XXI del GATT, interpretados a la luz del art. 31.3 (c) del Convenio de Viena sobre

²¹⁸ Mazower, *op.cit.*, p. 362.

²¹⁹ Bonet Pérez, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 84.

²²⁰ Véase, entre muchos otros, Hepple, B., “The WTO as a Mechanism for Labour Regulation”, en Bercusson, B. y Estlund, C. (Eds.), *Regulating Labour in Wake of Globalisation. New Challenges, New Institutions*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 161-178; Hinojosa Martínez, L. M., “V. Los derechos sociales y el comercio internacional”, en Hinojosa Martínez, L. M. y Roldán Barbero, J. (Coord.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 122-127; Lim, H., *The Social Clause: issues and challenges*, disponible en <http://training.itcilo.it> (visitado el 15 de julio de 2015).

el Derecho de los Tratados, de 1969²²¹. El art. 31.3 (c) indica que, según la regla general de interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta el contexto de los términos empleados que comprende, entre otros componentes, “toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”²²². Esta disposición representa un mecanismo de salvaguardia de la coherencia del sistema internacional, y permite establecer una conexión entre las distintas normas de tratados generalmente reconocidos y ratificados. En definitiva, se trata de un principio de “integración sistémica”, es decir, una directriz según la cual los tratados deberían interpretarse en el contexto de todas las normas y principios de Derecho internacional entendido como sistema²²³.

Los arts. XX y XXI se refieren a las excepciones generales y a las excepciones relativas a la seguridad, respectivamente, que el GATT no impide adoptar a los Estados partes. Los puntos (a), (b) y (e) del art. XX abren la posibilidad de conectar las excepciones con la protección de los derechos humanos, en particular los derechos humanos fundamentales, que constituyen una parte integrante del concepto de justicia social. Las disposiciones de los artículos prevén las excepciones generales vinculadas a la necesidad de proteger la moral pública (a) y la salud y la vida de las personas (b), y de prohibir el acceso al mercado de los artículos fabricados en las prisiones (e). De este modo, las normas sobre la liberalización del comercio no pueden ser incompatibles con los compromisos de los Estados miembros de la OMC relativos a la protección de los derechos humanos. En cuanto a los derechos fundamentales en el trabajo, serían especialmente relevantes, en este contexto, la prohibición del trabajo forzoso, del trabajo infantil y de la discriminación en el trabajo. De hecho, la excepción del art. XX (e) pretende condenar el trabajo forzoso, en su modalidad de trabajo obligatorio de los presos, una cláusula “inactiva” en el sistema del GATT desde el año 1947²²⁴. Es la única excepción explícita relativa al trabajo, heredada sin cambio alguno por el GATT 1994. Aun

²²¹ Amaral Junior, A., “Le ‘dialogue’ des sources: fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain”, en Jouannet, E., Ruiz Fabri, H., Sorel, J.-M., (Dirs.), *Regards d'une génération sur le Droit International*, Editions Pedone, 2008, Paris, p. 31; Bonet Pérez, *op. cit.*, pp. 91-93.

²²² El Convenio de Viena se adoptó el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor en general y para España el 27 de enero de 1980. BOE n. 142, de 13 de junio de 1980.

²²³ ONU, *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la CDI elaborado por Koskenniemi, M., Doc. A/CN.4/L. 682, de 13 de abril de 2006, párr. 413, p. 239.

²²⁴ “(...) [I]f one interprets ‘prison labour’ as ‘forced labour’ then it is proved that the issue is *not new*; it is, at the most, ‘dormant’ in the GATT system”. Mehta, P.S., *Social Clause as an Element of the WTO Process*, Jaipur, CUTS, 1998, p. 4.

así, como indica Sarah Joseph, no se trata de una norma que contiene un derecho, sino una medida económica destinada a prevenir la competencia desleal²²⁵.

Los derechos mencionados, aparte de postularse como fundamentales por la OIT, están recogidos en los tratados de los derechos humanos, adoptados en el marco de la ONU y generalmente aceptados.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista de los objetivos de la OMC, el art. XX representa una amenaza, ya que permite aplicar medidas comerciales unilateralmente y, asimismo, abre la posibilidad de abusos. Para hacer frente a este peligro, la práctica muy temprana de la Organización ha precisado una serie de requisitos para poder alegar dichas excepciones: la medida adoptada no debe constituir una discriminación arbitraria o injustificada, ni una restricción encubierta²²⁶. Además, en el caso de los arts. XX (a) y (b), las medidas tienen que ser “necesarias”²²⁷. Las excepciones no se aplican si existe una alternativa razonable que no implica medidas comerciales. En cambio, para el art. XX (e), no se exige la “necesidad”. Es más, puede afirmarse que no existe desacuerdo entre los Estados de que resulta inaceptable el trabajo forzoso en las prisiones²²⁸. Finalmente, en relación con el art. XX, se plantea el obstáculo que supone la eventual exigencia de un “vínculo suficiente” entre la población del país afectado por las medidas y el país importador, tal y como está formulado en el conocido caso *Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*²²⁹. Sin embargo, dicho vínculo no sería un impedimento insuperable, si existiese consenso de todos los Estados sobre los derechos básicos en el trabajo.

El art. XXI (c), que hace referencia a las excepciones relativas a la seguridad, proporciona otro vínculo con el sistema de la ONU, al resaltar que el GATT no debería impedir a las Partes contratantes la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de la ONU para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Al respecto, hay que volver a recordar el Preámbulo de la Constitución de la OIT, que afirma que “la paz universal y permanente

²²⁵ Joseph, S., *Blame it on the WTO?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 104.

²²⁶ *Estados Unidos: Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, de 20 de mayo de 1996, p. 23, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf (consultado el 15 de julio de 2015).

²²⁷ WT/DS2/AB/R, p. 17. Véase, también, Hepple, *Loc. cit.*, p. 172.

²²⁸ Lim, *Loc. cit.*, en 5.2.5 “Which Option Is the Best for Making the Link”.

²²⁹ WT/DS58/AB/R, de 12 de octubre de 1998, p. 51, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf. (consultado el 17 de Julio de 2015). Véase, también, Hinojosa Martínez, *Loc. cit.*, p. 225.

solo puede basarse en la justicia social”.

Debe añadirse que otros acuerdos de la OMC contienen disposiciones similares, por ejemplo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)²³⁰ y el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP)²³¹. En cuanto al ACP, las excepciones no solo aluden a las normas sobre el trabajo en los centros penitenciarios, sino también en las instituciones de beneficencia, y se refieren a los servicios prestados por las personas con discapacidad, disposiciones que amplían al ámbito de excepciones en relación con el trabajo forzoso y el trato inhumano y degradante en el trabajo.

Aparte de los artículos relativos a las excepciones, el GATT contiene algunos otros que proporcionan un punto de partida para proteger los estándares laborales²³². El art. VI abre la posibilidad de considerar el incumplimiento de los compromisos sociales como dumping social. El art. XVI, junto con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, puede interpretarse en el sentido de que dicho incumplimiento representa una forma de subvención. También es digna de mencionarse la opción que ofrece el art. XXXV, y que se conoce como cláusula de *opt-out*. El artículo citado admite la no aplicación del GATT a cualquier parte contratante o a un nuevo miembro por el nuevo miembro u otra parte contratante en el momento del acceso. La cláusula se empleó con motivo de la incorporación al GATT de Japón y de Sudáfrica. Sin embargo, la protección de los estándares laborales fundamentales puede

²³⁰ Véase el art. XIV del GATS sobre las excepciones generales y el art. XIV bis sobre las excepciones relativas a la seguridad, en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm (consultado el 24 de febrero de 2016).

²³¹ Véase el art. XXIII.2 del ACP en su redacción inicial tras la Ronda de Uruguay: “No se interpretará ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que impida a una Parte establecer o poner en vigor las medidas que sean necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos, proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal, proteger la propiedad intelectual, o relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados por minusválidos, o en instituciones de beneficencia o penitenciarias, siempre que esas medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países donde existan las mismas condiciones, o que equivalgan a una restricción encubierta del comercio internacional”. En el ACP revisado, que entró en vigor el 6 de agosto de 2014, la disposición sobre las excepciones generales se recoge en el art. III.2 y se formula en términos análogos. Véase el texto en:

https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm (consultado el 24 de febrero de 2016).

²³² Hepple, *Loc. cit.*, p. 172; y, en especial, Lim, *Loc. cit.*, in 5.2.4. “Articles of GATT Pertinent to the Social Clause”.

llevarse a cabo con una mayor eficacia a través del art. XXIII. Este artículo, junto con el art. 26 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias, permite a una parte contratante llegar a actuar contra la otra si esta primera considera que una ventaja suya resultante del Acuerdo se halle anulada o menoscabada como consecuencia de la actuación de la última. Al respecto, los Estados Unidos presentaron una propuesta de reforma del art. XXIII del GATT de 1947, con objeto de calificar explícitamente las condiciones de trabajo no equitativas como obstáculo al comercio internacional²³³. En todo caso, para alegar la “anulación y menoscabo”, se exige que la parte afectada demuestre el perjuicio económico que implica el comportamiento de la otra parte. De este modo, en el supuesto de los derechos sociales, y debido al alcance competencial de la OMC, debe establecerse una relación entre la violación de los derechos y los perjuicios comerciales.

Junto con las referencias señaladas, en el intento de potenciar la acción de la OMC para promover la justicia social, se ha explorado la vía de la interpretación analógica. En esta línea de razonamiento, se ha traído a colación el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual (ADPIC)²³⁴. En primer lugar, el ADPIC tiene una repercusión directa sobre el reconocimiento de los derechos humanos, en particular el derecho a la salud²³⁵. En segundo lugar, en tanto que protector de los derechos de propiedad intelectual, y pese a las aproximaciones conceptuales distintas, está vinculado al comercio con el “mismo cordón umbilical” que los aspectos sociales²³⁶. Así, ambas cuestiones constituyen las llamadas *trade related issues*.

Entre los acuerdos e instrumentos jurídicos que marcan el ámbito de actuación de la OMC para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Estados miembros, figura el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias (EDS), que regula el sistema de solución de diferencias de la OMC. Su función consiste en preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones de dichos acuerdos. A tenor del art. 19.1 del EDS, las recomendaciones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC deben contener la conclusión, positiva o negativa, sobre la compatibilidad de una medida

²³³ Hinojosa Martínez, *Loc. cit.*, p. 225.

²³⁴ Amaral Junior, *Loc. cit.*, pp. 28-31; Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 85. El ADPIC se insertó en el Anexo 1C del Acta Final de la Ronda de Uruguay.

²³⁵ Amaral Junior, *Loc. cit.*, p. 28.

²³⁶ Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 85.

con un acuerdo abarcado²³⁷.

No obstante, la limitación del derecho aplicable a los acuerdos abarcados no necesariamente presupone el hermetismo del subsistema normativo de la OMC. El art. 3.2 del ESD ofrece una vía de conexión entre el subsistema y el sistema del Derecho internacional público, al indicar que las aclaraciones de las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados se llevan a cabo “de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público”²³⁸.

También hay que decir que la doctrina está dividida en cuanto a esta cuestión. Se plantean opiniones más restrictivas que insisten en que el único Derecho aplicable en las diferencias en el seno de la OMC es el contenido en los acuerdos abarcados²³⁹. Aun así, sus adeptos no pretenden aislar el sistema jurídico de la OMC, sino, teniendo en cuenta su particularidad, situarla dentro del sistema más general del Derecho internacional. De este modo, cuando sostienen que los acuerdos abarcados son el único Derecho aplicable por los órganos resolutorios de la OMC, lo hacen partiendo de una aceptación restringida del término “Derecho aplicable”, esto es, solo aquellas normas que pueden ejecutarse para preservar los derechos y obligaciones dimanantes de las mismas. Mientras que otras normas internacionales, aunque no se apliquen ni ejecuten, pueden utilizarse y, en ocasiones, tenerse en cuenta para interpretar los acuerdos abarcados²⁴⁰. Con todo, abogan por la unidad del sistema del Derecho internacional, lo que resulta importante para la argumentación de este estudio, que pretende relacionar, desde el punto de vista jurídico, el comercio y la justicia social.

²³⁷ Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 91.

²³⁸ Sobre la incidencia del Derecho internacional público en la práctica de la OMC, véase, en particular, ONU, *Fragmentación del Derecho internacional*, párrs. 165-171; Fernández Pons, X., *La OMC y el Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, en particular, pp. 131 y ss. En el mismo sentido, Blázquez Navarro, I., “Cumplimiento del Derecho Internacional en el sistema de solución de diferencias en la OMC”, *REDI*, vol. LVIII, 2006, p. 195.

²³⁹ ONU, *Fragmentación del Derecho internacional*, párrs. 166-167. Así, entre otros, Trachtman sostiene que “WTO dispute resolution panels and Appellate Body are limited to the application of substantive WTO law and are not authorized to apply general substantive international law or other conventional international law”, Trachtman, J.P., “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *Harvard ILJ*, vol. 40, 1999, p. 10, disponible en: www.worldtradelaw.net/articles/trachtmandomain.pdf. En esta misma línea se sitúa G. Marceau, manteniendo que “only provisions of the ‘covered agreements’ can be the ‘applicable law’ applied and enforced by panels and the Appellate Body”, Marceau, G., “A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement System”, *JWT*, vol. 33, 1999, p. 113.

²⁴⁰ Trachtman, *Loc. cit.* p. 136; Marceau, *Loc. cit.*, p. 87.

Lógicamente, la postura “aperturista” favorece aún más al objetivo pretendido. No son pocos los que, en principio, admiten cualquiera de las fuentes del Derecho internacional como Derecho potencialmente aplicable por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación²⁴¹. De entrada, puede parecer que la referencia a las “normas usuales de interpretación del Derecho internacional público” del art. 3.2 del ESD constituye una remisión tan solo a las normas sobre la interpretación, especialmente a los arts. 31-33 del Convenio de Viena. Sin embargo, tras el estudio de las disposiciones convencionales sobre la interpretación de los tratados, se perfila la posibilidad de que los órganos resolutorios de la OMC atiendan a cualquier otra norma del Derecho internacional. El art. 31.3 del Convenio contiene una previsión muy amplia al respecto.

Ahora bien, el art. 31.3 (c), citado anteriormente, hace pensar en los eventuales conflictos entre las normas de la OMC y otras normas internacionales, por ejemplo, en el contexto de las restricciones comerciales impuestas para tratar de proteger ciertos derechos humanos universalmente reconocidos. El problema referido se plantea en el conocido y largamente comentado asunto *Estados Unidos – Medida que afecta a la contratación pública (“Massachusetts – Myanmar”)*²⁴². En este asunto, las Comunidades Europeas (CC.EE.) y Japón reclamaron contra una ley promulgada por la Comunidad de Massachusetts el 25 de junio de 1996, denominada Ley que regula los contratos del Estado con empresas que realizan transacciones comerciales con Myanmar (antigua Birmania). En esencia, la Ley estipulaba que las autoridades públicas de la Comunidad no estaban autorizadas a adquirir bienes ni contratar servicios de ninguna persona que realizase transacciones comerciales con Myanmar. Los motivos de esta prohibición se justificaban por las transacciones de numerosas empresas que operaban en Myanmar y se asociaban con el Gobierno o las empresas estatales implicadas en violaciones masivas de los derechos humanos, en concreto, el recurso sistemático y generalizado al trabajo forzoso. Como pone de manifiesto de manera muy gráfica

²⁴¹ ONU, *Fragmentación del Derecho internacional*, párrs. 168-169; Bartels, L., “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *JWT*, vol. 35, 2001, 459-519, p. 502; Pamer, D., Mavrodís, P. C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2ª ed., 2004, p. 50; Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 490; Jackson, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 243-247.

²⁴² Reclamaciones presentadas por la Comunidad Europea (WT/DS88) y por Japón (WT/DS95). Véase más información sobre el asunto en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds88_s.htm y en Fernández Pons, *op. cit.*, pp. 170-176.

Martín Ortega, el Gobierno de Myanmar se mostraba “brutal y represivo con su población” y, a la vez, “especialmente receptivo para el capital extranjero”²⁴³.

En este asunto, pese a que las CC.EE. condenaron en reiteradas ocasiones al Gobierno de Myanmar y suspendieron su inclusión en el sistema generalizado de preferencias para los países en desarrollo²⁴⁴, prevalecieron los intereses de las empresas europeas que operaban en el país. Las CC.EE. y Japón alegaron que la prohibición impuesta por la Ley de Massachusetts implicaba que los Estados Unidos incumplían las obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo sobre Contratación Pública, incluido en el Anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC y, en concreto, los arts. VIII, X y XIII, que establecen, entre otros aspectos, el principio de no discriminación y la obligación general de que “las condiciones de participación en las licitaciones se limitarán a las que sean indispensables para cerciorarse de la capacidad de la empresa para cumplir el contrato de que se trate”²⁴⁵.

La defensa de los Estados Unidos podría haberse basado en el art. XXIII del Acuerdo sobre Contratación Pública, titulado “Excepciones a las disposiciones del Acuerdo”, que incluye una serie de supuestos, inspirados en los arts. XX y XXI del GATT, que regulan las excepciones generales y las excepciones relativas a la seguridad. El mencionado art. XXIII contempla, por ejemplo, mediadas “necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos, proteger la salud y la vida humana” o “relacionadas con artículos fabricados o servicios prestados [...] en instituciones [...] penitenciarias”. Sin duda, las previsiones del GATT y el Acuerdo sobre Contratación Pública pueden dar cobertura a ciertas restricciones comerciales impuestas por razones sociales, como reacción a las prácticas inadmisibles del trabajo forzoso, la esclavitud y otras que atentan gravemente contra los derechos humanos fundamentales.

²⁴³ Martín Ortega, O., “Globalización, negocios y derechos humanos: el caso de Birmania/Myanmar”, en J. M. Faramiñan Gilbert, J. M., (Coord.), *Globalización y comercio internacional – Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI – Jaén 2003*, Madrid, BOE - AEPDIRI - Universidad de Jaén, 2003, pp. 183-195.

²⁴⁴ Véase el Reglamento (CE) n. 552/97 del Consejo, de 24 de marzo de 1997, por el que se retira temporalmente a la Unión de Myanmar el beneficio de las preferencias arancelarias generalizadas, *DOCE* L 85, de 27 de marzo de 1997, p. 8, y el Reglamento (CE) n. 980/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (2006-2008), en cuyo considerando 19 se precisa que, “debido a la situación política de Myanmar, debe mantenerse la retirada temporal de todas las preferencias arancelarias a las importaciones de productos originarios de ese país”, *DOCE* L 169, de 30 de junio de 2005, p. 2.

²⁴⁵ Art. VIII (b) del Acuerdo sobre Contratación Pública.

No obstante, los órganos resolutorios de la OMC no llegaron a analizar los problemas planteados en el contexto del asunto “*Massachusetts-Myanmar*”²⁴⁶. En 1999, las partes reclamantes solicitaron la suspensión de los trabajos del Grupo Especial, que no volvieron a reanudarse. Tal desarrollo del asunto se debió al reconocimiento de la inconstitucionalidad de la legislación de Massachusetts en los mismos Estados Unidos. Parece que varias empresas estadounidenses operaban en Myanmar y se vieron afectadas por estas normas. Así, en el caso *Crosby vs. National Foreign Trade Council*, un tribunal estatal y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declararon la inconstitucionalidad de la Ley por interferir en la política exterior que compete al Estado Federal²⁴⁷.

De hecho, la práctica de la OMC en este sentido es deliberadamente inexistente. La única referencia al tema laboral, citada en la página oficial, aparece en el Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*²⁴⁸. Se trata de una reclamación presentada por India en marzo de 2002, en la que cuestiona las preferencias arancelarias otorgadas por las Comunidades Europeas en el marco de los regímenes especiales, entre ellos, para la protección de los derechos laborales²⁴⁹. Según la postura de esta parte, tales regímenes creaban dificultades innecesarias para las exportaciones a las Comunidades, incluidas las abarcadas por las disposiciones generales del esquema SGP de estas, y anulaban y menoscababan las ventajas resultantes para la India de las disposiciones relativas a la nación más favorecida²⁵⁰.

La referencia al aspecto laboral en el contexto de este asunto también resulta marginal debido al cambio en la postura de India que, finalmente, se centró en la impugnación del régimen de estímulo para la lucha contra

²⁴⁶ Las actuaciones del Grupo especial se suspendieron en virtud del párr. 12 del art. 12 del ESD y no se reanudaron al cabo de 12 meses.

²⁴⁷ Véase, sobre el asunto, Denning, P. B. and McCall, J. H., “Crosby v. National Foreign Trade Council 120 S.Ct.2288”, *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 750-758; Fernández Pons, *op. cit.*, p. 176.

²⁴⁸ Véase sobre el asunto en:

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm y Fernández Pons, *op. cit.*, pp. 240-243.

²⁴⁹ Estos aspectos estaban regulados en el entonces vigente Reglamento n. 2501/2001 del Consejo, de 10 de diciembre de 2001, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, *DOCE* L n. 346, de 31 de diciembre de 2001.

²⁵⁰ Párr. 1 del artículo I del GATT de 1994 y los párrs. 2 a), 3 a) y c) de la Cláusula de Habilitación. En marzo de 2002, Venezuela y Colombia solicitaron que se les asociara a las consultas.

la producción y el tráfico ilícito de droga, desistiendo de sus reclamaciones relativas a los regímenes para la protección de los derechos laborales y la protección del medio ambiente. Como consta en el Informe del Órgano de Apelación, entre otras cuestiones, las disposiciones del Reglamento comunitario no preveían el mecanismo de incorporación de los beneficiarios adicionales a la lista de beneficiarios del régimen relacionado con la droga. Ello contrastaba con la posición respecto a los regímenes relativos a la protección de los derechos laborales y del medio ambiente, en cuyo caso se detallaba el procedimiento y los criterios sustanciales para solicitar la condición de beneficiario, de conformidad con estos dos regímenes²⁵¹.

Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación concluyeron que no estaba justificado el régimen especial relativo a la droga. No obstante, si el Grupo Especial se apoyó, esencialmente, en el razonamiento de India, el Órgano de Apelación hizo una interpretación más flexible y próxima a la postura de las CC.EE. Las Comunidades calificaron el Informe como una “derrota dulce” que, en definitiva, reconoce un mayor margen para que se establezcan distinciones entre los países en desarrollo. Según el Órgano de Apelación, se admite que se hagan distinciones entre los países en desarrollo para responder a las “necesidades de desarrollo, financieras y comerciales”, que pueden variar de unos países a otros. Ahora bien, estas necesidades deben evaluarse con arreglo a una “pauta objetiva”, que puede consistir en el amplio reconocimiento de tal necesidad, en el Acuerdo sobre la OMC o en instrumentos multilaterales adoptados por las OOI²⁵². En su análisis del asunto, Fernández Pons indica que el Órgano de Apelación ha dado una buena muestra de su permeabilidad por vía interpretativa a normas del Derecho internacional ajenas a los acuerdos abarcados²⁵³.

Junto con los argumentos expuestos de carácter jurídico, que permiten la apertura potencial del ESD a las diferencias sobre los aspectos laborales, es necesario tener en cuenta los argumentos de carácter pragmático. En este sentido, Winters invita a pensar en la hipótesis en que un país en vías de desarrollo ganase en el litigio contra un país económicamente desarrollado²⁵⁴. Según las reglas establecidas, quedaría autorizado para

²⁵¹ Párr. 182 del Informe del Órgano de Apelación, Doc. WT/DS246/AB/R, de 7 de abril de 2004.

²⁵² Párr. 163 del Informe del Órgano de Apelación, Doc. WT/DS246/AB/R, de 7 de abril de 2004.

²⁵³ Fernández Pons, *op. cit.*, p. 243.

²⁵⁴ Véase Winters, L. A., “Trade and Labor Standards: To link or Not to Link?”, in Basu, K. *et al.* (Eds.), *International Labor Standards. History, Theory, and Policy Options*, Blackwell

imponer sanciones comerciales al país que había infringido los acuerdos de la OMC. No obstante, al aplicar las sanciones, el país económicamente menos desarrollado se perjudicaría a sí mismo en mayor medida que a su socio infractor.

Con todo, en relación con las limitaciones de los mecanismos previstos para la aplicación coactiva de los informes adoptados, es común afirmar que los remedios establecidos en el ESD son insuficientes o solo son factibles para las grandes potencias. Tales remedios, regulados en el artículo 22 del ESD, consisten en una compensación “voluntaria” y sujeta a la negociación entre las partes o en la imposición por el Estado vencedor de una suspensión de concesiones u otras obligaciones al Estado incumplidor. En ambos casos, se deja sentir el peso de las partes enfrentadas. De este modo, cualquier Estado miembro de la OMC puede reclamar a una gran potencia y “someterla” a un Grupo Especial y al Órgano de Apelación, pero para forzar el cumplimiento de una “condena” cada Miembro queda a expensas de su respectivo poder, con lo que algún autor ha afirmado que “the legalization of disputes under WTO stops, in effect, roughly where noncompliance starts”²⁵⁵.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que los derechos socio-laborales fundamentales están estrechamente vinculados con los aspectos comerciales y deben tenerse en cuenta en una economía eficiente.

3. *Soft law* y opciones estratégicas

Las estrategias de la OMC para hacer efectiva la justicia social se ven limitadas por el marco competencial que, en principio, no admite la acción directa. No obstante, en un mundo globalizado, se planea la necesidad de reformar las políticas internacionales en distintos ámbitos para que guarden coherencia entre sí. Como destacó la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, estas políticas, en gran medida, se centran en facilitar la apertura del mercado y conceden escasa atención a

Publishing, EGDI, 2003, pp. 312-313.

²⁵⁵ Pauwelyn, J., “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules – Towards a More Collective Approach”, *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 335-347, p. 335, el párrafo citado por Fernández Pons, X., “La evolución de la solución de diferencias en el sistema multilateral de comercio: una recurrente dialéctica entre pragmatismo y legalismo”, 2011, p. 12, disponible en: http://live.v1.udesa.edu.ar/files/UAHumanidades/EVENTOS/Paper_FernandezPons_160812.pdf (visitado el 10 de abril de 2016).

los objetivos de la creación de empleo y la protección social²⁵⁶. Pasados años desde el Informe emblemático citado, siguen vigentes los desequilibrios indicados. En este sentido, se plantean reproches a la OMC en cuanto al contenido de las negociaciones de la Ronda de Doha y el resultado de la Conferencia Ministerial de Bali, de 2013. En particular, se le achaca la falta de consideración del impacto de las negociaciones comerciales en el empleo y el bienestar social, y se advierte sobre la conveniencia de establecer un diálogo con otras OOII [la OIT, la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)] para abordar las cuestiones de desarrollo como una problemática global²⁵⁷. Resulta evidente que el enfoque exclusivo hacia las reglas económicas más justas no es suficiente para el desarrollo sostenible en un mundo globalizado, y debe complementarse con la protección de los derechos humanos y la adopción de medidas para promover la justicia social²⁵⁸.

¿Cuáles son los presupuestos favorables para la adopción, por parte de la OMC, de estrategias comunes con otras OOII en la búsqueda de la justicia social?

En primer lugar, las OOII directamente comprometidas con el problema, mencionadas en las líneas más arriba, mantienen vínculos con el sistema de la ONU²⁵⁹. Así, la OIT y la OMS son organismos especializados de la ONU, cuya creación está prevista en el art. 57 de la Carta de las Naciones Unidas; y que se vinculan a la ONU mediante acuerdos, en virtud del art. 63. La UNCTAD es una conferencia de la ONU que rinde cuentas ante la Asamblea General (AG). Curiosamente, su creación en 1964 supuso una opción para llenar el vacío que dejó el proyecto nonato de la Organización Internacional del Comercio²⁶⁰. El vínculo de la OMC es de una intensidad bastante menor, al no estar considerada como uno de los organismos especializados. Hay quien afirma que la OMC se desvinculó deliberadamente y definitivamente de la ONU²⁶¹. No obstante, no parece

²⁵⁶ Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, párr. 492, p. 122.

²⁵⁷ Cfr. Global Unions, *Declaración de prioridades de la Agrupación Global Unions (ITUC, CSI, IGB) a la VII Conferencia Ministerial de la OMC*, 30 de noviembre – 2 de diciembre de 2009, Ginebra, 2009, párr. 3, p. 1; Barreto Menini, V., “El ‘Paquete de Bali’: ¿un éxito para América Latina?”, *Análisis: Transformaciones Globales*, abril 2014, Buenos Aires, Fundación Friedrich Ebert, 2014, p. 4, en: www.nuso.org (consultado el 20 de febrero de 2014).

²⁵⁸ Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, párr. 414, p. 100.

²⁵⁹ Véase más información en: <http://www.un.org/es/aboutun/structure/> (consultado el 20 de febrero de 2014).

²⁶⁰ Sierralta Ríos, *op. cit.*, p. 151.

²⁶¹ Benedek, W., “Relations of the WTO with other International Organizations and NGOs”, en Weiss, F., Denters, E. and Waart, P. (Eds.), *International Economic Law with*

correcto del todo afirmar que no exista tal vínculo. Como consta en la página oficial de la OMC, desde su creación, mantiene unas relaciones estrechas con las Naciones Unidas y sus distintas agencias, y, además, se considera como un “órgano conexo”, relacionado con las Naciones Unidas mediante el Entendimiento para una cooperación efectiva con otras Organizaciones intergubernamentales - Relaciones entre la OMC y la ONU, de 1995²⁶².

En virtud del acuerdo señalado, el marco global de las relaciones entre la ONU y la OMC sigue el patrón del previo acuerdo entre la ONU y el GATT y se caracteriza por una serie de elementos básicos²⁶³.

- 1) Se establece el compromiso de intercambio de la información relevante.
- 2) Se acuerda sobre una representación recíproca en los órganos competentes de ambas OOII.
- 3) Está prevista la participación de la OMC en el Comité Administrativo de Coordinación [desde el 2001, la Junta de los Jefes Ejecutivos para la Coordinación (JJE)]²⁶⁴ y sus órganos subsidiarios.
- 4) Se establece la cooperación entre las secretarías de ambas OOII, en particular, en los ámbitos de estadística y administrativo.

Entre los elementos mencionados, la JJE es una herramienta de referencia, que corresponde al deseo de establecer un mecanismo para coordinación y cohesión de distintas organizaciones y organismos especializados de la ONU. Actualmente, está formada por 29 organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, 15 organismos especializados, 11 fondos y programas y

Human Face, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 480; White, N. D., *The United Nations System. Towards International Justice*, Colorado and London, Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 100.

²⁶² *Cfr.* WTO, Arrangement for Effective Cooperation with other Intergovernmental Organizations, Relations between the WTO and the United Nations, Communication from the Director-General, WTO Doc. WT/GC/W/10, 3 November 1995. Véase más información en: *The WTO and the United Nations*, www.wto.org (visitado el 20 de febrero de 2015). Véase, también UN Doc. A/51/331, párr. 3. En el Documento citado consta lo siguiente: “On 29 September 1995, an exchange of identical letters between the Secretary-General of the United Nations and the Director-General of WTO established a global arrangement for cooperation between the two organizations. This arrangement was preceded by the consultations held within the framework of General Assembly resolution 49/97 and the decision of 3 April 1995 of the General Council of WTO, which mandated the Director-General of WTO to conclude such global arrangement based on the previous United Nations/General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) relationship”.

²⁶³ *Cfr.* UN Doc. A/51/331, párr. 4.

²⁶⁴ Véase sobre la JJE en:

<http://www.unsceb.org/es/content/informaci%C3%B3n-sobre-la-jje> (visitado el 25 de febrero de 2015).

2 organizaciones relacionadas (entre ellas, la OMC)²⁶⁵.

En los documentos temáticos de la JJE, podemos encontrar iniciativas de coordinación de los esfuerzos entre los organismos mencionados. En 2005, se destacó una propuesta interesante en la línea del presente estudio, para elaborar “una estrategia coherente y coordinada sobre el empleo”²⁶⁶. Se trataba de la Agenda Global del Empleo, una iniciativa de la OIT que situaba el empleo en el corazón de las políticas económicas y sociales, e incluía una alianza estratégica para la consecución de los objetivos del empleo con las instituciones de Bretton Woods y otras (la UNESCO, la UNEP y la OMC). Sin duda, esta iniciativa estratégica se situaba dentro de los marcos competenciales de la OMC y la OIT y resaltaba el punto de conexión importante de ambas, ya mencionado antes, que es el empleo.

Por lo general, hay que señalar que, pese a la insistencia en la cooperación, la coherencia y la cohesión entre los organismos del sistema de la ONU, se perfilan pocos ámbitos donde se unen los esfuerzos de la OMC y la OIT. La OMC se implica en las propuestas relacionadas con el comercio, en asociación con las instituciones financieras o la UNCTAD²⁶⁷, mientras que la OIT, tradicionalmente, encabeza los temas de la justicia social, la protección social y los derechos humanos, con la ausencia manifiesta de la OMC entre las instituciones asociadas a estas propuestas²⁶⁸. De hecho, en el documento de la JJE sobre la crisis, la justicia social no aparece en la lista de las prioridades de la acción conjunta. La encabezan las áreas de las “finanzas”, el “comercio” y el “empleo”²⁶⁹. Es más, en este documento, no se incluye la OMC en la lista de las instituciones asociadas a las iniciativas sobre el empleo.

Hoy en día, la JJE es una autoridad más destacada para intentar coordinar las políticas de distintas OOII especializadas. Celebra sus reuniones dos veces al año, bajo la presidencia del Secretario General de la ONU (SG), e informa de sus actividades al Consejo Económico y Social (ECOSOC).

También es relevante la función del ECOSOC como posible canal para una mayor cohesión. Y, aunque la OMC no mantiene vínculos institucionales con este órgano, como les corresponde a los organismos

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ CEB, *One United Nations. Catalyst for Progress and Change. How the Millennium Declaration is changing the UN system work*, CEB Issue Paper, New York, 2005, párr. 41, p. 15.

²⁶⁷ CEB, 2005, párrs. 64-66; CEB, *The global financial crisis and its impact on the work of the UN system*, CEB Issue Paper, New York, 2009, párrs. 28-32, pp. 11-12.

²⁶⁸ CEB, 2005, párr. 95.; CEB, 2009, párrs. 33-37, pp. 13-14; párrs. 42-45, pp. 19-20.

²⁶⁹ “(...) The eight key priority areas are: finance; trade; employment, production and aggregate demand; environment; food security; social services, empowerment and protection of people; humanitarian, security and social stability, and international cooperation for development”. CEB, 2009, párr. 17, p. 7.

especializados del sistema de la ONU, colabora activamente con él. En la misma línea de una mayor coordinación y coherencia de las políticas, el ECOSOC celebra unas reuniones anuales con las instituciones de Bretton Woods, la OMC y la UNCTAD²⁷⁰. Estas reuniones de alto nivel ofrecen otra vía estratégica para el objetivo pretendido²⁷¹. Su centro de atención se sitúa en orientar las políticas económicas y financieras hacia los intereses de desarrollo, en la consonancia con los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU [(ODM), actualmente los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)]. En la reunión de alta nivel del ECOSOC, de 14 y 15 de abril de 2014, se señalaron varios aspectos de interés. Entre otros, se destacó el problema de empleo como un desafío importante para muchos países de la zona euro²⁷². Por otro lado, se puso de manifiesto una tendencia hacia el debilitamiento del sistema multilateral del comercio de la OMC. En este sentido, los acuerdos concluidos en Bali no parecían tener efectos claros, en todo caso considerables, en el comercio durante los próximos años. En cambio, se perfilaba la creciente importancia de los procesos regionales. Las negociaciones de los acuerdos comerciales “megaregionales” (los acuerdos comerciales y de inversiones transatlántico, entre los EE.UU. y la UE, y transpacífico, entre los doce países de la cuenca del pacífico, incluidos EE.UU. y Japón, ya firmado en 2016) se han impuesto como una alternativa real y efectiva a la Ronda de Doha²⁷³.

²⁷⁰ Special high-level meeting of the Economic and Social Council (ECOSOC) with the Bretton Woods institutions (BWIs), the World Trade Organization (WTO) and the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/springmeetings/> (visitado el 28 de febrero de 2015).

²⁷¹ Como consta en el Documento de la reunión de 2014, muchos ven al ECOSOC como una plataforma importante para reforzar el multilateralismo y mejorar la cooperación internacional. Véase AG/ECOSOC, *Summary by the President of the Economic and Social Council of the special high-level meeting of the Council with the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organization and the United Nations Conference on Trade and Development*, New York, 14 and 15 April 2014, UN Doc. A/96/83-E/2014/71, p. 17.

²⁷¹ Como consta en el Documento de la reunión de 2014, muchos ven al ECOSOC como una plataforma importante para reforzar el multilateralismo y mejorar la cooperación internacional. Véase AG/ECOSOC, *Summary by the President of the Economic and Social Council of the special high-level meeting of the Council with the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organization and the United Nations Conference on Trade and Development*, New York, 14 and 15 April 2014, UN Doc. A/96/83-E/2014/71, p. 17.

²⁷² En particular, se hizo una referencia expresa a España y Grecia, donde la cifra de desempleo supera el 27 por ciento, y de desempleo juvenil, el 50 por ciento. UN, *World Economic Situation and Prospects 2014*, United Nations Publications, New York, 2014, p. vi.

²⁷³ UN, *World Economic Situation and Prospects 2014*, p. vi.

La OMC y la UNCTAD vela por el desarrollo sostenible e intenta proteger los intereses de los países económicamente menos adelantados. La cooperación entre las dos se ha ilustrado en el análisis de las actividades de la JJE y el ECOSOC. Además, en abril de 2003, la OMC y la UNCTAD firmaron un Memorando de Entendimiento que refuerza su vínculo, al establecer el compromiso de cooperación y de consultas periódicas para la asistencia técnica, así como de estudio conjunto sobre las cuestiones seleccionadas²⁷⁴. A menudo, los mismos representantes gubernamentales asisten a las reuniones de las dos organizaciones.

Al defender el comercio con “un rostro humano”, la UNCTAD desarrolla con frecuencia un análisis crítico de las políticas e instrumentos de la OMC²⁷⁵. Por un lado, reconoce los aspectos positivos de las negociaciones. Pone de manifiesto los logros posteriores a la Ronda de Uruguay, que ampliaron considerablemente tanto los países implicados como las líneas arancelarias incluidas. También se hicieron extensivas a ámbitos comerciales que iban más allá del comercio de bienes, y se aplicaron los principios de la nación más favorecida y el trato nacional al comercio de una gran diversidad de servicios, como las finanzas, el turismo, la educación y la sanidad. En consecuencia, todos los Estados miembros de la OMC aceptaron restricciones a su aplicación de unas políticas más amplias, entre ellas algunas concebidas para fomentar y dirigir la transformación estructural de sus economías.

Por otro lado, algunas de las políticas, a las que se renunciaron en estos años, habían sido importantes para el éxito de los procesos de desarrollo. Por ejemplo, la utilización de subvenciones, limitada por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, había sido uno de los instrumentos preferidos para impulsar la transformación estructural, sobre todo en los países del Asia Oriental. Del mismo modo, las condiciones impuestas a inversores extranjeros con respecto a las exportaciones, el contenido nacional y la transferencia de tecnología, restringidas en virtud del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), se habían utilizado con frecuencia para fomentar la creación de vínculos entre inversores extranjeros y fabricantes locales. Junto con ello, muchos países, entre ellos países ahora desarrollados, habían utilizado anteriormente la retroingeniería y otros métodos de

²⁷⁴ Véase más información a respecto en:

<http://unctad.org/es/Paginas/About%20UNCTAD/Relationship-with-other-agencies.aspx> (visitado el 1 de marzo de 2015).

²⁷⁵ En las líneas siguientes, se sigue al razonamiento de la UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, Informe general, Ginebra, 2014, pp. 19-20.

²⁷⁶ UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014, p. 20.

imitación basados en el acceso a la tecnología, que luego se restringieron en virtud del ADPIC.

Aun así, a pesar de las mayores restricciones impuestas al uso de determinados instrumentos de políticas, los miembros de la OMC mantienen cierta flexibilidad para apoyar la transformación estructural, inclusive en la política arancelaria, donde algunas líneas todavía no están consolidadas, y donde la diferencia entre aranceles consolidados y aplicados deja cierto margen para retocarlos en apoyo de los objetivos del desarrollo. Los miembros de la OMC también pueden seguir usando algunos tipos de subvenciones y criterios para fomentar la investigación y el desarrollo y las actividades innovadoras, así como aprovechar las flexibilidades existentes en el uso de créditos a la exportación. Por ejemplo, en virtud del Acuerdo MIC, los responsables políticos pueden seguir imponiendo a los inversores extranjeros condiciones para entrar en sectores específicos, incluidas determinadas industrias. El Acuerdo también permite cierta flexibilidad, gracias al mecanismo de licencias obligatorias, por el que las autoridades pueden permitir a otras empresas distintas del titular de la patente utilizar los derechos a una patente, y las importaciones paralelas, es decir, las importaciones de artículos de marca en un mercado donde pueden venderse sin el consentimiento del titular de la marca de fábrica o de comercio²⁷⁶.

Con todo, la cooperación para el desarrollo y la protección de los derechos humanos constituyen los dos contextos principales en los que se lleva a cabo la actividad de la ONU con implicación en las cuestiones económicas y sociales. No obstante, pese a todos los esfuerzos, hay que reconocer que la práctica de esta OI no ha pasado por asumir la vinculación entre el comercio y las relaciones laborales – y, aún más generalmente, con el respecto de los derechos humanos – como un asunto preferente de su amplia agenda²⁷⁷. Estas cuestiones siguen en manos de las OOII especializadas, en particular de la OIT, en función de un “principio interorganizacional de buena vecindad” entre las OOII y de equilibrio entre instituciones²⁷⁸.

Sin embargo, en los últimos años, la ONU ha declarado su adhesión a los valores de la justicia social mediante una serie de recomendaciones de la AG. Entre otras, en la Resolución, de 16 de septiembre de 2005, en consonancia el Informe de la Comisión sobre la Globalización Equitativa,

²⁷⁶ UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, 2014, p. 20.

²⁷⁷ Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 80.

²⁷⁸ Véase sobre el principio Blokker, N., “Proliferation of International Organizations: An Exploratory Introduction”, en Blokker, N. y Schermers, H. G. (Eds.), *Proliferation of International Organizations: legal issues*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 30.

de 2004, repite que un sistema comercial multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo y una liberalización racional del comercio pueden estimular considerablemente el crecimiento en todo el mundo²⁷⁹. En este sentido, el comercio contribuye a la promoción del crecimiento económico, el empleo y el desarrollo para todos²⁸⁰. Unos años después, la AG reafirmó el compromiso contraído en virtud de la Declaración de 2005, en especial, en relación con el empleo pleno y productivo y el trabajo decente, al proclamar el 26 de noviembre como Día Mundial de la Justicia Social²⁸¹. En este Documento, se reconoce que el desarrollo y la justicia social son indispensables para el mantenimiento de la paz, y que, a su vez, el desarrollo y la justicia social no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad, o si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. También se reconoce que, para sostener el desarrollo social y la justicia social, es necesario un crecimiento económico de base amplia y sostenida, y que la globalización y la interdependencia están abriendo nuevas oportunidades mediante el comercio para el crecimiento de la economía mundial, el desarrollo y la mejora del nivel de vida²⁸². Las resoluciones citadas indican que la ONU está dispuesta a reconocer la importancia de la conexión entre el comercio y la justicia social y tomar partido en la promoción de ambos aspectos, pero mediante unos documentos de carácter declarativo, no vinculantes.

En el marco de la OMC, se observa una tendencia general a delimitar las competencias y atribuir las cuestiones sociales al ámbito de actividades de la OIT. Esta tendencia se manifiesta en el contexto del conocido debate sobre el dumping social. Así, ya en la década de los setenta, surgen propuestas, aunque sin éxito, de incorporar una cláusula social a los acuerdos y tratados de comercio internacional²⁸³. Se hablaba entonces de los costes bajos de la mano de obra y las jornadas laborales prolongadas. Tanto en el seno del GATT, como en la primera etapa de la OMC, durante las negociaciones, se pone de manifiesto la preocupación por la defensa de los derechos de los trabajadores en el desarrollo del comercio

²⁷⁹ ONU, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, Res. AG A/RES/60/1, de 16 de septiembre de 2005, párr. 27, p. 7.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ ONU, *Día Mundial de la Justicia Social*, Res. AG 62/10, de 26 de noviembre de 2007.

²⁸² ONU, *Día Mundial de la Justicia Social*, párrs. 2 y 3.

²⁸³ En 1976, la *International Textile, Garment and Leather Worker's Federation* exigió que se agregara una cláusula social en el GATT, cosa que no prosperó. Más tarde, en 1981 y nuevamente en 1986, hubo propuestas por parte de los sindicatos para incluirla en los protocolos de extensión del Acuerdo Multifibras (AMF), que tampoco se concretaron. Véase Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 182-184, en particular, p. 183.

internacional. No obstante, en la argumentación, el acento se sitúa claramente en el comercio, al alegar que las normas laborales “anormalmente bajas” en contravención con las normas de la OIT podrían considerarse como competencia desleal en el régimen comercial internacional²⁸⁴.

La Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996, contiene contribuciones importantes al respecto²⁸⁵. Las organizaciones de trabajadores y otras ONG, generalmente de los países industrializados, invocaron la “clausula social” como instrumento de protección de los estándares generales en el trabajo, y promovieron su inclusión en el sistema de control de la OMC. Así, según su convencimiento, la extensión del sistema de sanciones comerciales a las cuestiones laborales reforzaría la eficacia de los estándares internacionales en el trabajo que, en la actualidad, “carecen de dientes” (*have no teeth*). Dichas propuestas chocaron con la oposición de la mayoría de Estados miembros de la OMC, en particular de los países en desarrollo, que vieron unos motivos proteccionistas camuflados detrás de la promoción de la “clausula social”.

En consecuencia, el resultado final de la Conferencia de Singapur consiste en renovar el compromiso de respetar las normas fundamentales en el trabajo internacionalmente reconocidas, y considerar que son precisamente el crecimiento y el desarrollo económicos, impulsados por el crecimiento del comercio y la mayor liberalización comercial, los que contribuirán a la promoción de esas normas. Se rechaza la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas, y se conviene que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, especialmente de los países en desarrollo de bajos salarios.

No obstante, la Declaración de Singapur pone de manifiesto que la OIT es el órgano competente para establecer las normas en el trabajo y ocuparse de ellas. Por su parte, la OMC tan solo muestra su apoyo para la promoción de las mismas y para la colaboración en esta línea de las Secretarías de la OMC y la OIT.

Además, en sus observaciones finales, el Ministro de Comercio e Industria de Singapur y a la sazón Presidente de la Conferencia Ministerial declara que “no se incluye en el programa de la OMC la cuestión de la relación entre el comercio y las normas del trabajo fundamentales”, y que “el texto (de la Declaración Final) no autoriza la realización de nuevos trabajos” en

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Declaración ministerial de Singapur, de 13 de diciembre de 1996, WT/MIN(96)/DEC/W, de 18 de diciembre de 1996, párr. 4. Véase, también Leary, V. A., “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, *EJIL*, n. 1, 1997, p. 119.

esta línea²⁸⁶.

Aun así, el tema vuelve a plantearse en la Conferencia Ministerial de Seattle en 1999, pero, una vez más, no se alcanza ningún acuerdo. En esa ocasión, se promovió el fortalecimiento de la dimensión social de la OMC mediante la creación de un Grupo sobre Comercio y Trabajo (EE.UU.) o un Foro de Trabajo conjunto de la OIT y la OMC sobre la globalización del comercio y cuestiones laborales (UE). Los sindicatos y ONG de los países desarrollados volvieron a formular su propuesta de incorporar los estándares laborales dentro del mecanismo de control de la OMC. Como en la Conferencia de 1996, la iniciativa topó con la oposición de los Estados en vías de desarrollo. Más tarde, en la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, se reafirma la Declaración de Singapur sobre el trabajo, sin que se produzca ningún debate específico.

El fracaso repetido de incorporar la “clausula social” en el sistema de normas de la OMC no impide que se establezca el vínculo entre los estándares comerciales y laborales a nivel bilateral. En este sentido, tanto EE.UU. como la UE vinculan ventajas comerciales al cumplimiento de las normas laborales mínimas en sus acuerdos comerciales con terceros Estados.

Es interesante destacar, que, en el marco de la OIT, las organizaciones de empresarios se mostraron bastante críticas con la “clausula social”, particularmente, dentro del sistema multilateral de la OMC²⁸⁷. En su opinión, resultaba dudoso que los objetivos sociales pudiesen alcanzarse mediante las sanciones comerciales. Es más, la aplicación de dichas sanciones podría alterar la política equilibrada que llevaba a cabo la OIT para promover los estándares internacionales laborales, aumentar las medidas proteccionistas e impedir el crecimiento económico, fundamental para el progreso social. Con todo, el camino emprendido por la OIT para revisar y reforzar los estándares laborales a partir de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, parecía una alternativa preferible a la de la acción más contundente de la OMC²⁸⁸.

De este modo, las declaraciones de la OMC de respetar las normas

²⁸⁶ WT/MIN(96)/9, párr. 8. Véase, también, la “Normas de trabajo: consenso, coherencia y controversia” en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey5_s.htm (consultado el 10 de febrero de 2015).

²⁸⁷ ILO, Wisskirchen, A. y Hess, Ch., *Employers' handbook on ILO standards-related activities*, Geneva, International Labour Office, 2001, pp. 65-66.

²⁸⁸ Véase Gil y Gil, J.L., “Globalización y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, 2015, pp. 1 y ss.

fundamentales en el trabajo, por un lado, y la admisión explícita de las normas internacionales para la interpretación, por otro, ofrecen otra vía estratégica en el compromiso con la justicia social de Organización. En efecto, si las obligaciones en el ámbito del empleo pueden contribuir a la actuación de la OMC desde la perspectiva competencial y estratégica, el imperativo de respetar los derechos humanos fundamentales marca una pauta importante de coordinación para la consecución de un resultado coherente o, al menos, no contradictorio. La unidad del Derecho internacional depende de la coherencia entre distintas normas de tratados ampliamente reconocidos y ratificados, como son los acuerdos comerciales del sistema de la OMC y los tratados de derechos humanos de la ONU. Entre los últimos, se sitúan los tratados que recogen los derechos socio-laborales fundamentales.

En primer lugar, hay que citar la DUDH, de 1948, concebida como un instrumento de carácter programático, pero que constituye, hoy en día, una norma consuetudinaria²⁸⁹. La lista de derechos protegidos se desarrolla y amplía posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP y PIDESC, ambos de 1966)²⁹⁰. Según la

²⁸⁹ La DUDH fue aprobada en la Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, por 48 votos a favor y 8 abstenciones (Unión Soviética y otros Estados socialistas, más Arabia Saudita y África del Sur). Dos delegaciones estaban ausentes (Honduras y Yemen). La DUDH no es *per se* obligatoria para los Estados miembros de la ONU. Sin embargo, su valor político-jurídico y su significado moral son considerables, debido a su influencia en los posteriores tratados en materia de Derechos Humanos y en las Constituciones y la legislación de los Estados. Véase, al respecto Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 14ª ed., 2010, pp. 207-208. En su estudio, J. Bonet Pérez indica que los enunciados de la Declaración son poco nítidos: el art. 23.4 enuncia el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; el art. 4 prohíbe la esclavitud y la servidumbre, aunque el art. 3 enuncia el derecho a la libertad y el art. 23.1 enuncia derecho a elegir libremente el trabajo; el art. 23.2 contempla el derecho a un salario igual, mientras que el principio de no discriminación del art. 2 es aplicable al art. 23 en toda su extensión material – incluido el derecho a “condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (párrafo 1) -; no se prohíbe explícitamente el trabajo infantil, aunque sí se protege la infancia en el art. 25.2. Véase Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 89.

²⁹⁰ El PIDCP, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, cuenta con 168 Estados partes en la fecha de 1 de febrero de 2015. Existen dos protocolos facultativos al PIDCP: Protocolo Facultativo de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, y Protocolo Facultativo Segundo, destinado a abolir la pena de muerte, de 15 de diciembre de 1989, en vigor desde el 11 de julio de 1991. El PIDESC, en vigor desde el 3 de enero de 1977, cuenta con 163 Estados partes en la fecha de 1 de febrero de 2015. El 3 de mayo de 2013, entró en vigor el Protocolo Facultativo al PIDESC, de 10 de diciembre de 2008. Los textos de los Pactos y otra información al respecto están disponibles en:

terminología de la ONU, los tres instrumentos mencionados, con sus protocolos correspondientes, reciben la denominación ambiciosa de “Carta Internacional de los Derechos Humanos”²⁹¹.

La Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, viene a consagrar expresamente estos derechos²⁹². El documento no pretende ampliar el catálogo de derechos, sino reiterar aquellos que ya están contemplados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, y que han hallado expresión en los convenios reconocidos como fundamentales²⁹³. En este instrumento, se declaró que todos los Estados Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Teniendo en cuenta el carácter general del llamamiento del art. 1(a) a cumplir los instrumentos fundamentales de la OIT, la Declaración puede interpretarse como un primer paso en la configuración de un verdadero orden público social internacional, que se imponga a todos los Estados.

Las normas de la OIT y de la ONU constituyen dimensiones complementarias para la garantía de los derechos en el trabajo, en la medida en que los derechos socio-laborales fundamentales forman parte de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Incluso, siendo

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> (consultado el 9 de marzo de 2015). España ratificó ambos Pactos el 27 de abril de 1977, BOE de 30 de abril de 1977. En cuanto a los derechos socio-laborales, los arts. 22 del PIDCP y 8 del PIDESC regulan el derecho a la libertad de asociación y a la libertad sindical; los arts. 8.3 del PIDCP y 6 del PIDESC contemplan la prohibición del trabajo forzoso, el último por la referencia a la libertad de elección del trabajo; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación la prevén los arts. 26 del PIDCP (igualdad ante la ley y no discriminación) y 7 (a) y (c) del PIDESC; la abolición del trabajo infantil la exigen el art. 24 del PIDCP que protege al menor, y el 10.3 del PIDESC.

²⁹¹ Véase la referencia en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> (consultado el 9 de marzo de 2015).

²⁹² Gil y Gil, J.L. y Ushakova, T., “La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Documentación Laboral*, n. 59, 1999, pp. 99-112.

²⁹³ Los ocho convenios fundamentales son los siguientes: Convenios n. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958; Convenio n. 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951; Convenio n. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948; Convenio n. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949; Convenio n. 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930; Convenio n. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957; Convenio n. 138 sobre la edad mínima, de 1973 y Convenio n. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Véase, al respecto, Gil y Gil y Ushakova, *Loc. cit.*, p. 107.

más detallada la redacción de los convenios de la OIT, las normas de la ONU prevén una remisión expresa a estos como normas jurídicas más favorables²⁹⁴. Además, la intersección normativa no se limita a los derechos fundamentales en el trabajo. El PIDESC contiene una serie de derechos laborales desarrollados en los convenios de la OIT, tales como: el derecho a trabajar (art. 6); el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7); el derecho a la seguridad social (art. 9); la protección de la maternidad en el ámbito laboral (art. 10.2); el derecho a la mejora e higiene en el trabajo y a la prevención y tratamiento de, entre otras, las enfermedades profesionales [art. 12 (b) y (c)].

Resulta evidente que, para que la intersección de estos dos núcleos normativos, el universal de la ONU y laboral de la OIT, o, en palabras de M. Delmas-Marty, la “internormatividad”²⁹⁵ sea completa, debe considerarse en el marco regulador del comercio multilateral que asegura la OMC²⁹⁶. En la misma línea, se opina que, aunque a veces puede ser útil destacar el carácter contradictorio de dos normas o conjuntos de normas, suele ser más apropiado superar la sensación de conflicto e interpretar el material pertinente destacando su contribución a un objetivo general compartido²⁹⁷. Un ejemplo de ello encuentra su expresión en la técnica de “apoyo mutuo”.

4. Conclusiones

El enfoque metodológico de este estudio establece dos líneas argumentales para reflexionar sobre una posible implicación más activa de la OMC en la consecución de la justicia social. La primera agrupa los argumentos relacionados con el entorno normativo de la OMC, esto es, su Tratado fundacional y el complejo sistema de acuerdos y mecanismos, tanto aquellos heredados del antiguo GATT como otros adoptados tras la creación de la OMC en 1994. La segunda línea se fundamenta en la práctica de cooperación con otras OOII, en particular las del sistema de la

²⁹⁴ Así sucede en materia de libertad sindical, tanto en el art. 22.4 del PIDCP como en el art. 8.3 del PIDESC, respecto al Convenio n. 87 de la OIT sobre libertad y protección del derecho de sindicación.

²⁹⁵ Delmas-Marty, M., “La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique”, en Auer, P., Besse, G. y Meda, D. (Dir.), *Délocalisation, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste?*, Paris, La Découverte, 2005, p. 248.

²⁹⁶ En la fecha de 1 de marzo de 2015, la ONU cuenta con 193 Estados miembros, la OIT con 185, y la OMC con 160, que representan el 98% del comercio mundial.

²⁹⁷ ONU, *Fragmentación del Derecho internacional*, párr. 412, p. 239.

ONU en virtud del imperativo de la coherencia del ordenamiento jurídico internacional, dictado por su creciente especialización y sectorización.

1. *Hard law*. Desde el punto de vista competencial, la OMC carece de funciones explícitas para ocuparse de las cuestiones de justicia social, entendida tal y como lo define la Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944. Recuérdate que su propósito principal es propiciar un panorama comercial más libre y competitivo. No obstante, la propia expansión del sistema normativo de la OMC, el artífice de un régimen especial o autónomo, exige ocuparse de cuestiones cada vez más diversas para poder llevar a cabo sus funciones con la debida eficacia. En esta línea de ideas, una primera hipótesis reside en la doctrina de las competencias implícitas, que pasa por la superación del funcionalismo rígido.

La segunda premisa está vinculada a la anterior y puede plantearse a partir de una interpretación teleológica distinta del Preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Así, cabría afirmar que el primer considerando contiene un concepto propio de la justicia social expresada en el objetivo de “elevar los niveles de vida, (...) lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y (...) acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”, objetivo concebido como primordial, mientras que la liberalización del comercio se articula como instrumental, al servicio del objetivo primario mencionado.

La tercera premisa se fundamenta en la interpretación de los acuerdos de la OMC. Entre otras, merecen mencionarse las normas que contienen las excepciones generales y especiales, referidas por ejemplo a la protección de la moral pública, la salud y la vida de las personas. Dichas excepciones permiten activar el mecanismo de salvaguardia de la coherencia del sistema internacional y conectar las normas comerciales con las normas de protección de los derechos humanos fundamentales.

La cuarta premisa permite explorar la vía de interpretación analógica en materia de las llamadas *trade related issues*, que se inicia a partir del ADPIC. La apertura de la regulación de la OMC a las cuestiones de la propiedad intelectual conlleva tener en cuenta los aspectos de los derechos humanos, y justifica la posterior ampliación a los aspectos sociales.

Finalmente, el art. 3.2 del ESD ofrece la conexión entre el subsistema normativo de la OMC y el sistema del Derecho internacional, aunque, por ahora, las cuestiones sociales han tenido una presencia muy marginal, casi

inexistente, en la práctica de solución de las diferencias en el marco de la OMC.

2. *Soft law*. En este bloque argumentativo, se explora el ámbito de cooperación de la OMC con distintas OOII con competencias en materia de justicia social. Hay que recordar que el Acuerdo de Marrakech es explícito en cuanto a la cooperación de la OMC con el FMI y el BIIRF. Sin embargo, esto no impide que la OMC coopere con otras OOII en las esferas donde sus intereses resulten afines.

Desde hace casi dos décadas, la OMC se desligó del debate sobre los aspectos sociales, en particular los derechos en el trabajo, y reconoció la competencia de la OIT en la materia. Sin embargo, expresó su compromiso de respetar los derechos fundamentales en el trabajo. Del mismo modo, la OMC participó en varios órganos creados para el estudio y análisis de los aspectos sociales.

La coherencia entre distintos subsistemas jurídicos y entre ellos y el sistema del Derecho internacional forma parte de la preocupación de la ONU. Al respecto, la OMC no está del todo ausente en los trabajos de las Naciones Unidas. Sin embargo, su participación se debilita teniendo en cuenta la menor intensidad de su vínculo, como un organismo conexo, y se limita básicamente a la presencia en algunas estructuras y en la elaboración de documentos estratégicos y programáticos conjuntos con otras OOII. En este sentido, sería conveniente reforzar la cooperación de la OMC, en particular con la OIT y la UNCTAD. Los trabajos iniciados con este propósito por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización podrían constituir una base estratégica para retomar el diálogo entre la OMC y las OOII con implicación social. Dicho diálogo permitiría a la Organización adquirir una visión cultural más abierta al factor humano, apreciando el significado del trabajo para el bienestar social como un elemento cultural relevante. Además, no debe descartarse que la sensibilización con la justicia social por medio de los instrumentos de *soft law* conlleve, con el tiempo, la cristalización en un compromiso más firme mediante la acción normativa.

5. Bibliografía

AG/ECOSOC, *Summary by the President of the Economic and Social Council of the special high-level meeting of the Council with the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organization and the United Nations Conference on Trade and Development*, New York, 14 and 15 April 2014, UN Doc. A/96/83-E/2014/71.

- Amaral Junior, A., “Le ‘dialogue’ des sources: fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain”, en Jouannet, E., Ruiz Fabri, H., Sorel, J.-M., (Dir.), *Regards d’une génération sur le Droit International*, Paris, Editions Pedone, 2008, pp. 7-33.
- Auer, P., Besse, G. y Meda, D. (Dir.), *Délocalisation, normes du travail et politique d’emploi. Vers une mondialisation plus juste?*, Paris, La Découverte, 2005.
- Barreto Menini, V., “El ‘Paquete de Bali’: ¿un éxito para América Latina?”, *Análisis: Transformaciones Globales*, Buenos Aires, Fundación Friedrich Ebert, 2014, en: www.nuso.org
- Bartels, L., “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *JWT*, vol. 35, 2001, pp. 459-519.
- Benedek, W., “Relations of the WTO with other International Organizations and NGOs”, en Weiss, F., Denters, E. y Waart, P. (Eds.), *International Economic Law with Human Face*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- Blázquez Navarro, I., “Cumplimiento del Derecho Internacional en el sistema de solución de diferencias en la OMC”, *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 175-204.
- Blokker, N. y Schermers, H. G. (Eds.), *Proliferation of International Organizations: legal issues*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Bollé, P., “La Revista Internacional del Trabajo y la OIT. Fragmentos de su historia”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, núm. Extraordinario, 2013.
- Bonet Pérez, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007.
- CEB, *One United Nations. Catalyst for Progress and Change. How the Millennium Declaration is changing the UN system work*, New York, 2005.
- CEB, *The global financial crisis and its impact on the work of the UN system*, CEB Issue Paper, New York, 2009.
- Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Ginebra, 2004.
- Delmas-Marty, M., “La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique”, Auer, P., Besse, G. y Meda, D. (Dir.), *Délocalisation, normes du travail et politique d’emploi. Vers une mondialisation plus juste?*, Paris, La Découverte, 2005.
- Denning, P. B. y McCall, J. H., “Crosby v. National Foreign Trade Council 120 S.Ct.2288”, *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 750-758.
- Diez de Velasco, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 15ª ed., 2008.

- Fernández Pons, X., *La OMC y el Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Fernández Pons, X., *La evolución de la solución de diferencias en el sistema multilateral de comercio: una recurrente dialéctica entre pragmatismo y legalismo*, 2011, disponible en: http://live.v1.udesa.edu.ar/files/UAHumanidades/EVENTOS/Paper_FernandezPons_160812.pdf.
- Fernández Rozas, J. C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 1ª ed., 2010.
- Gil y Gil, J. L. y Ushakova, T., “La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Documentación Laboral*, n. 59, 1999, pp. 99-112.
- Gil y Gil, J. L., “Globalización y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, 2015, pp. 1-50.
- Global Unions, *Declaración de prioridades de la Agrupación Global Unions (ITUC, CSI, IGB) a la VII Conferencia Ministerial de la OMC*, 30 de noviembre-2 de diciembre de 2009, Ginebra, 2009.
- Grisolia, J. A., *Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social*, Argentina, Abeledo Perrot, 13º edición, Tomo I, 2008.
- Gutiérrez-Solana Journoud, A., *La legitimidad social de las organizaciones internacionales. Estudio de las percepciones estatales y de la sociedad civil de la ONU, OMC y OIT*, Madrid et al., CEI, Marcial Pons, 2014.
- ILO: Wisskirchen, A. and Hess, Ch., *Employers' handbook on ILO standards-related activities*, Geneva, International Labour Office, 2001.
- Hepple, B., “The WTO as a Mechanism for Labour Regulation”, en Bercusson, B. y Estlund, C. (Eds.), *Regulating Labour in Wake of Globalisation. New Challenges, New Institutions*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 161-178.
- Hinojosa Martínez, L. M., “V. Los derechos sociales y el comercio internacional”, en Hinojosa Martínez, L. M. y Roldán Barbero, J. (Coord.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 122-127.
- Jackson, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Joseph, S., *Blame it on the WTO?*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Lal Das, B., *La OMC y el sistema multilateral de comercio*, Barcelona, Icaria, 2004.
- Leary, V. A., “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, *EJIL*, n. 1, 1997, pp. 118-122.

- Lim, H., *The Social Clause: issues and challenges*, disponible en <http://training.itcilo.it> (visitado el 15 de julio de 2015).
- Marceau, G., “A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement System”, *JWT*, vol. 33, 1999, pp. 87-152.
- Marías, J., *La justicia social y otras justicias*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1974.
- Martín Ortega, O., “Globalización, negocios y derechos humanos: el caso de Birmania/Myanmar”, en J. M. Faramiñán Gilbert y J. M., (Coord.), *Globalización y comercio internacional – Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI – Jaén 2003*, Madrid, boe - aepdiri -Universidad de Jaén, 2003, pp. 183-195.
- Mazower, M., *Governing the World. The History of an Idea*, London, Penguin Books, 2012.
- Mehta, P. S., *Social Clause as an Element of the WTO Process*, Jaipur, CUTS, 1998.
- OIT, *La Organización Internacional del Trabajo y la Justicia Social*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.
- ONU, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, Res. AG A/RES/60/1, de 16 de septiembre de 2005.
- ONU, *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la CDI elaborado por Koskenniemi, M., Doc. A/CN.4/L. 682, de 13 de abril de 2006.
- ONU, *Día Mundial de la Justicia Social*, Res. AG 62/10, de 26 de noviembre de 2007.
- Pameter, D. y Mavrodís, P. C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2ª ed., 2004.
- Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 14ª ed., 2010.
- Pauwelyn, J., “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules – Towards a More Collective Approach”, *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 335-347.
- Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Platón, *Diálogos, IV República*, Madrid, Gredos, 2000.
- Sierralta Ríos, A., *Teoría evolutiva del comercio internacional*, Lima, Ediciones de la Universidad ESAN, 2014.
- Taparelli, L., *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Roma, Coi tipi della Civiltà Cattolica, vol. I, 1855.

- Tchikaya, B., *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, Paris, Hachette, 5^o éd., 2010.
- Trachtman, J. P., “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *Harvard ILJ*, vol. 40, 1999, disponible en:
www.worldtradelaw.net/articles/trachtmandomain.pdf.
- UN, *World Economic Situation and Prospects 2014*, United Nations Publications, New York, 2014.
- UNCTAD, *Informe sobre el Comercio y el Desarrollo*, Informe general, Ginebra, 2014.
- Ushakova, T., “La cooperación de la OMC y la OIT para promover el empleo”, *Revista Doctrinal. Aranzadi Social*, n. 10, 2013, pp. 267-295.
- 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, pp. 79-106.
- Weiss, F., Denters, E. y Waart, P. (Eds.), *International Economic Law with Human Face*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- Winters, L. A., “Trade and Labor Standards: To link or Not to Link?”, en Basu, K. *et al.* (Eds.), *International Labor Standards. History, Theory, and Policy Options*, Blackwell Publishing, EGDI, 2003, pp. 309-313.
- White, N. D., *The United Nations System. Towards International Justice*, Colorado and London, Lynne Rienner Publishers, 2002.
- WTO, ILO, Baccheta, M., Jansen, M., *Making Globalization Socially Sustainable*, Geneva, 2011.

Comercio internacional y justicia social: el modelo de la Unión Europea*

Achim SEIFERT**

RESUMEN: El artículo analiza el papel que ha jugado el concepto de justicia social en las relaciones de comercio internacional en el derecho de la Unión Europea. En una primera parte, el autor demuestra que, en los comienzos de la integración europea, prevalecía un modelo económico de justicia social que se caracterizaba por la confianza en los efectos positivos del mercado común, y que, solo desde los años 1970, ha podido observarse el cambio hacia un concepto de justicia social más centrado en los derechos fundamentales de los trabajadores. Estos dos conceptos de justicia social, que resultan de diferentes etapas de la integración europea y que coexisten en el derecho de la UE, pueden entrar en conflicto. Una segunda parte estudia algunos ejemplos significativos de este conflicto entre el economismo de la UE y la idea más novedosa de anclar los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno del mercado interno de la UE. La tercera parte se consagra al análisis de la cuestión de saber qué concepto de justicia social prevalece en el comercio exterior de la UE: en este contexto, se trata particularmente de las cláusulas sociales que la UE ha establecido para sus relaciones de comercio exterior, a saber, el sistema de tarifas preferenciales generalizadas de la Unión, así como la cláusula social prevista por el Acuerdo de Cotonú con los países A.C.P., y del impacto de las varias iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa.

Palabras clave: Acuerdo de Cotonú, cláusulas sociales, comercio internacional, justicia social, libertades económicas fundamentales y derecho de huelga, mercado común, negociación colectiva, países A.C.P., Responsabilidad Social Corporativa, sistema de tarifas preferenciales generalizadas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El desarrollo del ideal de justicia social en el derecho social europeo. 3. Tensiones entre las dos concepciones de la justicia social en el seno del Mercado Interior. 4. La justicia social en las relaciones de comercio exterior de la UE. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

* El estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación “Comercio y justicia social en un mundo globalizado, con especial referencia a los intereses de España” (DER2013-47698-R), y se ha presentado como ponencia en el Seminario internacional “Comercio y justicia social en un mundo globalizado: modelos de aproximación”, celebrado en la Universidad de Alcalá, el 25 de septiembre de 2015.

** Catedrático de derecho civil, derecho del trabajo alemán y europeo y derecho comparado en la Universidad Friedrich Schiller de Jena.

International trade and social justice: the model of the European Union

ABSTRACT: The following Article analyzes the role social justice in international trade has been playing in EU-law. In a first part, the author shows how the economic model of social justice in the Treaties of Rome and predominant during the first years of the European integration has shifted since the early 1970s a shift towards a model in which the fundamental rights of workers are the centre of gravity of social justice. These two concepts of social justice still co-existing in EU-law may come into conflict: in a second part, some of the most relevant conflicts between these two concepts shall be briefly sketched. The third part of the Article shall be dedicated to the question which model of social justice prevails in its external trade relations. In this context, emphasis will be laid on the existing social clauses such as the EU's Generalised Scheme of Preferences and the Cotonou Agreement with the ACP countries, and on the impact of the various Corporate Social Responsibility (CSR) initiatives.

Key Words: ACP countries; collective bargaining; Corporate Social Responsibility (CSR); Cotonou Agreement; fundamental economic freedoms and right to strike; Generalised System of Preferences (G.S.P.); international trade; social clauses; social justice.

1. Introducción

No es fácil hablar del modelo de justicia social o, más en concreto, de la manera en que la Unión Europea (UE) intenta resolver la “cuestión social” en el comercio internacional. Bien es verdad que existe un gran cuerpo de reglas adoptadas por la UE que tienen como objetivo la protección de los trabajadores. Así, hay varias Directivas de la Unión en materia de no discriminación, más que 20 Directivas sobre la seguridad y la salud en el trabajo, una Directiva que protege a los trabajadores en caso de trasposos de empresas o centros de actividad y varias Directivas en materia de información y consulta de los trabajadores y de sus representantes. Todo esto es bien conocido y no exige una explicación. Entonces, hay ya una red muy tupida de reglas que garantizan un mínimo de justicia social en el seno del Mercado interior de la UE. Una respuesta al tema objeto de estudio podría consistir en analizar el *acquis communautaire* en materia de derecho social europeo, y reducir el conjunto de reglas en vigor a los elementos característicos de dicho “modelo social europeo”²⁹⁸.

Este procedimiento positivista, que se apoya en el *acquis communautaire*, tiene la ventaja de no moverse en un vacío jurídico, puesto que filtra del derecho de la UE en vigor los elementos que permiten determinar lo que la Unión considera como justo en las relaciones laborales. Sin embargo, tiene también desventajas. La primera es que no presenta la relación entre el comercio internacional y la justicia social en su dinamismo y desarrollo. El ideal de justicia social no ha sido una idea constante o estable en el derecho de la Comunidad Económica Europea (CEE) y después de la Comunidad Europea (CE) y de la UE. Más bien, el modelo ha cambiado con el tiempo. Este cambio de modelo puede describirse como la transición de un modelo principalmente económico de justicia social hacia un modelo que se apoya, ante todo, en los derechos fundamentales de los trabajadores, y que concibe el derecho social desde el individuo. La segunda desventaja consiste en que un análisis del *acquis communautaire* no permite echar una ojeada al concepto de la UE en el comercio exterior con empresas de países terceros. Esta perspectiva es también un aspecto importante en el presente contexto.

Por estas razones, las líneas que siguen van a proceder de la manera

²⁹⁸ Para el concepto de la Comisión Europea, cfr., en particular, European Commission, *European Social Policy – A Way forward for the Union. A White Paper*, COM(94) 333 final; para un resumen de otros conceptos del modelo social europeo, vease Barnard, C., “EU “Social” Policy: From Employment Law to Labour Market Reform”, en Graig, P. y de Búrca, G. (Dir.), *The Evolution of EU Law*, 2a edición, Oxford University Press 2011, pp. 641 ss.

siguiente. En una primera parte, se tratará a grandes rasgos el concepto de justicia social del derecho europeo en su dinamismo, es decir, en su desarrollo histórico, desde la perspectiva enteramente económica hasta el concepto de derecho social que lo concibe desde los derechos fundamentales de los trabajadores y que efectúa, en cierta medida, una “constitucionalización” del derecho social europeo (§ 2). A través de algunos ejemplos significativos, la segunda parte analizará cómo los derechos fundamentales de los trabajadores imponen límites al libre comercio en el seno del Mercado interior, para asegurar un mínimo de justicia social en las relaciones laborales (§ 3). En una tercera parte, se examinará el libre comercio en el seno del Mercado interior europeo, así como el comercio exterior con países terceros, a saber, con países en vía de desarrollo (§ 4).

2. El desarrollo del ideal de justicia social en el derecho social europeo

El modelo de justicia social en las relaciones laborales en que se basa el derecho social europeo ha recorrido dos grandes etapas, que merece la pena analizar a grandes rasgos: una perspectiva económica sobre los derechos de los trabajadores, que predominaba en el origen y en los primeros años de la CEE, hasta el comienzo de los años 1970 (§2.1.) y un desplazamiento lento hacia el reconocimiento del individuo como el centro de gravedad de la política social de la CEE desde los años 1970 (§2.2.). Sin embargo, este desarrollo hacia una “constitucionalización” de la cuestión social no es necesariamente lineal y puede mostrar tendencias de retroceso, como ilustra una ojeada a la superación de la crisis financiera y económica reciente y su impacto sobre el derecho del trabajo (§2.3.).

2.1. El modelo económico de justicia social en el Mercado común

El objetivo principal de la CEE fue la fusión de los mercados nacionales de los seis Estados fundadores en un solo Mercado Común sin fronteras. Para establecer dicho mercado a nivel europeo, los fundadores de la CEE partieron del teorema de la ventaja comparativa que se remontaba a David Ricardo, y que gozaba todavía de reconocimiento, en los años 1950, en las

ciencias económicas²⁹⁹. Se confiaba entonces en que un Mercado Común de los seis Estados Miembros aumentase la eficiencia de la división del trabajo y promoviese modos de producción más eficaces³⁰⁰. De esta manera, las economías nacionales de los Estados miembros podrían beneficiarse de las ventajas de una economía de escala, a saber, de precios menos elevados para los consumidores³⁰¹. En este concepto macroeconómico, la política social solo tenía una importancia subordinada. En efecto, los fundadores de la CEE consideraban que el aumento de la productividad de las empresas, debido al establecimiento del Mercado Común, se traduciría en un mayor bienestar social, del que se beneficiarían también los trabajadores. Desde esta perspectiva macroeconómica, no tuvo un valor propio la política social y, por eso, el empeño común de todos los países europeos, en este periodo, de establecer un mínimo de protección de los trabajadores frente al empresario.

Cuando se elaboró el Tratado de Roma, y a pesar de este acuerdo de los fundadores de la CEE sobre el concepto macroeconómico que subyacía al Mercado Común, los derechos de los trabajadores no carecieron de relevancia. La política social era aún uno de los puntos más controvertidos³⁰². La explicación de esta paradoja aparente es que la existencia de diferentes estándares sociales en los Estados miembros de la Comunidad pudiese producir distorsiones de la competencia en el seno del Mercado Común. Por eso, el debate se centró en la cuestión de saber hasta qué punto el funcionamiento del Mercado Común exigiría una armonización de las legislaciones laborales nacionales de los Estados miembros de la CEE.

La cuestión de la armonización de los estándares sociales de los Estados miembros ya se hallaba en el centro del denominado “informe Ohlin”, de 1956, para el Consejo de administración de la Organización Internacional

²⁹⁹ Cfr. Ricardo, D., *The Principles of Political Economy and Taxation*, London 1817, Chapter VII (“On Foreign Trade”). Para un resumen del teorema de la ventaja comparativa, véase Krugman, P.R. y Obstfeld, M., *International Economics – Theory and Policy*, cuarta edición, 1997, pp. 13 ss., con referencias.

³⁰⁰ Cfr. *Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, Rapport des Chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères (“informe Spaak”)*, pp. 5 ss.; véase también Hallstein, W., *United Europe: challenge and opportunity*, Cambridge (Massachusetts), 1962, pp. 30 ss., así como Deniau, J.-F., *The Common Market*, London 1960, pp. 13 ss.

³⁰¹ Véase Hopt, K., en Buxbaum, R. y Hopt, K., *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the USA*, Berlin 1988, p. 199.

³⁰² Cfr. Seifert, A., “Die Sozialpolitik bei der Entstehung der Europäischen Gemeinschaften”, *Arbeit und Recht (AuR)*, n. 5, 2015, pp. 9 ss.

del Trabajo de Ginebra, que analizó los aspectos sociales de la cooperación económica en Europa³⁰³. El informe Ohlin consideró que los diferentes costes laborales en los países europeos reflejaban distintos niveles de productividad, y que, por eso, no era recomendable una armonización de las legislaciones laborales. Sin embargo, el informe reconoció que, en algunos casos, el funcionamiento del Mercado Común exigiría una aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, como en el principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo. En el mismo sentido, el informe del Comité intergubernamental de 21 de abril de 1956³⁰⁴, redactado bajo la presidencia del ministro belga de asuntos exteriores Paul-Henri Spaak, y que realizaba propuestas para una futura CEE, consideró que los diferentes niveles de estándares sociales en los Estados miembros podrían producir distorsiones de la competencia. Sin embargo, el informe Spaak no propuso una armonización general de los derechos nacionales. Por el contrario, confiaba en la aproximación casi automática de los estándares sociales a través del establecimiento y funcionamiento progresivo del Mercado común. No obstante, reconoció la necesidad de neutralizar ciertas “disparidades” que resultaban de la política social de los Estados miembros, mediante la armonización de un núcleo duro de estándares sociales, en particular, la brecha salarial de género, las diferencias entre los derechos nacionales de los Estados miembros en la retribución de las horas extraordinarias y las vacaciones pagadas³⁰⁵.

El Tratado de Roma consagró la concepción económica del informe Spaak y colocó el foco de atención sobre la remoción de las barreras que impiden el funcionamiento del Mercado Común de los Estados miembros: por eso, se sitúan en un primer plano las libertades económicas fundamentales y, en el derecho del trabajo, la libre circulación de los trabajadores. En cambio, posee una relevancia subordinada la armonización de los estándares sociales de los Estados miembros. El antiguo artículo 117 del Tratado constitutivo de la CEE, la disposición programática del Título III consagrado a la política social, expresó bien esta ambigüedad política. Por un lado, este artículo subrayó que los Estados miembros convienen en la necesidad de promover “la mejora de

³⁰³ Cfr. *Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts*, Studies and Reports, New Series, No. 46, Ginebra, 1956. Para un resumen del informe Ohlin, véase “Social Aspects of European Economic Co-operation”, en *International Labour Review (ILR)*, n. 100, 1956, pp. 99 ss.

³⁰⁴ Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, Rapport des Chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères.

³⁰⁵ Cfr. *Rapport des Chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères*, pp. 68 ss.

las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso”, lo que sugiere que la Comunidad tenía la intención firme de armonizar sucesivamente los derechos nacionales de los seis Estados miembros en favor de los trabajadores. Pero, por otro lado, el mismo artículo 117 del Tratado CEE relativizó esta proposición, cuando expresó la confianza en que la mejora de las condiciones de trabajo “resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

A pesar de esta promesa de armonización de los estándares sociales en el Mercado Común, el Tratado de Roma no contenía reglas de competencia de la CEE en materia de política social. El antiguo artículo 118 del Tratado CEE solo preveía una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en materia de empleo, derecho del trabajo, formación profesional y seguridad social. Solo desde el Protocolo sobre la política social, de 1992, que se integró en el Capítulo del Tratado sobre la política social por el Tratado de Amsterdam, en 1997, la UE dispone de una larga competencia en materia de política social.

Con el principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo en el antiguo artículo 119 del Tratado CEE (= artículo 157 TFEU), el Tratado de Roma previó la única regla en materia de derecho del trabajo que tenía un efecto de armonización. Pero también este principio, proclamado por primera vez en el artículo 427 del Tratado de Versalles (1919), sirvió para evitar distorsiones de la competencia que pueden resultar de niveles diferentes de retribución en los Estados miembros de la Comunidad³⁰⁶. La protección de los trabajadores que resulta del artículo 119 del Tratado CEE se concibió solo como un reflejo de esta función económica del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

Debido a la ausencia de competencias explícitas en materia de política social, cada acto legislativo de la CEE en el ámbito del derecho del trabajo exigía una justificación económica. En efecto, el antiguo artículo 100, apartado 1, del Tratado CEE exigía, como condición para la armonización de los derechos nacionales de los Estados miembros, que la aproximación

³⁰⁶ Para un análisis más detallado de la finalidad concurrencial del art. 119 del Tratado de Roma, cfr. Seifert, A., “Der Beitrag der Internationalen Arbeitsorganisation zur Verwirklichung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern”, en Hohmann-Dennhardt, C., Körner, M. y Zimmer, R. (Dir.), *Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr*, Baden-Baden, 2010 (Nomos-Verlagsgesellschaft), pp. 459 ss.; véase también Seifert, *AuR*, n. 5, 2015, pp. G 9 ss.

de las legislaciones nacionales tuviese una incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del Mercado común. Esta disposición del Tratado fue la base jurídica de las primeras Directivas de la CEE en materia de derecho del trabajo, que se votaron en aplicación del Programa de acción social del Consejo de 1974³⁰⁷, como por ejemplo la Directiva 75/129/CEE sobre los despidos colectivos³⁰⁸, la Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo³⁰⁹ y la Directiva sobre la protección de los trabajadores en casos de traspasos de empresa³¹⁰.

2.2. Una nueva orientación: el individuo como centro de gravedad

Desde los inicios de los años 1970, el derecho social europeo empezó a emanciparse sucesivamente de esta perspectiva predominantemente económica de las normas laborales. Un primer punto de inflexión fue sin duda el Programa de acción social del Consejo de 1974³¹¹, según el cual “la política social de la Comunidad debe cumplir una función propia”. Otro hecho importante en este contexto fue la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE en el asunto *Defrenne II* de 8 de abril 1976³¹², sobre el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo del antiguo artículo 119 del Tratado CEE: en esta decisión, el Tribunal de Justicia reconoció, por vez primera, que el antiguo artículo 119 del Tratado CEE no protegía solamente objetivos económicos, previniendo distorsiones de competencia entre empresas de Estados

³⁰⁷ Resolución del Consejo del 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, D.O. n. C 13 de 12 de febrero 1974, p. 1.

³⁰⁸ Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, D.O. n. L 48 de 22 de febrero 1975, p. 29.

³⁰⁹ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. D.O. n. L 39 del 14 de febrero 1976, p. 40.

³¹⁰ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, D.O. N. L 61 de 5 de marzo 1977, p. 26.

³¹¹ Resolución del Consejo del 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, D.O. n. C 13 de 12 de febrero 1974, p. 1.

³¹² C-43/75, *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne (SABENA)*, Rec. 1976, pp. 175 ss.

miembros diferentes, sino que tenía también una vocación social, que resultaba del Preámbulo del Tratado CEE que comprometía la CEE a garantizar el progreso social y a promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos³¹³. Como consecuencia de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de retribución se convirtió en un derecho fundamental de los trabajadores – o, más bien, de las trabajadoras – que puede invocarse directamente frente al empresario en la relación individual de trabajo³¹⁴.

Sin embargo, solo a partir de los años 1980, la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores se convirtió, de forma creciente, en el centro de gravedad del derecho social europeo. Un catalizador importante en este proceso fue el Acta Única Europea de 1986, la cual preveía, en primer lugar, el establecimiento de un Mercado interior, que implicaba un espacio sin fronteras en la CE. La inclinación que tenía la CEE en esta época a favor de una integración económica provocó críticas, e hizo que se reivindicase una toma en consideración más amplia de los aspectos sociales. *Jacques Delors*, Presidente de la Comisión Europea en esta época, expresó bien las esperanzas de estos críticos, cuando reclamó la creación de un *espace social européen*. En ese contexto, se planteó la cuestión de que la CEE incorporase la Carta Social Europea de 1961, que se rechazó, en particular, con el argumento de que la Carta garantiza también derechos sociales que no son de la competencia de la UE³¹⁵. En vez de ratificar la Carta Social Europea, once Estados miembros de la Comunidad – a excepción del Reino Unido – proclamaron, en el marco del Consejo Europeo de Estrasburgo, de 9 de diciembre 1989, la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores³¹⁶. La Carta Comunitaria enumera importantes derechos de los trabajadores, tales como la libre circulación de los trabajadores, la libertad de asociación y la negociación colectiva, la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la información, consulta y participación de los trabajadores. Sin embargo, en el Consejo Europeo, la Carta no obtuvo la mayoría necesaria para darle un efecto vinculante. A diferencia de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Comunitaria quedó solo en

³¹³ Cfr. también el antiguo artículo 117 Tratado CEE.

³¹⁴ Para un análisis más detallado de este desarrollo jurisprudencial, véase Kenner, J., *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford y Portland, Oregon (Hart Publishing), 2003, pp. 42 ss.

³¹⁵ Para una visión de conjunto de este debate, véase Kenner, J., *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Portland (Oregon) 2003, pp. 108 ss.

³¹⁶ Cfr. COM (89) 248 final.

instrumento de *soft law*³¹⁷.

Una verdadera “constitucionalización” del derecho del trabajo resulta de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se proclamó en 2000 en Niza, y que obtuvo efecto vinculante a través del Tratado de Lisboa, con el cual se dotó a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados³¹⁸. Particularmente, el Capítulo IV titulado “Solidaridad” contiene una lista de derechos fundamentales de los trabajadores tales como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27), el derecho de negociación y acción colectiva (artículo 28), el derecho a la protección en caso de despido injustificado (artículo 30) y a condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31). Desde entonces, la Carta posee una relevancia creciente en el derecho del trabajo.

2.3. ¿Recaída en el economismo de los primeros años?

Este breve resumen del desarrollo del modelo de justicia social que subyace al derecho social europeo sería incompleto si no se hiciese también una referencia a la nueva primacía de la política económica sobre la política social que se anuncia en las medidas de Gobernanza económica que ha adoptado la Unión en los últimos años³¹⁹. Desde el punto de vista de estas reformas para hacer frente a la crisis financiera que comenzó en 2008, la política social de los Estados miembros de la Unión debe hallarse en conformidad con los esfuerzos de coordinación de las políticas financieras y económicas de los Estados miembros y de la Unión. De nuevo, se corre el riesgo de que los derechos de los trabajadores y su protección constituyan un anexo a la política económica. Se trata de medidas de envergadura diferente.

De un lado, la Unión ha reforzado el marco jurídico de coordinación de las políticas económicas³²⁰ y presupuestarias³²¹ de los Estados miembros,

³¹⁷ Véase, p. ej., Barnard, C., *EU Employment Law*, fourth edition, Oxford 2012, p. 12: “no free-standing legal effect”. Sin embargo, esta ausencia de efecto vinculante no ha impedido que, en algunas sentencias, el Tribunal de Justicia utilice la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores como herramienta interpretativa: cfr., por ejemplo, TJEU, sentencia de 5 de octubre 2004, C-397/01 – C-403/01, *Pfeiffer y otros contra Deutsches Rotes Kreuz*, Rec. I-8835, párrafo 91.

³¹⁸ Cfr. el artículo 6, apartado 1, TUE.

³¹⁹ Para cuanto sigue, cfr. Seifert, A., “European Economic Governance and the Labor Laws of the E.U. Member States”, *Comparative Labor Law & Policy Journal (CLLPJ)*, n. 3, 2014 (35), pp. 311 ss.

³²⁰ Cfr. art. 121, apartado 1, TFUE.

mediante el establecimiento de un ciclo de coordinación (“Semestre Europeo”). Una intensificación de la coordinación resulta, en particular, de algunas de las reformas de dicho “Six Pack”, que tienen como objetivo prevenir o corregir desequilibrios macroeconómicos en los Estados miembros³²². El Reglamento 1176/2011 prevé un mecanismo de alerta, para detectar desequilibrios macroeconómicos en los Estados miembros, e impone a estos la obligación de presentar un “plan de medidas correctoras” al Consejo y a la Comisión, basado en las recomendaciones que resuelve el Consejo, y con indicación de las medidas específicas que se propone ejecutar el Estado miembro en cuestión³²³. Cuando el Estado miembro de que se trate no cumple las obligaciones que resultan de este plan, el Consejo podrá imponer una multa anual contra ese Estado miembro³²⁴. Estos planes de medidas correctoras pueden prever reformas sociales y, de ese modo, tener un impacto en el sistema nacional de negociación colectiva. El artículo 1, apartado 3 del Reglamento 1176/2011 intenta desvanecer las dudas, y constata que la prevención o corrección de los desequilibrios macroeconómicos “tiene en cuenta el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y no afecta por lo tanto al derecho a negociar, celebrar o aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales”. Sin embargo, no cabe desconocer que los planes de medidas correctoras impuestos a los Estados miembros que sufren de un desequilibrio macroeconómico pueden tener un impacto considerable en los sistemas nacionales de negociación colectiva, el salario mínimo o el régimen de protección contra el despido³²⁵.

Por otro lado, la Gobernanza Económica de la Unión tiene un impacto considerable en los derechos laborales de los Estados miembros, cuando estos pertenecen a la zona del euro, están en crisis y reciben ayudas financieras del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) o de sus precedentes. En efecto, los Memoranda of Understanding celebrados entre la denominada “Troika” y los Estados miembros en cuestión imponen un gran número de medidas de austeridad, que pueden afectar al

³²¹ La coordinación de la política financiera de los Estados miembros y de la UE tiene su base legal en el art. 126 TFUE.

³²² Cfr. Reglamento (UE) N. 1176/2011 de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (D.O. 2011 N. L 306, p. 25), y Reglamento (UE) N. 1174/2011 de 16 de noviembre de 2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro (D.O. 2011 N. L 306, p. 8).

³²³ Cfr. art. 3 ss. Reglamento (UE) N. 1176/2011.

³²⁴ Para mayores detalles, cfr. art. 3 ss. Reglamento (UE) N. 1174/2011.

³²⁵ Véase Seifert, *CLLPJ*, n. 3, 2014 (35), p. 317, con el ejemplo francés.

derecho del trabajo. Las reformas laborales en Portugal tuvieron, por ejemplo, una fuerte incidencia en el régimen de protección contra el despido, el subsidio de desempleo y el sistema de negociación colectiva³²⁶. Esto lleva evidentemente a la cuestión de que si estas medidas son conformes a los derechos fundamentales de la Carta. Como la Comisión Europea es parte de la “Troika” y está vinculada por la Carta de los derechos fundamentales, según su artículo 51, apartado 1, debe respetar, entre otros, el derecho fundamental del artículo 28 de la Carta³²⁷. Aun así, en el asunto *Sindicato Bancário do Norte*, el Tribunal de Justicia de la UE rechazó un procedimiento prejudicial procedente de Portugal sobre la Ley portuguesa de Presupuestos del sector público para aplicar el Memorandum of Understanding con la “Troika”³²⁸. El Tribunal consideró que esa Ley portuguesa no se hallaba en el ámbito de aplicación de la Carta, puesto que no aplicaba reglas del derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta y que, por consiguiente, el legislador portugués no estaba vinculado por la Carta cuando votó la Ley nacional de Presupuestos, de conformidad con el Memorandum of Understanding. Como consecuencia de esta argumentación, que no da cuenta del rol de la Comisión Europea en el voto de la ley nacional de Presupuesto, no hay un control jurisdiccional efectivo de los programas de reforma que impone la “Troika” a los Estados en crisis.

Se observa entonces una vasta ausencia de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores al poner en práctica las medidas de austeridad que imponen los Memoranda of Understanding en el derecho nacional de los Estados miembros afectados.

3. Tensiones entre las dos concepciones de justicia social en el seno del Mercado Interior

El bosquejo de desarrollo histórico del modelo de justicia social que subyace a la UE ha mostrado que existen principalmente dos concepciones de justicia social en el seno del Mercado Interior, o “dos almas en el mismo pecho”, que pueden chocar. En estos casos, derechos fundamentales de los trabajadores tales como los que garantiza la Carta de

³²⁶ Para una visión de conjunto de las reformas de austeridad de los últimos años en Portugal, véase Monteiro Fernandes, A., “Regressive Labor Legislation – The Magic Potion for all Crises: The Case of Portugal”, *CLLPJ*, n. 3, 2014 (35), pp. 397 ss.

³²⁷ Véase Seifert, *CLLPJ*, n. 3, 2014 (35), pp. 326 ss.

³²⁸ TJUE, Auto de 7 del marzo 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte y otros contra BPN – Banco Português de Negócios, S.A.*

los derechos fundamentales de la UE pueden establecer un contrapeso a una integración puramente económica de la UE, y forzar a los órganos de la Unión a garantizar, de manera suficiente, una dimensión social en el seno del Mercado Interior. Tres ejemplos significativos servirán para ilustrar esta tensión en el derecho de la UE.

3.1. La negociación colectiva en el Mercado Interior

Un primer ejemplo significativo para el conflicto entre las dos concepciones de justicia social en el seno del Mercado Interior es el tratamiento por el derecho de la Unión de los convenios colectivos celebrados en los Estados miembros. Es bien conocido que los convenios colectivos celebrados entre los sindicatos y organizaciones de empresarios producen efectos restrictivos de la competencia en los mercados de trabajo, puesto que establecen, de forma bilateral, un cártel de las condiciones de trabajo en un mercado de trabajo determinado. Por eso, pueden chocar con el artículo 101, apartado 1, del TFUE, que prohíbe las decisiones o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el Mercado Interior.

Desde la sentencia de 21 de septiembre de 1999 en el asunto *Albany*³²⁹, el Tribunal de Justicia excluye del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE *ratione materiae* las normas de los convenios colectivos. El argumento principal que invoca el Tribunal de Justicia es que “los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado [art. 101, apartado 1 TFUE] en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”³³⁰. Es interesante notar que el Tribunal de Justicia no menciona el derecho fundamental a la negociación

³²⁹ TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Rec. 1999, I-5863 ss., *Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; cfr. también TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a C-117/97, Rec. 1999, I-6025 ss., *Brentjens' Handelsonderneming BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*; TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Rec. 1999, I-6121 ss., *Maatschappij Drijvende Bokken BV y Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*. Recientemente, el Tribunal ha confirmado esta: véase TJUE, sentencia de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, apartado 22, *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*.

³³⁰ Cfr. TJUE, sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Rec. 1999, I-5863, apartado 59, *Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; cfr. igualmente TJUE, sentencia de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, apartado 22, *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*.

colectiva garantizado por el artículo 28 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. Aun en su sentencia de 4 de diciembre 2014, en el asunto *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*³³¹, su decisión más reciente relativa a la delimitación entre negociación colectiva y ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE, el Tribunal de Justicia no se apoya en el derecho fundamental a la negociación colectiva para excluir los convenios colectivos del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE; lo mismo vale para las conclusiones del Abogado General Wahl en este asunto³³².

La omisión no carece de consecuencias, como ilustra el litigio principal de esta sentencia. En efecto, se trataba de un convenio colectivo holandés que determinaba los honorarios mínimos de trabajadores autónomos. La cuestión prejudicial fue, por siguiente, si la jurisprudencia de *Albany* y siguientes se aplica no solo a convenios colectivos de los trabajadores en el sentido del derecho del trabajo, sino también a los trabajadores autónomos que son económicamente dependientes de su contratante. Esta cuestión prejudicial puede tener incidencias en varios Estados miembros. En Alemania³³³, en Italia, pero también en España³³⁴, las organizaciones representativas de los autónomos económicamente dependientes tienen el derecho a celebrar convenios colectivos en favor de sus miembros. El Tribunal de Justicia rechazó una limitación del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, con el argumento de que los autónomos son empresas y de que, por eso, sus organizaciones no tienen la condición de sindicatos.

Sin embargo, el derecho de asociación y de negociación colectiva puede garantizarlo el derecho nacional de Estados miembros. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)³³⁵ reconoció que incluso los trabajadores a domicilio pueden invocar el derecho fundamental a la libertad de coalición (artículo 9, apartado 3 de la Ley Fundamental [*Grundgesetz*]) y una gran parte de la doctrina considera que el ámbito personal de la libertad de coalición incluye también a los trabajadores autónomos económicamente dependientes

³³¹ TJUE, sentencia de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, apartado 22, *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*.

³³² Conclusiones del Abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 11 de septiembre de 2014.

³³³ Véase el art. 12a de la ley relativa al convenio colectivo (*Tarifvertragsgesetz*).

³³⁴ Véase la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, B.O.E. núm. 166, de 12 de julio de 2007.

³³⁵ Cfr. BVerfG, sentencia de 27 de febrero de 1973, 2 BvL 27/69, *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgericht* (Rec. de las decisiones del TCF), tomo 37, pp. 307 ss.

(*Arbeitnehmerähnliche Personen*)³³⁶. Y es que el artículo 28 de la Carta garantiza el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos “de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Por esto, en el asunto *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*, el Tribunal de Justicia debería haber examinado si la legislación nacional de los Países Bajos garantiza a las organizaciones de autónomos el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos. En este caso, aún no se ha realizado enteramente el potencial del artículo 28 de la Carta.

3.2. Tensión entre las libertades económicas fundamentales y el derecho de huelga

Desde la fundación de la CEE en 1957, las libertades económicas fundamentales que garantiza el Tratado han tenido una importancia crucial para el establecimiento de un Mercado Común y – desde el Acta Única Europea, de 1986 – del Mercado Interior. La libre circulación de mercancías, de personas – tanto trabajadores como empresas –, de servicios y de capitales tiene esencialmente un objetivo negativo: eliminar toda discriminación basada en la nacionalidad de actores del Mercado y neutralizar las barreras que suponen restricciones al libre movimiento en el seno del Mercado Interior. Así, las libertades económicas fundamentales son un mecanismo esencial para efectuar una “integración negativa” en el seno del Mercado Interior. En su origen, se trató exclusivamente de obligaciones que vinculaban a los Estados miembros de la Comunidad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia acercó, de forma bastante temprana, las libertades económicas fundamentales a los derechos fundamentales, dotándolas de efecto directo, de manera que pueda invocarlas el individuo ante los órganos jurisdiccionales nacionales³³⁷. Al principio, la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores tales como el derecho a la negociación colectiva o el derecho de huelga no se integró en este modelo económico del derecho comunitario, aunque las libertades puedan colisionar con los derechos

³³⁶ Cfr., p. ej., Linsenmaier, “Artikel 9 Grundgesetz, párrafo 27”, en Müller-Glöge, R., Preis, U. y Schmidt, I. (Dir.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16ª edición, Múnich 2016 (C.H. Beck).

³³⁷ Cfr., p. ej., TJCEE, sentencia de 11 de julio de 1974, C-8/74, *Procureur du Roi y Benoît y Gustave Dassonville*, para la libre circulación de mercancías, y TJCEE, sentencia de 3 de diciembre de 1974, C-33/74, *Van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, párrafo 27, para la libre circulación de servicios.

fundamentales de los trabajadores.

No obstante, de manera creciente, en su jurisprudencia relativa a las libertades económicas fundamentales, el Tribunal de Justicia ha tomado en cuenta los derechos fundamentales. Desde su sentencia en el asunto *Schmidtberger*, ha reconocido que los derechos fundamentales pueden justificar restricciones de las libertades económicas fundamentales por parte de los Estados miembros³³⁸. En cuanto a los derechos fundamentales de los trabajadores, este desarrollo de la jurisprudencia no condujo necesariamente a un refuerzo de la protección de estos. Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia, en sus muy controvertidas decisiones en los asuntos *Viking Line*³³⁹ y *Laval*³⁴⁰, reconoció por vez primera el derecho de huelga como principio general del Derecho comunitario en el sentido del artículo 6, apartado 2 TCE (= artículo 6, apartado 3 TFUE), la Gran Sala del Tribunal ponderó las libertades de circulación en cuestión y el derecho de huelga, tomando en consideración el principio de proporcionalidad, y no consideró el derecho de huelga como prevalente en los dos litigios principales. Por esta razón, las sentencias en los dos asuntos fueron y son todavía muy discutidas³⁴¹. La Confederación Europea de Sindicatos aún reivindica la adopción de un “Protocolo de Progreso Social”, que complemente el TFUE y estipule la primacía de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a las libertades económicas fundamentales del Tratado³⁴², y, como consecuencia de una

³³⁸ Cfr. TJCE, sentencia de 19 de junio de 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich*, Rec. 2003 I-05659, párrafos 69 ss.; cfr. también TJCE, sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rec. 2004 I-09609, párrafos 33 ss.

³³⁹ Cfr. TJCE (Gran Sala), sentencia de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*, Rec. 2007 I-10779.

³⁴⁰ Cfr. TJCE (Gran Sala), sentencia de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets andelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, Rec. 2007, I-11767.

³⁴¹ Los argumentos del debate doctrinal los resume bien Barnard, *EU Employment Law*, pp. 202 ss.; en cuanto al impacto de las dos sentencias de la Gran Sala en los derechos nacionales de los Estados miembros, véanse las contribuciones de Ales, E. y Novitz, T. (Dir.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Antwerp, Oxford y Portland 2010.

³⁴² Para una toma de posición en favor de un “Protocolo de Progreso Social”, véase Búcker, A., “A Comprehensive Social Progress Protocol is needed more than ever”, *European Labour Law Journal (ELLJ)*, n. 1, 2013, pp. 4 ss.; para una visión crítica, cfr. Weiss, M., “The Potential of the Treaty has to be used to its full Extent”, *ELLJ*, n. 1, 2013, pp. 24 ss.

crítica muy extendida, la Comisión debió retirar el proyecto de un Reglamento “Monti II”, que intentaba conciliar el ejercicio del derecho de huelga con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios³⁴³.

El Tribunal de Justicia intenta entonces conciliar las libertades de circulación y el derecho de huelga. Sin embargo, algunos críticos de las decisiones de la Gran Sala opinan que esta debería haber aplicado la solución del asunto *Albany*³⁴⁴ sobre el conflicto entre los convenios colectivos y la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia, y eximir el derecho fundamental de huelga del ámbito de aplicación de las libertades económicas fundamentales. Este punto de vista tendría como consecuencia que los conflictos colectivos transnacionales en el seno del Mercado Interior podrían eliminar las libertades de circulación, lo que afectaría al corazón de este y no sería conforme al espíritu del Tratado³⁴⁵. Además, las sentencias de la Gran Sala se pronunciaron antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre 2009, con el que la Carta de los derechos fundamentales de la UE recibió el mismo valor jurídico que el derecho primario de la Unión³⁴⁶. Por eso, el Tribunal de Justicia consideró el derecho fundamental a la huelga como un principio general del derecho, en el sentido del artículo 6, apartado 2 del Tratado de la CE (= artículo 6, apartado 3 TFUE). Como más tarde desde ese momento, los derechos fundamentales de los trabajadores están al mismo nivel que libertades de circulación tales como la libre prestación de servicios³⁴⁷ o la libertad de establecimiento³⁴⁸. Ya no es posible otorgar a las libertades de circulación una primacía en relación con el derecho fundamental a la huelga, como fue el caso en las sentencias *Viking Line* y *Laval*³⁴⁹.

Finalmente, se pierde frecuentemente de vista que las libertades económicas fundamentales también se hallan garantizadas como derechos

³⁴³ Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, COM/2012/0130 final.

³⁴⁴ Cfr. supra 3.1.1.

³⁴⁵ En este sentido, también las conclusiones del Abogado general Miguel Poiares Maduro, de 23 de mayo de 2007, en el asunto *Viking Line etc.*, C-438/05, Rec. 2007 I-10779, párrafos 59 ss.

³⁴⁶ Cfr. art. 6, apartado 1, TUE.

³⁴⁷ Art. 56 TFUE.

³⁴⁸ Art. 49 TFUE.

³⁴⁹ Véanse, en particular, las conclusiones de la Abogada General Vera Trstenjak en el asunto C-271/08, *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, Rec. 2010 I-07091, párrafos 183 ss.

fundamentales. En efecto, el artículo 15, apartado 2, de la Carta de los derechos fundamentales de la UE garantiza, como elemento esencial de la libertad profesional, “la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”, y da así la cualidad de derechos fundamentales a las libertades económicas de las personas. Por lo tanto, no es posible dar al derecho de huelga la primacía frente a las libertades fundamentales del mercado: en caso de conflictos entre derechos fundamentales, el artículo 52, apartado 1, de la Carta exige que se respete el principio de proporcionalidad, es decir, no puede realizarse un derecho fundamental, sin la ponderación de los derechos en conflicto. En consecuencia, el juez europeo debe buscar un equilibrio entre las libertades económicas fundamentales y el derecho de huelga. La conciliación de los derechos en conflicto no puede realizarse de manera que desaparezca uno de ellos, y que el otro se proteja enteramente.

3.3. Los derechos de los trabajadores en la crisis del euro

Los derechos fundamentales de los trabajadores que garantiza la Carta deben respetarse también en la superación de la crisis financiera y económica en la zona del euro y, en particular, cuando la Comisión Europea firma – junto con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo, como parte de la “Troika” – Memoranda of Understanding que imponen a los Estados en crisis de la zona del euro programas extendidos de reforma que afectan también al régimen de los mercados de trabajo de estos Estados miembros de la UE³⁵⁰. Como ya se ha subrayado, la tutela de los derechos fundamentales de la Carta se halla casi ausente en este proceso, puesto que esta no podrá invocarse contra las medidas nacionales de austeridad dictadas por un Memorandum of Understanding: esto resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Sindicato Bancário do Norte* sobre la Ley portuguesa de Presupuesto del sector público³⁵¹. Según el Tribunal de Justicia, la medida nacional no se halla en el ámbito de aplicación de la Carta, puesto que no se hace aplicando las reglas del derecho de la UE en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta y, por consiguiente, el legislador portugués no estaba vinculado por la Carta cuando votó la Ley nacional de Presupuesto en conformidad con el Memorandum of Understanding. Solo se puede

³⁵⁰ Para más detalles y referencias, cfr. supra 2.3.

³⁵¹ TJUE, Auto de 7 del marzo de 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte y otros contra BPN – Banco Português de Negócios, S.A.*

atacar la celebración del Memorandum of Understanding por la Comisión Europea – un órgano de la Unión, vinculado por la Carta, según su artículo 51, apartado 1 – por medio de una acción por anulación, en el sentido del artículo 263 TFUE³⁵²; pero, hasta ahora, no ha habido una tal acción por anulación contra la Comisión.

De todas formas, se revela todavía como deficiente la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de la Carta al aplicar los Estados en crisis medidas de austeridad en el ámbito nacional. Así, la superación de la crisis financiera y económica en los Estados miembros de la zona euro ilustra que el proceso de la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores es un proceso frágil y todavía incumplido.

4. La justicia social en las relaciones de comercio exterior de la UE

Los derechos fundamentales de los trabajadores como elemento esencial de justicia social en el derecho europeo no solo tienen relevancia para el Mercado interior. Garantizan también un mínimo de protección para las relaciones de comercio exterior de la UE. Su protección se inscribe en la política comunitaria de cooperación para el desarrollo, que se lleva a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión³⁵³. Así pues, la acción de la Unión en el comercio exterior con países terceros debe basarse en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación, y que pretende fomentar en el resto del mundo, en particular la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional³⁵⁴.

Por consiguiente, la promoción de los derechos fundamentales en el comercio exterior no es tan amplia que los países terceros en cuestión se hallen vinculados por la Carta de los derechos fundamentales de la UE, cuya garantía de derechos sociales es más elevada que las normas fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.) que

³⁵² Véase Rödl, F. y Callsen, R., *Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion – Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtscharta*, HSI-Schriftenreihe tomo 13, Frankfurt am Main 2015, pp. 117 ss.

³⁵³ Cfr. art. 208, apartado, 1 TFUE.

³⁵⁴ Cfr. art. 205 TFUE y art. 21 TUE.

enumeró la Conferencia Internacional de Trabajo en su Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. A primera vista, parece sorprendente, puesto que todos los órganos de la Unión – por tanto, la Comisión, el Parlamento y el Consejo – se encuentran vinculados por la Carta de los derechos fundamentales³⁵⁵. Esta limitación de la política de desarrollo de la Unión a la promoción de las normas fundamentales de la O.I.T. se explica por el hecho de que es muy limitada la conformidad de las cláusulas sociales con el derecho de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.), y más precisamente con el artículo XX del GATT³⁵⁶ y que, a nivel mundial, solo la O.I.T. es la organización competente en materia de derecho social.

La Unión ha establecido varios instrumentos para promover la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en sus relaciones de comercio exterior con estados terceros. En este contexto, conviene distinguir, por un lado, entre las cláusulas sociales que existen en el derecho del comercio exterior de la Unión (§4.1.) y, por otro, los distintos intentos de la Unión en materia de Responsabilidad social corporativa (§4.2.).

4.1. Cláusulas sociales

Las cláusulas sociales son el instrumento primordial de la Unión para promover la aplicación efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en el comercio exterior. El derecho de la Unión prevé principalmente dos sistemas diferentes de cláusulas sociales integradas en la política de desarrollo, particularmente el sistema de tarifas preferenciales generalizadas (§4.1.1.) y el régimen especial para los países A.C.P. (§4.1.2) En los dos casos, la Unión ejerce su poder económico en el comercio exterior para imponer a otros países el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

4.1.1. El sistema de tarifas preferenciales generalizadas

El sistema de tarifas preferenciales generalizadas existe desde el año

³⁵⁵ Cfr. art. 51, apartado 1, de la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

³⁵⁶ Para un análisis más detallada del problema de la compatibilidad de cláusulas sociales con el derecho de la O.M.C., véase Hepple, B., *Labour Laws and Global Trade*, Oxford y Portland (Oregon), 2005, pp. 129 ss.

1995³⁵⁷. El Reglamento (UE) n. 978/2012 de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) n. 732/2008 del Consejo³⁵⁸. concede a los países en vía de desarrollo una reducción o suspensión de los aranceles para un número de mercancías agrícolas importadas de países en vía de desarrollo que han ratificado e implementado las normas fundamentales de la O.I.T., a saber, los Convenios n. 100 y 111 sobre la no discriminación, así como los Convenios relativos a la libertad de asociación, a la eliminación efectiva del trabajo forzoso y del trabajo infantil. La implementación de estos Convenios de la O.I.T. deberá asegurarse por los informes de los órganos de control de la O.I.T., a saber, de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical³⁵⁹.

En caso de que un país beneficiario viole seria y sistemáticamente las obligaciones que resultan de los Convenios de la O.I.T., el Consejo Europeo, con una mayoría cualificada, puede suspender temporalmente el trato preferencial. Es evidente que esta sanción temporal puede tener un impacto enorme sobre un país en vías de desarrollo afectado por una decisión semejante. Hasta ahora, el Consejo Europeo ha recurrido solo excepcionalmente a esta competencia: en marzo de 1997, suspendió temporalmente el trato preferencial de Myanmar/Birmania por su recurso extendido al trabajo forzoso³⁶⁰ y, en diciembre de 2006, suspendió el de Belarus por su violación sistemática y seria de los principios de la O.I.T.³⁶¹.

³⁵⁷ Cfr. Hepple, B., *op. cit.*, pp. 101-105. Véase también Moreau, M.-A. *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Paris, 2006 (Daloz), pp. 209-213, y Dispersyn, M., “Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le système de préférences généralisées (SPG) de la Communauté”, en Daugareilh, I. (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles 2005, pp. 153-179.

³⁵⁸ D.O. n. L 303, p. 1 de 31 de octubre de 2012.

³⁵⁹ Para una visión de conjunto de los órganos de control de la O.I.T., véase Servais, J.-M., *Normes internationales du travail*, 2004, párrafos 983 ss.

³⁶⁰ Cfr. Reglamento (CE) n. 552/97 del Consejo de 24 de marzo de 1997 por el que se retira temporalmente a la Unión de Myanmar el beneficio de las preferencias arancelarias generalizadas (D.O. 1997 n. L 85, p. 8). Sin embargo, el Parlamento Europeo y el Consejo derogaron esta suspensión por el Reglamento (UE) N. 607/2013 de 12 de junio de 2013 que deroga al Reglamento (CE) n. 552/97 del Consejo, por el que se retira temporalmente a Myanmar/Birmania el beneficio de las preferencias arancelarias generalizadas. Para una análisis del caso particular de Myanmar/Birmania véase Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, p. 51 y ss. y p. 104.

³⁶¹ En cuanto a la suspensión temporal de la tarifa preferencial para Belarus, cfr. la información en el sitio web de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/belarus/>. En el caso de Pakistan, la Comisión Europea abandonó un procedimiento para la

4.1.2. El régimen especial para los países A.C.P.

El Acuerdo de Cotonú de 23 de junio de 2000³⁶², celebrado entre la UE, sus Estados Miembros y 77 Estados de África, del Caribe y del Pacífico (los países A.C.P.), prevé una cláusula social particular. Se trata de un régimen especial de desarrollo, que tiene en cuenta la responsabilidad histórica de los países europeos con sus antiguas colonias. El Acuerdo de Cotonú fortalece la cooperación entre la Unión, sus Estados Miembros y los países A.C.P. y prevé, entre otras cosas, como sistema de preferencias arancelarias generalizadas, una reducción o suspensión de los aranceles para un número de mercancías agrícolas importadas al Mercado Interior desde los países A.C.P.

Al igual que el sistema de preferencias arancelarias generalizadas, el Acuerdo de Cotonú vincula las medidas de desarrollo en favor de los países A.C.P. al respeto de los derechos fundamentales. Al respecto, el Acuerdo de Cotonú va más allá que sus precedentes, los Acuerdos de Lomé I-IV³⁶³, que no preveían aún instrumentos para mejorar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales en los países A.C.P. Así, el artículo 9, apartado 1 del Acuerdo de Cotonú dispone que la cooperación deberá basarse en “el respeto y la defensa del conjunto de los derechos humanos”. Esta cláusula, que se limita a enumerar distintos instrumentos de derechos fundamentales en el derecho internacional, sin poner de relieve los derechos fundamentales de los trabajadores, se complementa con el artículo 50, apartados 1 y 2, del Acuerdo (“Comercio y normas del trabajo”), en el cual las Partes “reafirman su compromiso con las normas fundamentales de trabajo reconocidas a nivel internacional, tal como se definen en los correspondientes convenios de la O.I.T., en particular, sobre libertad sindical y derecho de negociación colectiva, abolición del trabajo forzado, eliminación de las peores formas de trabajo infantil y no discriminación en cuanto a empleo”. A este fin, las partes aceptan mejorar el “intercambio de información” en materia

suspensión temporal de preferencias comerciales que inició a causa del uso extendido de trabajo infantil en ese país, porque consideró que una suspensión temporal podría aumentar la pobreza familiar en este país; véase también Hepple, op. cit., p. 104 ss.

³⁶² Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, D.O. 2000 n. L 317, p. 3.

³⁶³ Cfr. por ejemplo el Cuarto Convenio A.C.P.-C.E.E., firmado en Lomé el 15 de diciembre de 1989, D.O. 1989, n. L 229/3.

laboral, la “elaboración de normativa laboral nacional y refuerzo de la legislación existente”, “programas educativos de sensibilización” y el “respeto de la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales de trabajo”. La asistencia financiera para los países A.C.P. se efectúa principalmente por el Fondo Europeo de Desarrollo (F.E.D.).

Al contrario del Reglamento (UE) n° 978/2012, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, el artículo 50 del Acuerdo de Cotonú no prevé sanciones en caso de violaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, esto no supone que la falta de respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores quede sin sanciones, pues el artículo 96, apartado 1, del Acuerdo de Cotonú autoriza al Consejo de Ministros a adoptar “medidas oportunas” contra el Estado que viole sus obligaciones. Estas “medidas oportunas” podrán consistir en la suspensión (temporal) de las ventajas financieras que el Estado A.C.P. recibe en virtud del Acuerdo de Cotonú. Pero, hasta el momento, el Consejo de Ministros aún no ha tomado medidas contra un país A.C.P. para asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores: más que fiarse en el efecto de las sanciones, se apoya en el diálogo con los países A.C.P. en cuestión³⁶⁴.

4.1.3. La Responsabilidad social corporativa

Asimismo, más allá del establecimiento de cláusulas sociales, la UE promueve la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en sus relaciones de comercio exterior mediante sus iniciativas en el ámbito de la Responsabilidad social corporativa (R.S.C.). En particular, la Comisión Europea promueve la R.S.C. desde hace más que una década. Según su libro verde de 2001, se trata de “un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio”³⁶⁵. Por eso, la R.S.C. consiste enteramente en prácticas voluntarias de las empresas y puede comprender actividades bastante diversas, tales como el apoyo a la comunidad local (por ejemplo, subsidios para la construcción de una escuela, de una guardería o de un campo de deportes), o la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa³⁶⁶.

³⁶⁴ Cfr. Alston, P., *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, pp. 746 ss.

³⁶⁵ Cfr. Comisión Europea, Libro verde – Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM/2001/0366 final, párrafo 8.

³⁶⁶ Para algunos ejemplos de R.S.C., cfr. Comisión Europea, COM/2001/0366 final,

Esta estrategia apunta, en primer lugar, a las empresas transnacionales, e intenta incitarlas, entre otras cosas, a respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores en cualquier lugar de trabajo de la empresa. Sin duda, el punto de referencia más importante en estos códigos son las normas fundamentales de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo. Un número creciente de empresas transnacionales han establecido tales códigos de conducta, que “obligan” a la empresa a respetar estos estándares sociales garantizados a nivel internacional³⁶⁷. Sin embargo, estos códigos de conducta no tienen normalmente un carácter vinculante para la empresa, puesto que no dan a los trabajadores de la misma derechos individuales que puedan invocar ante el juez. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, se trata de *soft law*. No obstante, varios códigos de conducta prevén un sistema de control interno o externo, que permite verificar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores por la empresa³⁶⁸. Además, algunas empresas transnacionales han celebrado Acuerdos Marco Internacionales con sindicatos mundiales, en los cuales han establecido códigos de conducta que consagran la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores por medio de la negociación colectiva transnacional³⁶⁹. En la R.S.C., el rol de la Unión, y en particular de la Comisión Europea, no consiste en establecer un marco jurídico para las actividades de las empresas. La intervención de la Comisión se limita a mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias.

5. Conclusión

La concepción de la justicia social que subyace en el derecho de la UE en

párrafos 20 ss. Para el impacto de la R.S.C. en las empresas alemanas, véase el sitio CSR-Germany gestionado por las asociaciones alemanas del patronato y de las empresas: http://www.csrgermany.de/www/csr_cms_relaunch.nsf/id/home-de.

³⁶⁷ Para algunos ejemplos significativos de códigos de conducta establecidos por empresas transnacionales, cfr. ILO, Codes of Conduct and Multinational Enterprises (CD-ROM), Ginebra 2002.

³⁶⁸ Cfr. Servais, J.-M., *International Labour Law*, tercera edición, Wolters Kluwer 2011, párrafos 222 ss. con referencias.

³⁶⁹ Para una visión de conjunto de estos Acuerdos Marco Internacionales, cfr. Daugareilh, I., “La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l’homme au travail: le contre-exemple des accords internationaux”, en Daugareilh, I., (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2005, pp. 349-384.

la organización del comercio internacional no es un valor invariable. En los primeros años de la CEE y hasta los años 1970, se consideró que un sistema de libre comercio en el seno del Mercado Común realizaría un máximo de justicia social y, por eso, se confió en una concepción liberal del libre comercio intracomunitario. Por lo menos en parte, el derecho europeo ha logrado emanciparse de esta visión economista y ha reconocido, de manera creciente, que la política social tiene un valor propio, anclado en los derechos fundamentales de los trabajadores. Se ha ilustrado como estas dos concepciones de la justicia social pueden crear conflictos en el seno del Mercado Interior. A través de algunos ejemplos, se ha visto que está aún inacabado el proceso de “constitucionalización”, por medio del reconocimiento de derechos fundamentales de los trabajadores. Asimismo, el cambio en la concepción de la justicia social tiene una incidencia en el comercio exterior de la UE con países terceros. La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores ocupa un lugar importante en las relaciones exteriores de la Unión, como demuestran las cláusulas sociales del sistema de tarifas preferenciales generalizadas y el Acuerdo de Cotonú con los países A.C.P.

6. Bibliografía

- Ales, E. y Novitz, T. (Dir.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Antwerp, Oxford y Portland, 2010.
- Alston, P., *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, Oxford University Press.
- Barnard, C., *EU Employment Law*, fourth edition, Oxford, 2012.
- Buxbaum, R. y Hopt, K., *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the USA*, Berlin, 1988.
- Bücker, A., “A Comprehensive Social Progress Protocol is needed more than ever”, *European Labour Law Journal (ELLJ)*, n. 1, 2013, pp. 4 ss.
- Craig, P., y de Búrca, G. (Dir.), *The Evolution of EU Law*, 2a edición, Oxford University Press, 2011.
- Daugareilh, I., “La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l’homme au travail: le contre-exemple des accords internationaux”, en Daugareilh, I. (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, pp. 349-384.
- Deniau, J.-F., *The Common Market*, London, 1960.

- Dispersyn, M., “Un nouveau cadre pour la dimension sociale dans le système de préférences généralisées (SPG) de la Communauté”, en Daugareilh, I. (Dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruselas 2005, pp. 153-179.
- Fernandes, A. M., “Regressive Labor Legislation – The Magic Potion for all Crises: The Case of Portugal”, *Comparative Labor & Policy Journal (CLLPJ)*, n. 3, 2014 (35), pp. 397 ss.
- Hallstein, W., *United Europe: challenge and opportunity*, Cambridge (Massachusetts) 1962.
- Hepple, B., *Labour Laws and Global Trade*, Oxford y Portland (Oregon), 2005, Hart Publishing.
- Kenner, J., *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford y Portland (Oregon), 2003, Hart Publishing.
- Krugman, P.R. y Obstfeld, M., *International Economics – Theory and Policy*, cuarta edición, 1997.
- Moreau, M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Paris, 2006 (Dalloz).
- Müller-Glöge, R., Preis, U. y Schmidt, I. (Dir.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16ª edición, Múnich, 2016 (Verlag C.H. Beck).
- Rödl, F. y Callsen, R., *Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion – Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtscharta*, HSI-Schriftenreihe tomo 13, Frankfurt am Main, 2015.
- Seifert, A., “Der Beitrag der Internationalen Arbeitsorganisation zur Verwirklichung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern”, en Hohmann-Dennhardt, C., Körner, M. y Zimmer, R. (Dir.), *Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr*, Baden-Baden, 2010 (Nomos-Verlagsgesellschaft).
- Seifert, A., “European Economic Governance and the Labor Laws of the E.U. Member States”, *Comparative Labor Law & Policy Journal (CLLPJ)*, n. 3, 2014 (35), pp. 311 ss.
- Seifert, A., “Die Sozialpolitik bei der Entstehung der Europäischen Gemeinschaften”, *Arbeit und Recht (AuR)*, n. 5, 2015, pp. G 9 ss.
- Servais, J.-M., *Normes internationales du travail*, 2004.
- Servais, J.-M., *International Labour Law*, tercera edición, Wolters Kluwer, 2011.
- Weiss, M., “The Potential of the Treaty has to be used to its full Extent”, *European Labour Law Journal (ELLJ)*, n. 1, 2013, pp. 24 ss.

Globalización y Seguridad Social*

José Manuel DEL VALLE**

RESUMEN: El derecho a la Seguridad Social aparece reconocido en importantes textos normativos nacionales e Internacionales (Constituciones, Declaración Universal de los Derechos Humanos). No obstante, entre el 70 y el 80 por 100 de la población mundial carece de protección social. En el presente trabajo, se analiza en qué medida influye la globalización en la situación referida. El debilitamiento de los derechos sociales (especialmente en tiempos de crisis), el retroceso del Estado de Bienestar (Estado Social), la quiebra del principio de igualdad como inspirador de los derechos sociales y la influencia de la razón económica en la legislación son cambios que tienden a imponerse en los ordenamientos nacionales y que se suelen vincular a la globalización. En el presente trabajo se examinan algunas soluciones que se proponen para que el derecho a la Seguridad Social tenga el debido desarrollo y se examinan algunas iniciativas al respecto de la Organización Internacional del Trabajo (Recomendación sobre los pisos de protección social).

Palabras clave: Globalización, pobreza, razón económica, derecho a la seguridad social, derechos sociales, Estado Social, Organización Internacional del Trabajo (OIT).

SUMARIO: 1. Globalización y seguridad social. 2. Derecho a la seguridad social: “hacia un enfoque de la seguridad social basado en los derechos”. 3. La Organización Internacional del Trabajo, expansión y garantía del derecho fundamental a la seguridad social. 4. Bibliografía.

* El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación “Comercio y justicia social en un mundo globalizado, con especial referencia a los intereses de España” (DER2013-47698-R), y se ha presentado como ponencia en el Seminario internacional “Reflexiones sobre la globalización y la justicia social: aspectos éticos y jurídicos”, que se celebró en la Universidad de Alcalá, el 23 de octubre de 2015.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Alcalá (España).

Globalization and Social Security

ABSTRACT: The right to social security is recognized in relevant national and international texts (Constitutions, Universal Declaration of Human Rights). However, between 70 and 80 per 100 of the world's population have no social protection. In this paper, we analyze to what extent globalization influence on this situation. The weakening of social rights (especially in times of crisis), the decline of the welfare state, the breach of the principle of equality as a base of social rights, and the imposition of “economic reason” in Law and the legislations are changes which prevail in present times in national legal systems and are usually linked to globalization by experts in economy. In this paper we analyze some of the proposed solutions for the right to Social Security having a proper development, and some initiatives of the International Labour Organization in the same direction (Social Protection Floors Recommendation).

Key Words: Globalization, poverty, economic reason, right to social security, social rights, Welfare State, International Labour Organization (ILO).

1. Globalización y derecho a la Seguridad Social

El primero de varios relevantes documentos normativos de naturaleza internacional que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷⁰, establece que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (...)” (art. 22)³⁷¹. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷² (en adelante PIDESC) dispone que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9).

Se suele aceptar que tales normas adoptan una fórmula de reconocimiento de la Seguridad Social que hace de ella un derecho humano fundamental, un derecho *per se*, se ha declarado³⁷³, que contrasta por cierto con lo prevenido en otros muchos textos jurídicos de referencia³⁷⁴. Por mi parte, considerando la aplicación efectiva sobre todo de la primera de estas normas, creo que también es aceptable mantener que en tal formulación del “derecho a la seguridad social” ha pesado la tradición propia del Derecho anglosajón³⁷⁵, que seguramente ha contribuido durante bastante tiempo a debilitar su significado³⁷⁶.

³⁷⁰ Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada en la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948 (Nueva York, 1948).

³⁷¹ Completa el precepto reproducido en el texto el artículo 25, según el cual “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar (...) tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez (sic), vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

³⁷² Organización de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado en la Resolución 2 200 A (XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966 (Nueva York, 1966).

³⁷³ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, primera edición 2011, p. 79.

³⁷⁴ Para advertirlo, y sin que proceda hacer mayor comentario por el momento, basta leer lo dispuesto en la Constitución Española (art. 41).

³⁷⁵ Empleo este término aún sabiendo que su utilidad no reside tanto en “definir” un conjunto determinado de ordenamientos como en facilitar la distinción entre esos ordenamientos y los continentales europeos, a los que pertenece el español; no debe ser por tanto entendida la alusión en el texto al Derecho (Derechos) anglosajón de manera distinta a la indicada.

³⁷⁶ Para comprobar la influencia de que hablo y la facilidad con que en el Derecho anglosajón se emplea el término “derecho” vinculándolo a la seguridad social, puede leerse por ejemplo el discurso *On The Objectives and Accomplishments of the Administration*,

Lo que en la realidad “es” (o parece con toda probabilidad que es), tan lejos de lo que “debería ser”, muestra que las anteriores declaraciones distan mucho de surtir un efecto general. Según informes elaborados por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), entre el 70 y el 85 por 100 de la población mundial no goza de la Seguridad Social³⁷⁷. Aunque este porcentaje varía si paramos a contrastarlo con quienes se benefician de los diversos seguros sociales o de algún tipo de protección social³⁷⁸, sirve para denunciar que el derecho a la seguridad social en el momento presente no obtiene el reconocimiento ni por tanto desarrollo debido³⁷⁹. Más útil para el jurista es el dato de que sólo el 18,1 por 100 de la población mundial vive en países que han ratificado el importante Convenio 102 OIT, sobre norma mínima en materia de Seguridad Social³⁸⁰.

A la vista de este panorama, a más de uno le darán ganas de suscribir la sentencia de Bobbio sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ahora recuerdo: “a cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración (...) y después mirar alrededor (...)”³⁸¹. Por

pronunciado por el Presidente USA FD Roosevelt el 8 de junio de 1934 en el Congreso de los Diputados, en que declaraba que la seguridad social (social insurance) (significativamente con el derecho a la vivienda y a los medios de vida) “constitute a right which belongs to every individual and every family willing to work”.

³⁷⁷ Ver por ejemplo Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, *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. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, Primera edición, 2011, pp. 8 y 34; Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión 2012, Informe IV (1), *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011, pp. 6, 9, 10.

³⁷⁸ Ver Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa, *op. cit.* pp. 57-58 (pensiones contributivas de vejez); 72 (desempleo), 76-77 (accidentes de trabajo), 79 (maternidad).

³⁷⁹ El informe que lleva por título *OIT World Social Security Report 2010-2011: Providing coverage in times of crisis and beyond*, Ginebra, 2010, ofrece un panorama completo de la situación mundial en punto al reconocimiento del derecho a la seguridad social, así como una perspectiva de las regulaciones de los sistemas nacionales de seguridad social. Debe verse asimismo información actualizada sobre derechos sociales en *World Social Protection Report 2014-2015: Building economic recovery, inclusive development and social justice*, Ginebra 2014.

³⁸⁰ Sobre el estado de las ratificaciones del Convenio 102 OIT, Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, *op. cit.*, pp. 40/45.

³⁸¹ Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en Bobbio, N., *El tiempo*

cierto, para el gran filósofo italiano, educado en la tradición de que el Derecho es primero y ante todo fuerza lícita, pero fuerza, el tan citado documento no tenía valor normativo, pues no garantizaba los “principios” (así calificaba a su plural contenido) que recogía³⁸².

Mas como punto de partida de esta intervención prefiero elegir otro algo más fácil de suscribir por los juristas en ejercicio, con los que me identifico. El incumplimiento de lo dispuesto en los anteriores textos internacionales, pues hay que hablar de “incumplimiento” claramente, porque la no realización de los de los derechos afecta a su “satisfacción” pero no a su “titularidad”³⁸³; dicho de otro modo, tales derechos existen, pero no se reconocen a la gran mayoría de los seres humanos, tan repetido incumplimiento, podemos nosotros los juristas continentales calificarlo como “flagrante”. Y la cuestión que se plantea en esta conferencia es la de en qué medida en esta situación descrita tiene que ver ese fenómeno relativamente moderno de la globalización.

Comienzo afirmando que la relación que pueda haber entre la globalización y la seguridad social no puede seguramente establecerla el jurista que aspire a desarrollar su exposición con arreglo a un método jurídico, como es mi caso, sin ayuda de otras ciencias³⁸⁴: baste pues aquí con decir, acudiendo a lo afirmado por otros especialistas en ellas, que la globalización económica es como se ha escrito acertadamente la “clave del resto de las globalizaciones”³⁸⁵, que la globalización económica se vincula a la libertad de mercado³⁸⁶ y que facilitar las transacciones comerciales entre zonas del planeta aún distantes requiere según tesis económicas preponderantes la reducción, el adelgazamiento o en el mejor de los casos la “flexibilización”, del Estado de Bienestar³⁸⁷. Así pues, el hecho previo

de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 83.

³⁸² Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 68-69.

³⁸³ La relación entre “titularidad” y “satisfacción” de los derechos en Contreras Peláez, F.J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Editorial Tecnos SA, Madrid, 1994, pp. 114-115.

³⁸⁴ Sobre la globalización en general y sus clases, ver Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Editorial Aranzadi SA, Thomson Reuters, Navarra, 2010, Capítulo I, pp. 17-45.

³⁸⁵ Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.*, p. 23.

³⁸⁶ Las condiciones que deben darse para que pueda hablarse de globalización de los intercambios en Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.* p. 24.

³⁸⁷ Acepto pues como digo la anterior formulación debida a los expertos en economía, y que a mi juicio queda con gran claridad sintetizada en un punto (25) de la conocida Encíclica *Cáritas in Veritate* (punto 25), de SS Benedicto XVI:

“El mercado, al hacerse global, ha estimulado, sobre todo en países ricos, la búsqueda de áreas en las que emplazar la producción a bajo coste con el fin de reducir los precios de

del que debe partir mi exposición es el de la aceptación generalizada de que la globalización ha acelerado el debilitamiento de tal Estado de Bienestar, o Estado Social para el jurista, aunque es verdad que no sólo ella; y digo acelerado porque tal evolución a la baja se viene dando desde hace tiempo, antes de que se considerase el fenómeno del que hablo. Y en este punto no está de más destacar la relación que puede haber entre la globalización y las crisis económicas cíclicas. Parece que los efectos de la globalización a los que vamos a referirnos acto seguido se agravan en los momentos de crisis económica supra-nacional o mundial, es como si sobre ellos la crisis produjese un efecto intensificador. Globalización y crisis, por tanto, no son fenómenos separados y desconectados, y aunque es pensable la crisis económica sin la globalización, no es posible desgajar una de otra cuando la primera adquiere amplias dimensiones y afecta a diferentes regiones.

Aclaro también a la hora de sentar las bases de mi exposición que no considero que la globalización sea algo así como una etapa nueva fase de la “internacionalización” activada a partir de la Revolución Industrial (momento en que los actores económicos se sacuden decididamente el yugo de los Estados nacionales para plantear sus estrategias en un marco mucho más amplio); internacionalización por cierto de la que el trabajador obtuvo beneficio, porque sirvió para unir esfuerzos y difundir a gran escala su situación y sus reivindicaciones: recordemos que precisamente a través de la labor de los sindicatos y de las asociaciones internacionales de trabajadores (obligado es el recuerdo aquí de la Asociación Internacional para la protección Legal de los Trabajadores) y sobre todo a partir de 1919 de la Organización Internacional del Trabajo, se configura el conjunto de derechos laborales y se difunde la necesidad de su protección por los ordenamientos de los estados europeos. Puede decirse así que el origen de

muchos bienes, aumentar el poder de adquisición y acelerar por tanto el índice de crecimiento, centrado en un mayor consumo en el propio mercado interior. Consecuentemente, el mercado ha estimulado nuevas formas de competencia entre los estados con el fin de atraer centros productivos de empresas extranjeras, adoptando diversas medidas, como una fiscalidad favorable y la falta de reglamentación del mundo del trabajo. Estos procesos han llevado a la reducción de la red de seguridad social a cambio de la búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global, con grave peligro para los derechos de los trabajadores, para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad en las tradicionales formas del Estado social. Los sistemas de seguridad social pueden perder la capacidad de cumplir su tarea, tanto en los países pobres como en los emergentes, e incluso en los ya desarrollados desde hace tiempo. En este punto, las políticas de balance, con los recortes al gasto social, con frecuencia promovidos también por las instituciones financieras internacionales, pueden dejar a los ciudadanos impotentes ante riesgos antiguos y nuevos (...).”

los derechos sociales, y por extensión del Derecho del Trabajo y del Derecho de Seguridad Social, lo encontramos realmente en el ámbito internacional. La globalización no sigue pues esta productiva estela, que en todo caso con ella experimenta un brusco frenazo. No parece que la globalización garantice la “universalidad” de los derechos sociales³⁸⁸, y podría incluso llegarse a pensar que con ella se puede producir (si así interesa a los mercados) una parcelación de tales derechos por naciones o grupos nacionales o incluso continentes que podría llevar a regulaciones incluso muy dispares de las realidades laborales.

Sentados los puntos de partida, paso a decir que varios síntomas detectados sobre todo en los Derechos de las sociedades que vamos a llamar, para entendernos, occidentales se suelen vincular a la influencia de la globalización. El primero es la pérdida de fuerza de los derechos sociales en las normas; y me interesa subrayar que digo en las normas, pero no en la sociedad, porque la cultura de los derechos sociales ha calado en las sociedades de tales países de tal manera que su existencia parece justificada para la opinión pública por razones que podríamos llamar “científicas”. Lo que quiero decir es que la regulación digamos que “a la baja” de los derechos sociales no se acepta pacíficamente por la sociedad como una “potestad estatal” o más propiamente como una legítima decisión del legislador democráticamente elegido (que es el caso en Europa), sino que se rechaza por ella como un “recorte”, término este que tiene que ver con lo físico (se “recorta” por ejemplo la rama del árbol), esto es como una intolerable “amputación” de algo que naturalmente le pertenece. Esta realidad que opone la norma a sus destinatarios suele producir como va quedando claro un malestar general importante que es caldo de cultivo de los populismos. Y conviene advertir que el aumento de ese malestar o incluso su existencia suele ser independiente del grado de modificación por las tan mencionadas normas reguladoras de los derechos sociales, pues es el mero hecho de que el legislador las modifique (sólo en segundo lugar el grado en que lo haga) lo que suele levantar la protesta ciudadana.

Pero, volviendo a lo dicho, el hecho es que a la globalización se vincula una cierta pérdida de fuerza de los derechos sociales; yo diría que para el jurista una pérdida de fuerza que afecta a la Constitución donde tales derechos se recogen, como norma (no como pacto de convivencia, tema este al que me referiré luego), esto es, con destino a sus aplicadores, y

³⁸⁸ Sobre la necesidad de diferenciar la “globalización” (que describe un fenómeno) de la “universalización” (categoría axiológica), Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del derecho en la Sociedad Global, op. cit.*, pp. 162-163.

concretamente para los tribunales constitucionales de los Estados (dejando por ahora lo que más adelante quiero que veamos)³⁸⁹. No soy partidario de hablar en este punto de “de-constitucionalización” de tales importantes derechos porque la aplicación de esta teoría a los ordenamientos occidentales desvirtúa gravemente la realidad. Digamos para entendernos que en tales ordenamientos la globalización y la crisis pueden haber provocado la sensación de que el vaso está medio vacío, pero la realidad demuestra que al menos sigue existiendo el vaso; la teoría de la “de-constitucionalización” niega en cambio lo último. Por supuesto que esta afirmación mía se basa en lo que puede leerse en documentos que nadie tacharía de parciales, por ejemplo en los informes de la OIT, en los que se llama la atención sobre el efecto amortiguador que en situaciones difíciles han tenido los sistemas europeos de Seguridad Social, cuestión esta a la que luego pasaré a referirme.

Sí creo que la pérdida de fuerza de los derechos sociales y de las Constituciones en que se recogen habitualmente se ha producido como consecuencia, entre otros factores, de la globalización. Y esta pérdida de fuerza se ha traducido en el debilitamiento de su contenido esencial y en la revalorización de sus límites, sobre todo de su límite mínimo. Diríase que se ha pasado a entender que ninguna reforma normativa de los derechos sociales va contra su contenido esencial siempre que se respete el límite mínimo que lo hace reconocible, argumento por cierto que se detecta en sentencias de los tribunales constitucionales de nuestro entorno. Por supuesto, este modo de razonar es falaz, pues un límite mínimo nunca se explica por sí mismo, sino por referencia a un límite máximo y un contenido esencial existente entre ambos, eso sí, de carácter ciertamente flexible.

Un problema añadido a la pérdida de fuerza de los derechos sociales es el de la pérdida de fuerza del principio de igualdad³⁹⁰. En realidad, la esencia misma de los citados derechos e incluso la razón de su existencia misma la encontramos en el citado principio, es este un dato que a veces se olvida (y el legislador no es el último en incurrir en tal olvido) pero que he de destacar necesariamente en este momento. No es extraño que con acierto (aunque de modo algo intuitivo) se vinculen por los medios de

³⁸⁹ Ver Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.*, p. 69.

³⁹⁰ Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.*, p. 98, ha escrito que “un factor jurídico-político de la globalización es la quiebra del principio de igualdad ante la ley estatal, haciéndose típicos los privilegios para las personas con mayor cantidad de medios y abriéndose la brecha entre los países más pobres y los más ricos”.

comunicación o por los portavoces de la opinión las desigualdades al parecer cada vez mayores existentes en las sociedades occidentales a la modificación de los derechos sociales. Es un hecho que estos garantizan la democracia económica y que su reducción produce el “descarte” de sectores de la población. Pensemos, citando ya los sistemas de seguridad social, la importante función de garantía de la democracia económica de sectores desfavorecidos de la sociedad: enfermos, ancianos, viudas o huérfanos (...) Más adelante me referiré al problema de la erradicación de la pobreza como fin esencial de los sistemas de seguridad social, pero por el momento, vuelvo a recordar, mis reflexiones se centran en la realidad española y de los países de nuestro entorno.

Y sin salir del tema aludido, el de la vinculación entre los derechos sociales y el principio de igualdad, es necesario reflexionar sobre el modo en que influye el olvido de tal relación sobre la técnica legislativa. Las exigencias de la “situación” se nos dice que llevan a una legislación de coyuntura, a un ordenamiento compuesto por textos especializados por su contenido (factura de los especialistas), cuya aprobación exige celeridad y que tiene como efecto que se ha denunciado la ruptura de la tradicional equivalencia entre el órgano que aprueba las normas (por ejemplo, el Parlamento la ley) y el tipo de norma aprobada³⁹¹. A mi juicio, al menos en Occidente, se ha olvidado demasiado pronto que las técnicas legislativas de emergencia (en el caso de España los decretos leyes) sirvieron en su origen para regular “privilegios”, y en este punto para entender mejor lo que quiero decir acudo en ayuda del Derecho Romano, donde el *privilegium* se entendía como una ley extraordinaria que afectaba a un sector de la ciudadanía y cuya aprobación estaba limitada y no era propia de las asambleas (XII Tablas, IX,1).

En los últimos tiempos se suele fijar el jurista en la naturaleza extraordinaria de la fuente empleada para regular los derechos sociales pero menos en el contenido de esas leyes extraordinarias, o normas extraordinarias con rango de ley, que en el mejor de los casos suelen regular la situación de determinados sujetos (desempleados, jóvenes, etc.) casi siempre con el fin de reducir el contenido de sus derechos sociales o (esto es más importante) de no buscar soluciones a sus postergaciones a través del procedimiento legal ordinario; de este modo, lo que aparentemente se concede a través de las técnicas legislativas extraordinarias en realidad constituye una excepción con todas sus consecuencias a la ley que debería aprobarse, previo paso por el tamiz

³⁹¹ Ver Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, op. cit., p. 67.

parlamentario. Y puede decirse que esta legislación de emergencia está devolviéndonos los sistemas de seguridad social basados en la “diversificación” en regímenes de los sujetos protegidos, aunque es verdad que esta falta de integración no se justifica hoy como en el pasado apelando a las diferencias entre los distintos sectores o subsectores productivos (trabajo en la industria, en los servicios, etc.), sino a una argumentación mucho más variable, y que puede a veces conectarse con las prestaciones propias de aquellos sistemas (desempleo, jubilación) o con las cuantías de tales prestaciones con respecto a determinados sujetos (jóvenes, trabajadores con escasa cotización, etc.).

Y termino este breve resumen de la influencia que la globalización tiene sobre los ordenamientos llegando al núcleo del problema que de alguna manera atrae todos esos “síntomas” de debilitamiento de los derechos sociales de los que hasta aquí he venido hablando. El núcleo referido lo constituye el retroceso del Estado en su deber (que luego examinaré) de formularlos, legislar sobre ellos, mantenerlos, garantizar su ejercicio, y fiscalizar el cumplimiento de las leyes. Pero advierto que este retroceso del Estado no significa necesariamente un retroceso del intervencionismo estatal o la imposición de una anomia generalizada, que podría ir en contra de los intereses que sustentan la globalización económica, sino lo que acabo de decir, un retroceso en el deber del Estado de formular y garantizar los derechos sociales³⁹². Es esta una evolución que al menos en su última fase se remonta a la última década del pasado siglo XX³⁹³. Sobre el particular, en un fundamental Informe de la OIT se puede leer al respecto lo que sigue³⁹⁴:

“A mediados de los años noventa, ya era evidente que la mayoría de los países habían (sic) iniciado un período de reformas de la seguridad social de un alcance sin precedentes,

³⁹² Al respecto, Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.*, p. 54, 59-60. Según la autora, “en el apartado del estudio de los aspectos singulares del Derecho propio de la globalización, (...) la desregulación no significa una situación de anomia, sino que se identifica con una situación de sustitución de una legislación intervencionista por normas de corte abstencionista, y con la tolerancia o cooperación con la iniciativa normativa privada. De esta forma hablamos de la retracción de normas de Derecho público que se destinan a la protección social o laboral, en beneficio de normas de Derecho privado (...)”. El Estado contribuiría con su acción normativa a “crear mediante las normas las condiciones necesarias para que nazcan los mercados y, cuando existan, puedan llegar a corregir sus fallos”.

³⁹³ Sobre el “retroceso del Estado del Bienestar”, ver las conclusiones de la OIT en *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 59-67.

³⁹⁴ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 68-69. Ver asimismo *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 51.

que afectaba a todas sus ramas. Por ello, en ciertos países se puso en cuestión el nivel general de protección en determinadas ramas de prestaciones (...), suscitándose reacciones de protestas en la población que deseaba mantener los derechos adquiridos y las conquistas sociales (...)”.

“Las consideraciones de orden financiero (...) han sido una fuerza impulsora para que algunos gobiernos disminuyan sus propias responsabilidades, reduciéndolas finalmente a la provisión de redes básicas de seguridad, y aumenten al mismo tiempo el papel de las instituciones y empresas privadas (...)”.

Las causas de este retroceso del Estado en el ámbito de lo social son varias, paso a referirme a la primera: la asunción por el Estado (sin que parezca en este punto que importe la ideología de quien gobierna, pues da la sensación de que de este tema se ha apoderado el “pensamiento único”) de la “razón económica” como justificación (porque es casi la única que la provoca) y límite (porque lo social aparece neutralizado por las cifras) de toda reforma de los derechos sociales³⁹⁵. Esta influencia por cierto fue detectada hace tiempo por los analistas, y trasciende a los medios de comunicación: por poner un ejemplo, recordemos el artículo de prensa del añorado José Angel Valente titulado “Crítica de la razón económica”, publicado a finales de la década de los ochenta del pasado siglo, en el que denunciaba la reducción por parte del Gobierno español de entonces (socialista) de toda “racionalidad” a la “racionalidad económica”. Por cierto que sobre esta última advertía el desaparecido ensayista que sus “fundamentos teóricos resultan estar hoy fuertemente cuestionados por una importante fracción de economistas, y no sólo desde posiciones radicales (...)”.

Pero la razón económica sigue imponiéndose actualmente (¿acaso no es la misma globalización más que el origen, como podría pensarse, un producto de ella o su producto más elaborado?) y existen ejemplos de esa imposición en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como vamos a ver. Y se impone en parte por un dato que se ha señalado acertadamente, y que podría llevar a plantearse si en realidad no es una modalidad de “pensamiento débil”: el de la sencillez de sus técnicas, pues suelen aplicarse a aquellos sectores sociales cuya situación aparece más cuidadosamente regulada: trabajadores desempleados, pensionistas, beneficiarios del sistema de salud, etc.³⁹⁶. Cabe pensar en este punto que el Derecho público le brinda a la tan citada razón económica una amplia y

³⁹⁵ Valente, J.A., “Crítica de la razón económica”, publicado en diario *El País* hace ya tiempo, el día 28 de febrero de 1989.

³⁹⁶ Puede leerse al respecto la sencilla argumentación expuesta en Cortina, A., *La Ética*, Paidós, Espasa Libros SLU, 4ª reimpresión de la primera edición, Barcelona, 2013, pp. 17-19.

cómoda puerta de entrada.

Para situar algo más el tema, apresurémonos a precisar que esa razón económica de que tanto hablamos si bien es verdad que en tiempos podía considerarse asentada sobre principios neoliberales como los sostenidos por un Hayeck, tiene hoy cimientos diferentes y desde luego más complejos. Ya no se aceptan aquellos postulados “ultra” que causaban furor hace no tantas décadas y que desde luego no son asumibles por una razón jurídica esencial: el problema no es que por medio de ellos se defiendan la libertad económica o libertad de empresa hasta hacerla principio de todo el sistema económico y del ordenamiento social, lo que es contradictorio en esos postulados es que precisamente por venir del liberalismo aceptan los derechos fundamentales basados sobre la dignidad de la persona sin advertir que la mera libertad no garantiza el respeto de aspectos fundamentales de esa dignidad. La razón económica se vincula modernamente con los sistemas financieros y las multinacionales, así como con las naciones productoras de bienes y servicios; en este marco, hablar de libre competencia y libertad de empresa me atrevo a decir que es falaz³⁹⁷.

En fin, a la vista de lo que padecen los ordenamientos de nuestro entorno últimamente es lícito preguntarse: ¿en qué medida la globalización ha contribuido a imponer como última base de la regulación de los derechos sociales en los ordenamientos occidentales a la llamada “razón económica”? La respuesta es tal vez que en buena medida.

Empiezo con un ejemplo relevante. Se ha detectado en acreditados estudios sobre este fenómeno mundial que sobre todo a partir del comienzo de siglo las legislaciones de varios países europeos han condicionado la continuidad de la percepción de las prestaciones por desempleo a la aceptación de un “empleo” sin más, esto es, de un empleo cualquiera, a la aceptación de cualquier trabajo. Las aptitudes, la calificación, la experiencia adquirida o la antigüedad de los trabajadores en una profesión, son variables que han quedado extramuros de la ley, como fuera ha quedado también el derecho a la elección de profesión u oficio, dicho de modo más claro, la libertad de elección de una profesión. Se ha obviado que todos estos datos están muy relacionados con la dignidad de los trabajadores. Y el problema (pues lo es) se agrava cuando se constata

³⁹⁷ Lo que sí se da con la globalización es una competencia trágica a la que se presta escasa atención: como ha indicado acertadamente Miguel Rodríguez Piñero, en la actualidad “los trabajadores de los distintos países están compitiendo entre sí sin saberlo” (Nota manuscrita tomada por J.M. del Valle de la intervención del jurista mencionado en el seminario internacional “Comercio y justicia social en un mundo globalizado. Modelos de aproximación”, celebrado en la Universidad de Alcalá el 25 de septiembre de 2015).

que la asimilación en este punto de las pensiones y prestaciones económicas por enfermedad o discapacidad al régimen que tiende a imponerse en las prestaciones por desempleo, pues apelando a la prevención, reactivación, rehabilitación o reintegración tienden a atribuirse obligaciones individuales a los beneficiarios de las mismas con el fin de tratar de que se reintegren al mercado laboral sin parar en el modo en que se produce tal reinserción³⁹⁸.

En fin, la mera afirmación de tal peculiar razón económica ha provocado dos consecuencias realmente fundamentales: la “des-juridificación” de ciertos elementos esenciales en el ámbito de los derechos sociales (pensemos por ejemplo en el sometimiento de la suficiencia de las pensiones de Seguridad Social a las “posibilidades económicas”) y la confusión a propósito buscada del gasto social con el gasto público en general, para insertar aquél en este sin ningún matiz especial, confusión que se aprecia por ejemplo en los documentos que la Unión Europea ha venido dictando para conceder ayudas a los Estados miembros de ella que han sido intervenidos: principalmente, Grecia, Irlanda y Portugal³⁹⁹. El efecto que tal confusión produce en el ámbito jurídico es importante porque muchos beneficios sociales antes considerados como “derechos” pierden tal naturaleza para adquirir otra típicamente asistencial, entendiendo esta expresión en su sentido más tradicional, que justifica su sometimiento a todo tipo de restricciones presupuestarias⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Sobre las normas referidas en el texto, *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 109-113.

³⁹⁹ Ver sobre el tema mencionado Del Valle, J.M., “Seguridad Social y derechos sociales en Irlanda: panorama tras la crisis económica”, en Garvey, A.M. y J. López Ahumada, E. (Dirección), *Crisis financiera y derecho social en Irlanda*, Ediciones Cinca SA, Madrid, 2015, pp. 145-176.

⁴⁰⁰ Sobre los efectos de la crisis en Irlanda puede leerse en *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 69, lo siguiente:

“Es probable que las reservas de los sistemas nacionales de pensiones sientan los efectos de la crisis mundial durante mucho tiempo. Mientras que algunos países han echado mano directamente a las reservas de sus cajas nacionales de pensiones, otros países han modificado la reglamentación de las cajas de pensiones para darle al gobierno una mayor participación en las decisiones relativas a la política de inversión de las cajas, que pueden usarse para reorientar las inversiones hacia la economía nacional. Este último ha sido el caso de Irlanda, donde la Ley de Inversiones del Fondo Nacional de Reserva del Sistema de Pensiones y Disposiciones Varias (2009) allanó el camino para una 'inversión dirigida' de 7.000 millones de euros en acciones preferentes emitidas por el Bank of Ireland y los Allied Irish Banks, a lo que siguió su contribución al plan nacional de rescate previsto en el Plan Nacional de Recuperación 2011-2014. Si bien este tipo de medidas pueden ayudar a inyectar liquidez en las empresas nacionales en dificultades y salvar empleos en el corto plazo, también pueden exponer a las cajas de pensiones a riesgos más graves y poner en

La comprensión de lo que esta “des-juridificación” significa y hasta donde llegan sus efectos se hace más patente al ponerla en relación con la “des-regulación” que se da en el ámbito de la normativa laboral. La falta de coordinación entre una y otra rama del Derecho hace padecer sobre todo al Derecho de la Seguridad Social, cuyas instituciones, pensadas para fines muy justificados, pasan a satisfacer otros a veces no tan lícitos. Así, por poner dos ejemplos, al flexibilizarse el despido hasta el punto de debilitar el conjunto de sus causas o hacer de las existentes verdaderos “cajones de sastre” con forma de conceptos jurídicos indeterminados, la prestación y sobre todo el subsidio por desempleo se mutan en subvención de los ajustes de las empresas (incluso a aquéllos que pudiéramos llamar “normales”) y en “limosna” temporal de quien muchas veces por mera caducidad de su contrato ha perdido su trabajo, y la pensión de jubilación, sin dejar de ser también subvención en el sentido apuntado, pasa a convertirse en una especie de “salvavidas” al que se aferra el trabajador que por edad ha sido definitivamente expulsado del mercado de trabajo.

Pero la mención de la ideología que llamamos “razón económica” en este punto quedaría incompleta si no nos parásemos a contemplar un aspecto de ella relativamente nuevo y que tiene que ver mucho con la globalización (para apartarla por cierto de aquella fase de internacionalización del mercado que se vivió hace decenios y de la que antes he hablado): las ideas generan sus propios medios de realizarse y el caso es que la ideología ahora recordada ha generado o ha refundado⁴⁰¹ para imponerse un conjunto no despreciable de instituciones incluso intergubernamentales, de naturaleza pública o privada (desde Bancos internacionales hasta Fondos) que al ser “centros de poder económico” influyen sobre los ordenamientos de los Estados nacionales a los que llegan a condicionar de dos modos diferentes: a través de opiniones que se estiman vinculantes (fuerza vinculante esta que se hace patente por el hecho de que quien no las acepta no recibe ayuda en la dificultad), a veces como verdaderas “cuasi-normas” emanadas de una autoridad que en apariencia sería legítima (categoría a la que no pertenecen aquellas instituciones en este punto, en su ilegítimamente achacada calidad de creadoras de normas) y por medio del asesoramiento al más alto nivel, que puede llegar a convertirse en un control previo y en una fiscalización posterior de una actividad normativa, aparentemente reservada a los poderes legislativos nacionales pero realmente condicionada por su

peligro la sostenibilidad y adecuación de las pensiones en el largo plazo”.

⁴⁰¹ Término este que utilizo en el sentido siguiente, que se recibe como uno de los propios en el DRAE: “Revisar la marcha de una entidad o institución, para hacerla volver a sus principios originales *o para adaptar estos a los nuevos tiempos*” (la cursiva es mía).

contenido por esas instancias difusoras de la tan citada “razón económica”⁴⁰².

Entro ahora en una segunda causa de retroceso del intervencionismo del Estado en el ámbito de los derechos sociales, y que reside en la dificultad creciente que está teniendo para cumplir con su misión secular. La tensión que recientemente se detecta entre los depositarios de la soberanía, que son los ciudadanos (empresarios no menos que trabajadores), y sus representantes políticos, parece apuntar a una pérdida de legitimidad de los últimos en su misión de depositarios del poder legislativo. Esta sensación se aprecia más en los ordenamientos de nuestro entorno y tiene que ver con el agotamiento de nuestro modelo de Estado. A la postre, cabría incluso pensar que al ciudadano no se conforma con que se legisle para él cuando se legisla sin él; no está de más recordar aquí lo que ha dejado escrito el recientemente desaparecido Gerhard A. Ritter, en un texto que sigue siendo francamente actual⁴⁰³:

“Al Estado de bienestar moderno se le pone (...) con frecuencia en conexión con el desarrollo de la democracia moderna de masas, como una respuesta a las crecientes demandas de igualdad socio-económica. Pero hay que preguntarse si es realmente razonable utilizar un concepto que tiene resonancias, no intencionadas, a la actuación administrativa de fomento del absolutismo ilustrado (...).”

“(...) se olvida la continuidad existente en la evolución de las tareas sociales del Estado y de las ideas, instituciones y fuerzas que subyacen a aquéllas. Al destacar la relación entre el Estado de bienestar y la moderna democracia de masas no se debería pasar por alto (...) que un elemento esencial del Estado de bienestar, la modificación de las fuerzas del mercado por la intervención socioeconómica del Estado se da también en muchos Gobiernos autoritarios (...).”

Esta cierta impotencia del Estado se hace por ejemplo patente en el marco del Derecho sancionador. Hasta ahora, los incumplimientos de la normativa de seguridad social han llevado aparejados tanto sanciones administrativas como penales. Pero, dejando aparte la creciente dificultad de aplicar estas últimas, las penales, en el ámbito de lo social (en el que se impone la relación colectiva y en el que operan las personas jurídicas), parece que, como se ha denunciado, en la actualidad “pagar las multas resulta más económico que cumplir la ley”⁴⁰⁴. Las medidas represivas por

⁴⁰² Ver respecto a estas organizaciones “centros de poder económico”, como la autora los denomina, María Isabel Garrido Gómez, *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, *op. cit.* pp. 24-25, 30-31, 39, 42, 78.

⁴⁰³ Ritter, G.A., *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Edita y distribuye Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 25.

⁴⁰⁴ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008*

tanto (con ser necesarias) han dejado de ser plenamente efectivas en el ámbito en que estamos, mientras las preventivas (que las hay) no acaban de generalizarse. En este punto sin embargo hay que actuar con cautela, pues la concepción de un Derecho sancionador adecuado al ámbito de lo social es laboriosa y a la vez tiene sus peligros. Por ejemplo, modernamente en algunos países occidentales se ha intentado atajar el incumplimiento normativo mediante la publicación de listados de infractores de la legislación de seguridad social o incluso la incitación a la denuncia, de dudosa legitimidad y que pueden tener efectos perversos; se ha comprobado con respecto a este último sistema que “podría ser utilizado indebidamente para fines personales, o dar lugar a abusos y a acusaciones infundadas respecto de la comisión de ilícitos”⁴⁰⁵.

2. Derecho a la Seguridad Social: “hacia un enfoque de la seguridad social basado en los derechos”

Esta segunda parte de mi intervención voy a iniciarla recordando una fórmula que aparece modernamente en varios documentos elaborados en el seno de la OIT: “hacia un enfoque de la seguridad social basada en los derechos”. En ella queda sintetizado el reto de la extensión y del mantenimiento de los derechos sociales en un mundo “global”. Y no es desdeñable sino todo lo contrario que la fórmula se haya acuñado por una organización internacional. Luego, en la última parte de mi intervención, me detendré brevemente a explicar cómo la propia Organización va dando forma a esta tarea a través de la adaptación de sus instrumentos normativos y de la aprobación de otros nuevos para enfrentarse a las nuevas realidades que se imponen por doquier.

El primer paso que quizá debe darse en esta dirección, la indicada de “un enfoque la seguridad social basada en los derechos”, es el de llegar a cierto acuerdo incluso tácito (no me atrevo a hablar de consenso) sobre lo que se ha llamado “un lenguaje común en el terreno de los derechos sociales y laborales”⁴⁰⁶. Un lenguaje en suma que sirva para explicar un sentimiento y para hacer comprensible técnicamente un derecho como es el tan repetido de seguridad social que puede tener un ámbito universal, lenguaje distinto del que ha predominado hasta ahora y que ha servido más para destacar

sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit. p. 168.

⁴⁰⁵ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit.*, p. 176.

⁴⁰⁶ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit.*, p. 80.

diferencias que para unir, que ha servido como medio de explicación de lo que para algunos podrían ser complejos arcanos a cuya total comprensión sólo llegarían los juristas de los países de nuestro entorno, los que en tiempos se llamaron países más desarrollados.

Iniciando esta ruta, obligado es volver sobre la ya recordada Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en la que como dijimos la seguridad social se configura como un derecho *per se* (al menos así se acepta generalizadamente). Esta configuración siendo válida necesita de una cierta adaptación si se quiere que sea además eficaz en un ámbito que supera las fronteras de los países occidentales. Para su comprensión universal no debería dejarse que prevalecieran ciertas tesis sobre su origen y su interpretación que son comunes en nuestros ordenamientos jurídicos. Los derechos humanos son una técnica jurídica muy perfeccionada de protección de valores universales, que se ven garantizados a través de su reconocimiento como un poder jurídico con fuerza expansiva (el derecho fundamental tiene en su esencia esa fuerza; se ha dicho acertadamente que “los derechos humanos definen metas para el desarrollo de las sociedades”⁴⁰⁷) y de su garantía por medio de una amplia batería de acciones administrativas y judiciales, incluso ante tribunales especializados en su defensa. Pero a veces se olvida esta realidad, que son esencialmente una técnica de protección de aquellos valores (con lo que se confunde el continente con el contenido)⁴⁰⁸ que, como tal técnica, por tanto, puede analizarse y puede perfeccionarse en cada momento para adaptarla a su referida finalidad, la garantía de aquellos valores (que evidentemente ni son técnicas ni admiten mutaciones en su núcleo).

Por otro lado, también sería desacertado por nuestra parte pretender que la interpretación de la técnica de los derechos humanos queda reservada a una casta de juristas, los de nuestro entorno, que parten por cierto de un dato tal vez no históricamente pero sí universalmente discutible: su tradicional clasificación en individuales (innatos, de la persona) y sociales (creación del Derecho, concedidos a la persona por los poderes públicos), entre otros motivos porque tal clasificación es útil para trabajar sobre ellos pero no para ser “implementada” por los ordenamientos jurídicos (lo que se hace evidente cuando se piensa que todo derecho individual no se agota en sí mismo, pues para poder desarrollarse necesita estar “garantizado” por un conjunto de medios: ¿puede ejercitarse acaso la libertad de expresión de forma plena sin un sistema educativo? ¿o el derecho al libre

⁴⁰⁷ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 85.

⁴⁰⁸ Esos valores han sido en épocas pasadas garantizados por diferentes técnicas, por ejemplo por el Derecho Natural.

desarrollo de la personalidad sin el acceso universal a los bienes (...)?; en este punto tampoco está de más pensar que históricamente sólo se han generado los derechos sociales en aquellos ordenamientos que comenzaron reconociendo los individuales, lo que puede llevar a concluir que son precisamente éstos los que por evolución natural llevan a aquéllos: a veces, la descripción histórica de ambos tipos de derechos olvida esta posible relación y esa evolución apuntadas).

El tratamiento de la Seguridad Social como derecho individual y como “institución” parece que se va imponiendo en los últimos tiempos, y es lógico porque aquélla puede verse tanto como un derecho del individuo vinculado a valores primarios (a la vida, a la salud, al trabajo por cuenta ajena prestado en régimen de dependencia, al libre desarrollo de la personalidad, incluso al acceso a la propiedad cuando se trata de prestaciones contributivas) y como un deber del Estado (al que directamente la ley compromete a otorgar protección con base en ciertas contingencias y con base en ciertas aportaciones de los potenciales beneficiarios de prestaciones, que no son asimilables a las que pueden realizar meros sujetos tributarios)⁴⁰⁹. Esta interpretación que vincula los derechos sociales a valores primeros permite otorgarles una base jurídica consistente que en su consideración tradicional se les ha venido negando (al considerárseles como se ha hecho aunque inconscientemente meras expectativas de derechos condicionados a la acción de un tercero, el poder público), base que en cambio sí poseen los derechos llamados individuales (por ejemplo, el de propiedad, o el propio derecho al honor). Aún es más, requisitos que en un tiempo se consideraron típicos de los derechos del individuo, como la universalidad o la posibilidad de ser invocados directamente ante los tribunales, parecen extenderse a los llamados derechos sociales digamos que casi “con naturalidad”.

Esta tendencia a la asimilación puede detectarse ya en las conclusiones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se celebró en Viena en 1993⁴¹⁰; la doble dimensión apuntada, que me atrevo a llamar

⁴⁰⁹ Sobre el derecho a la seguridad social considerado como derecho humano, es sugerente la lectura de Gómez Heredero, A., *Social security as a human right. The protection afforded by the European Convention on Human Rights*, Human rights files, n. 23, Council of Europe Publishing, 2007.

⁴¹⁰ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio 1993, *Declaración y Programa de Acción*, punto 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes 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. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas

inescindible, empieza a prevalecer en el marco del Derecho Internacional. Se ha escrito por ejemplo que “a diferencia de los instrumentos sobre derechos humanos, las normas de la OIT consideran a la seguridad social, no como un derecho individual sino como una institución social (...)” a lo que se añade que “la interacción entre la legislación internacional en materia de seguridad social y la que se refiere a los derechos humanos dio impulso al desarrollo gradual de la seguridad social en todo el mundo, reafirmando los derechos humanos (...)”⁴¹¹. El tratamiento complementario de ambas dimensiones del derecho a la seguridad social, el de verdadero derecho humano y el institucional, se localiza asimismo en importantes documentos, como la Carta Social Europea, que la recoge por un lado entre los derechos de los trabajadores (Parte I) y por otro como obligación del Estado (Parte II). Por supuesto, tal interpretación debe prevalecer sobre los textos normativos de los Estados, aunque en ellos la balanza oscile: inevitable resulta recordar que en el nuestro la declaración según la cual “los poderes públicos mantendrán un sistema de la Seguridad Social” (art. 41 de la Constitución) no debe hacer olvidar que el acceso a ese sistema es también un derecho individual.

Este punto de partida obliga a reinterpretar lo que significa la “progresividad” en la realización de los derechos sociales. Es cierto que el grado de desarrollo más los recursos financieros de que dispongan los países son elementos a considerar a la hora de construir lo que jurídicamente debe entenderse por progresividad, pero estos elementos no deben entenderse como alternativas a ella o como sus posibles “neutralizadores”. Hay que concluir que a estas alturas ha periclitado la tesis “burkeana” sobre los derechos, por lo que la progresividad no significa su mera evolución natural a lo largo de una historia, por cierto no necesariamente lineal, evolución que en realidad sería el tamiz que filtraría tan sólo aquellos más fuertes que sólo se impondrían tras haber superado graves obstáculos económicos y sociales. La declaración hecha modernamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nos lleva precisamente en esta dirección, como vamos a ver⁴¹²:

“Si bien el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean

políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁴¹¹ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit. p. 81.

⁴¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 19, *El derecho a la Seguridad Social*, Ginebra, 2007, puntos 40 y 41.

los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (...); la igualdad de derechos de hombres y mujeres...; y la obligación de adoptar medidas (...) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 (nivel de vida adecuado) y del artículo 12 (derecho a la salud). Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social”.

“El Comité reconoce que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado. Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional (...).”

Terminado el que podría llamar preámbulo de esta parte de mi intervención, entro en un tema fundamental, que tal vez a alguno podría parecerle obvio o acaso innecesario (pues ¿no tenemos entre nosotros en España el art. 41 de la CE? ¿no se aprobó el tan citado Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace décadas?) cual es el de la inserción del derecho a la Seguridad Social en el ordenamiento jurídico. Detenerse en este tema en el momento actual me parece absolutamente obligado. Recuerdo que anteriormente indiqué que aunque no coincido con la tesis radical que sostiene la “de-constitucionalización” de los derechos sociales, sí acepto la conclusión de que para facilitar la globalización económica y enfrentarse a la crisis se ha reducido la “eficacia directa” de los preceptos constitucionales y se ha debilitado el contenido esencial de tales derechos. Tal anomalía, pues lo es a mi juicio, obliga a replantear debates a veces algo olvidados y a ofrecer posibles soluciones que restañen la herida que con ella se inflige al Estado Social.

Recuerdo para situarnos que García-Pelayo escribió una vez que aunque tal condición no es “absolutamente necesaria para la existencia real del Estado social”, “la realización de una serie de prestaciones sociales (...) preferiblemente deben estar no sólo proclamadas, sino también garantizadas por los textos constitucionales”⁴¹³.

Es cierto que puede traerse aquí a colación el ejemplo de Alemania, que ha desarrollado un completo sistema de Seguridad Social con base

⁴¹³ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Octava reimpresión de la 2ª edición, Madrid, 1994, pp. 29-30.

(eminentemente, podríamos precisar) en el precepto constitucional que recoge la cláusula del Estado Social, sin mencionar tan específica garantía de instituto⁴¹⁴. Pero razones históricas y jurídicas parecen exigir que nosotros, como tantos otros Estados, reconozcamos expresamente lo que significa la inserción del derecho a la seguridad social en la Constitución, esto es, su configuración como un principio del Derecho (o incluso un generador de principios) con fuerza expansiva (esa fuerza expansiva propia de los derechos fundamentales de la que antes hablé), destinado a cumplir por vocación varias funciones trascendentales: impulsar la aprobación de normas que lo desarrollen, erigirse por ello en su fundamento, orientar su interpretación y facilitar su garantía a través de una batería de acciones administrativas y judiciales que pueden ejercitarse incluso ante tribunales especializados⁴¹⁵.

Y recordando algo que ya dije, parece que tal reconocimiento del derecho a la seguridad social ha de hacerse (como modernamente se está imponiendo) destacando su carácter de derecho individual más que su también destacable idoneidad para imponer obligaciones a los poderes públicos⁴¹⁶, perspectiva esta última en la que prima sobre todo la consideración de la seguridad social como garantía de instituto. La vinculación entre la tan citada seguridad social y el valor considerado piedra angular no sólo de los Derechos de Occidente sino de todo Derecho, que es la dignidad de la persona, se ha ido haciendo más y más evidente con el tiempo. Aún es más, hay que llamar la atención sobre el

⁴¹⁴ Mención a Alemania en *Estudio General Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 120-121 y 135. La proclamación de la República Federal de Alemania como Estado Social en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.1).

⁴¹⁵ En *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 115.

⁴¹⁶ Ver al respecto *Estudio General Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 119-120, al tratarse los “principales tipos de disposiciones constitucionales relativas a la seguridad social”, puede leerse lo siguiente: “Existen dos tipos principales de disposiciones que establecen las obligaciones del Estado en lo concerniente a la seguridad social. Algunas prevén el derecho individual a la seguridad social (...). Este tipo de disposición es cada vez más habitual en las constituciones nacionales (...). Otras disposiciones establecen la obligación del Estado de tomar medidas, por ejemplo, para garantizar la seguridad social (...). Evidentemente, estos dos tipos de disposiciones – en las que se consagran expresamente derechos individuales y obligaciones gubernamentales – probablemente den lugar a importantes medidas de protección de carácter obligatorio (...). Otras disposiciones tienen un carácter menos vinculante, sin crear derechos individuales u obligaciones para el Estado, al definir los principios relativos a la acción del Estado (...)”.

hecho relevante de que la seguridad social no sólo encuentra su base en la dignidad de la persona (lo que es propio de todos los derechos fundamentales) sino que también, como sistema de prestaciones sociales, atendiendo a ella se puede perfilar con nitidez una de sus finalidades (seguramente su finalidad principal). Aceptando pues la citada vinculación, se ha dicho que “a través de la solidaridad nacional y la distribución justa de su costo, (la seguridad social) puede contribuir a la dignidad humana, a la equidad y a la justicia social”⁴¹⁷; se ha destacado que “la seguridad social ha registrado su mayor auge en aquellos sistemas jurídicos que atribuyen un alto valor a la dignidad humana y donde los derechos humanos fundamentales son objeto de un reconocimiento cada vez mayor”⁴¹⁸.

La recepción constitucional del derecho a la seguridad social se justifica además por nuevos objetivos que vienen insuflar vitalidad al derecho de que me ocupo, y que se suman a los que desde siempre ha venido teniendo, a partir del más veterano de ellos, que es el de origen “bismarckiano” de garantizar la paz social. En la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, conocida como Declaración de Filadelfia (1944), se encuentra como principio de tal Organización sustentador de sus normas el siguiente: “la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”. Este principio, que en tiempos influyó sobre los Derechos nacionales de los países de Occidente, fue arrumbado por la marea neoliberal primero y económico-racionalista después⁴¹⁹, mas a consecuencia de la globalización (consecuencia seguramente no querida por sus principales beneficiarios) concentra ahora la atención de muchos⁴²⁰.

Creo que es posible afirmar que precisamente como efecto de la tan citada globalización la pobreza ha venido a tener una dimensión planetaria, ha pasado de ser de “seña de identidad” por la que se reconocía a ciertos países a convertirse en una realidad que se palpa también en Occidente. Es esta nueva dimensión y sensibilización por la pobreza, unidas a ese

⁴¹⁷ Estudio General *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 86.

⁴¹⁸ *Estudio General Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 86.

⁴¹⁹ Al respecto, Supiot, A., *Poverty through the Prism of the Law*, Field Actions Science Reports (Online), Special issue 4, 2012, connection on 01 October 2015, puntos 8 y 9. URL: <http://factsreports.revues.org/1602>

⁴²⁰ La lucha contra la pobreza se inicia modernamente por las Naciones Unidas a través del programa “Objetivos de desarrollo del Milenio”, que desde hace quince años viene siendo objeto de seguimiento y desde 2005 de Informes sobre su cumplimiento; el último editado de ellos lleva por título *Objetivos de desarrollo del Milenio*, Informe de 2015, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

potencial revolucionario que tiene, y que claramente se deduce de la Declaración mencionada (“peligro para la prosperidad de todos”), los que han propiciado su “juridificación”, esto es, la tan citada pobreza parece que va entendiéndose hoy más que como una “situación” pre-jurídica en el mejor de los casos, o incluso irrelevante para el Derecho (como sucedió en tiempos), a configurarse como una amenaza a valores de los que el Derecho como garante de la convivencia a partir de la justicia social debe ocuparse. En definitiva, la tan citada pobreza a que nos referimos se distancia de términos como “austeridad”, “realidad social”, con los que secularmente ha venido compartiendo significado o asociándose, para descubrirse en su dimensión más trágica, la que con acierto describió Arendt hace algo más de medio siglo⁴²¹:

“Poverty is more than deprivation, it is a state of constant want and acute misery whose ignominy consists in its dehumanizing force; poverty is abject because it puts men under the absolute dictate of their bodies, that is, under the absolute dictate of necessity as all men know it from their most intimate experience and outside all speculations”.

La pobreza por tanto puede considerarse que evoluciona para descubrirse como erosión de la piedra angular de nuestro Derecho, que es la dignidad de la persona, y revelarse como su negación absoluta; se dota así a la dignidad de nuevos perfiles, pues si hasta ahora de ella se tenía una concepción que podríamos describir como construida “de arriba abajo”, partiendo de una teórica dignidad preexistente a la situación real del hombre, desde ahora, y sin abandonar tal perspectiva (que tiene mucho de cierta) puede verse asimismo “de abajo a arriba”, partiendo de una realidad económica y social que se empeña en negarla. Claro que esta revisión del significado de la tan citada dignidad de la persona, al acercárnosla a nuestro tiempo y al hacerla comprensible para nuestra sensibilidad, revaloriza su significado pues la convierte en punto de salida y a la vez de atracción de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la seguridad social.

Y este derecho de la seguridad social experimenta con el reconocimiento de la erradicación de la pobreza como una de sus bases un cambio que me atrevo a calificar de trascendental, porque en realidad es un cambio de orientación. Es general la distinción entre el nivel contributivo y no contributivo de los sistemas de seguridad social, pero es más propio de los Derechos de nuestro entorno explicar la “construcción” de ella diacrónicamente partiendo del primero (contributivo) para llegar al segundo (no contributivo o asistencial), de lo que además se deriva una

⁴²¹ Arendt, H., *On Revolution*, Penguin Books, Printed in the United States of America, 2006, p. 50.

conclusión axiológica⁴²². Pues bien, la “juridificación” de la pobreza obliga a invertir el orden de importancia de tales niveles, pues el principal pasaría a ser el asistencial, en el que por cierto tenderían a cumplirse sin necesidad de sortear tantos obstáculos como en el contributivo principios fundamentales del sistema como son el de igualdad⁴²³, el de universalidad y el de solidaridad⁴²⁴, y que puede ajustarse a todas las situaciones nacionales⁴²⁵. Pero hay que apresurarse a advertir que esta conclusión no impide la existencia de varios “modelos” de seguridad social diferentes, según el grado de evolución de los países, en los que el nivel contributivo y el tan citado nivel asistencial cumpla diversos cometidos, que es por cierto lo que viene ya ocurriendo, pues la igualdad puede exigir también la existencia de especiales regímenes de protección para específicos trabajadores⁴²⁶. Como se ha constatado, con referencia a las pensiones

⁴²² Por lo que se refiere a los programas de asistencia social, es un hecho que “(...) han desempeñado un papel importante (aunque durante mucho tiempo subestimado) en la seguridad social (...) la mayoría de los países que tienen regímenes de seguridad social avanzados aplican políticas en virtud de las cuales gran parte de la población está cubierta por regímenes de seguros sociales, mientras que la asistencia social desempeña apenas un papel secundario, proporcionando apoyo a los ingresos y otras prestaciones a la minoría (las personas que por algún motivo no están cubiertas por el seguro social principal) (...)”; pero “en muchos países de bajos y medianos ingresos una alta proporción de la población, y a veces la mayoría, no tiene cobertura. En esta última categoría de países, los regímenes no contributivos de transferencias de ingresos han ido adquiriendo mayor importancia recientemente (...)”; *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, pp. 81-83.

⁴²³ Se ha detectado que “donde existen pensiones financiadas mediante impuestos, tiende a haber una mayor proporción de mujeres que de hombres que reciben estas transferencias”; “en la mayoría de los países de bajos y medianos ingresos, las pensiones contributivas tienden a beneficiar principalmente a los hombres, mientras que las pensiones financiadas mediante impuestos benefician sobre todo a las mujeres (...)”; *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 64.

⁴²⁴ En su significado más amplio; incluso familiar: se ha constatado que “las pensiones no solamente benefician a las personas de edad y a las personas con discapacidad sino que también usan a este grupo desfavorecido (el de los necesitados) (cuya situación dentro de la familia mejora enormemente gracias al ingreso en dinero que reciben) como agentes eficaces de transferencias sociales para familias enteras”; *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 61.

⁴²⁵ La evolución del nivel no contributivo de la seguridad social, asistencia social, ha comenzado hace algunos años, y la dirección de esta evolución parece clara: erradicar la pobreza. Se llega a hablar de “una nueva generación de regímenes no contributivos, a menudo llamados ‘sistemas de transferencia de efectivo’”, que tienen unas características propias: “pueden o no estar supeditados a la comprobación de recursos; pueden pagarse por un período limitado o ilimitado; pueden ser condicionales o incondicionales”; *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 84.

⁴²⁶ “(...) si bien en algunos países no se establece una distinción entre categorías

asistenciales⁴²⁷:

“En los países que cuentan con sistemas de seguridad social maduros, las pensiones sociales funcionan por lo general como opción de última instancia en el caso de las personas con historiales insuficientes en planes de pensión contributivos. En los países con economías informales de gran envergadura y problemas persistentes relacionados con la pobreza de las personas mayores, las pensiones sociales se han convertido en un importante mecanismo de inclusión social que tiene un impacto positivo en toda la familia”.

He citado la solidaridad, y sobre ella quiero que dirijamos ahora la atención. Es precisamente el de solidaridad otro de los principios propios del derecho de la seguridad social en el que puede detectarse cierta evolución provocada por la globalización. La solidaridad que hasta ahora ha tenido fronteras, viene demandando una proyección internacional, tal vez incluso por su propia naturaleza, pues la solidaridad más perfecta parece darse en ese ámbito. Por cierto, que esta proyección también aparecía anunciada en la antes citada Declaración de Filadelfia (1944), donde recuerdo que se reafirma como principio fundamental sobre el que basa la OIT su actividad normativa el de “la lucha contra la necesidad”, de la que se dice que “debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concentrado (...)”. Aunque las consecuencias de este llamamiento no se han hecho notar durante decenios, puede afirmarse que la dimensión internacional de la solidaridad preocupa ya a los hacedores de normas, incluso por motivos como los que impulsan a ciertos políticos o a los principales beneficiarios de la globalización: el “problema” de la inmigración, la necesidad de crear mercados con potenciales compradores (...).

Para apreciar mejor esta evolución de que hablo hemos de parar en que como ha señalado acertadamente Supiot la solidaridad se construye sobre la “pertenencia a una comunidad”, esto es, sobre la existencia de un grupo cuyos miembros se aseguran entre todos el bienestar. El citado profesor ha escrito que “la solidarité ne divise donc pas le monde entre ceux qui donnent et ceux qui reçoivent: tous doivent contribuer au régime selon leurs capacités, et tous ont le droit d'en bénéficier selon leurs besoins”⁴²⁸.

específicas de trabajadores en relación con la seguridad social, en otros países pueden ser necesarios regímenes específicos para determinadas categorías de trabajadores a fin de otorgar protección a esos grupos concretos que de otra forma quedarían excluidos (...)”; *Estudio General Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 150.

⁴²⁷ *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit. p. 26.

⁴²⁸ Supiot, A., « Ni assurance ni charité, la solidarité », *Le Monde diplomatique*, novembre, 2014.

Con la globalización nuevas “categorías” como la de la comunidad mundial van tomando cuerpo y con ella la solidaridad internacional va reclamando no sólo su reconocimiento jurídico, pues ya lo tuvo en la tan citada aquí Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que puede leer que “toda persona (...) tiene derecho (...) a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional (...) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad” (art. 22), y que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados (...) se hagan plenamente efectivos” (art. 28), la solidaridad, repito, va reclamando no sólo su reconocimiento jurídico sino su verdadera realización en el mundo globalizado. Y esto, por cierto, tal vez esté a punto de conseguirse en el marco de la Unión Europea (pensemos en los procesos de intervención nacional promovidos durante la última crisis, con sus sombras, sin duda, pero que también sirvieron para garantizar los derechos sociales en determinados Estados): recordamos que la Carta de los Derechos Sociales (2000) se reconoce entre los “valores indivisibles y universales” sobre los que se funda la tan citada Unión, y a cuya preservación y fomento dice contribuir, entre otros el de la solidaridad, a la que se dedica su Capítulo IV (en el que se inserta el artículo sobre seguridad social y ayuda social)⁴²⁹.

En definitiva, aunque seguramente sin ninguna programación por quienes lo avalan, el proceso de globalización ha propiciado una toma de conciencia de la existencia de una “comunidad” mundial, lo que sin duda contribuirá (como ha contribuido la toma de conciencia de la existencia de una “comunidad europea”) al re-conocimiento de los derechos sociales y a su implementación. Y no quiero dejar de recordar aquí que esta garantía de la realización de los derechos sociales que supone su reconocimiento internacional ya fue vista desde hace tiempo por los juristas; y cito entre los nuestros, que no son ni mucho menos excepción, lo escrito por Contreras Peláez hace ya más de dos décadas:

*“(...) Cabe hablar de una 'solidaridad de destino' entre ambas ideas (derechos sociales, comunidad internacional); los derechos sociales sólo llegarán a ser universalmente viables en la medida en que avance el proceso de institucionalización de la comunidad internacional; los derechos sociales sólo podrán ser 'tomados en serio' si la comunidad internacional deja de ser un mero 'desiderátum' o un recurso retórico, y se encarna efectivamente en la Historia’*⁴³⁰.

⁴²⁹ Sobre la Unión Europea y la solidaridad interestatal existente en ella como ejemplo en un mundo globalizado, Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, op. cit., pp. 36-37.

⁴³⁰ Contreras Peláez, F.J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, op. cit., p. 119.

Casi inevitable me resulta recordar aquí de nuevo a Bobbio cuando afirmaba que los derechos humanos nacen como naturales, se desarrollan como derechos positivos en los ordenamientos de los Estados y sólo encuentran plena realización al convertirse en derechos positivos pero ya universales⁴³¹. El proceso de “universalización” (que insisto, hay que distinguir del de globalización) le sienta pues bien a los derechos humanos y además facilita la extensión de los sociales y la regulación de las medidas necesarias para garantizar que se imponen tanto a los mencionados Estados como a los particulares.

Y llegados aquí debemos volver sobre algo que quedó planteado en la primera parte de mi intervención: decía entonces que la “razón económica” ha tendido a lo largo de las últimas décadas a erigirse en “ideología” dominante a la hora de regular los derechos sociales. Pero cabría preguntarse si con los cambios apenas referidos que estamos detectando se está forjando una consistente barrera jurídica de resistencia a esta prioridad. ¿Puede seguir apelándose por los gobiernos a la “situación económica” para deshacer las conquistas sociales o para rebajar la fuerza vinculante de la Declaración de los Derechos Humanos o del Pacto de los derechos económicos, sociales y culturales? Existen datos que avalan la progresiva pérdida de influencia de esa “ideología” (entre ellos datos fácticos, como el ya mencionado descontento que se detecta entre los ciudadanos europeos que lleva al auge del populismo). Debe llamar la atención del jurista el que a lo largo de la última década, sobre todo a partir de la última crisis mundial, se hayan multiplicado los testimonios de una contestación de los tribunales (bastantes constitucionales) de rechazo de medidas tendentes a reducir la cuantía de las pensiones o a limitar los derechos adquiridos por potenciales beneficiarios de la seguridad social, con base en una alegada “mala situación económica”⁴³².

Quizá convenga analizar alguna resolución judicial importante en tal sentido. Me voy a referir con brevedad a la Sentencia de la Corte Constitucional de Italia 70/2015, de 10 de marzo, por la que se declaró la inconstitucionalidad de la “congelación” de gran parte de las pensiones públicas durante los ejercicios 2012/2013, “congelación” establecida en Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (posteriormente Legge 22

⁴³¹ Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *op. cit.* p. 68.

⁴³² Sobre la aludida contestación de los tribunales constitucionales a los “recortes” sociales, ver *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 132, 135-136.

dicembre 2011, n. 214)⁴³³. La referida inconstitucionalidad se justificó apelando a los principios de proporcionalidad y adecuación aplicados a las pensiones, por los que se neutralizaron los “recortes” de las de cuantía más reducida, se reconoció la dimensión constitucional de su revalorización y se exigió la justificación del carácter excepcional de la medida. Sobre esta cuestión última se ha señalado que según la resolución analizada para efectuar “recortes” de los derechos sociales “no basta con invocar genéricamente la existencia de una situación financiera difícil, sino que es imprescindible acreditar su gravedad e incidencia en la materia concreta para justificar el sacrificio (...)”⁴³⁴. Me interesa destacar que el movimiento de contestación indicado no parece limitarse a los tiempos de crisis (la última durante el período 2008/2014), pues sus orígenes pueden hallarse en otras sentencias relevantes tanto europeas como latino americanas; entre ellas quizá convenga destacar las que con base en el principio de la suficiencia de las pensiones neutralizan normas legales que proceden a reducirlas sensiblemente⁴³⁵.

La resistencia a la “razón económica” la encontramos también en el patente rechazo de las legislaciones a las que me referí en la primera parte de esta conferencia que últimamente han condicionado la percepción de las prestaciones (nivel contributivo) por desempleo a la aceptación por sus perceptores de un empleo cualquiera. Es obvio que como se ha dicho tal práctica supedita la voluntad y aspiraciones de los trabajadores “al dictado del mercado de trabajo”⁴³⁶. Se ha recordado asimismo que el objetivo del seguro de paro consiste “precisamente en dar protección a las personas desempleadas durante el período inicial de desempleo contra la obligación de aceptar cualquier trabajo no adecuado, de modo que siga abierta la posibilidad de proporcionarles un empleo conveniente (...)”⁴³⁷. Y más allá de esta constatación, se ha denunciado que la legislación analizada

⁴³³ Sobre la sentencia citada en el texto, Suárez Corujo, B., “La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia: ¿sonrojo español?”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4, julio 2015, pp. 457-463.

⁴³⁴ Suárez Corujo, B., “La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia: ¿sonrojo español?”, *op. cit.*, p. 462.

⁴³⁵ Ver al respecto *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, pp. 129-131, 133-134.

⁴³⁶ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 109.

⁴³⁷ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 110, ver 237-240. Asimismo, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 42.

instituye “una forma de trabajo obligatorio”⁴³⁸ y va por tanto en contra de la libertad de elección de profesión u oficio; sobre este particular leo unas líneas de un informe de la OIT⁴³⁹:

“(...) la presencia en la legislación sobre seguridad social de elementos de coerción que obliguen a trabajar bajo la amenaza de supresión de las prestaciones de desempleo en caso de negativa a aceptar un trabajo no adecuado, o de participar en un programa inadecuado de trabajo, o incluso de tener que ganarse la vida como trabajador independiente en lugar de conseguir un empleo conveniente, difícilmente sería compatible con la libertad fundamental del individuo de elegir su empleo sin ninguna forma de presión económica”.

¿Y qué decir del reproche que se dirige a los ordenamientos también denunciados que perturban el mantenimiento de las prestaciones por incapacidad, y perturban a los propios incapacitados, sometiéndolos a programas combinados de medidas preventivas, reactivadoras, rehabilitadoras y de reintegración al mercado de trabajo?⁴⁴⁰ Tal normativa, cuando se generaliza, que es lo que tiende a pasar, en realidad cambia la naturaleza de las prestaciones por incapacidad para convertirlas en un subsidio alternativo por desempleo, hay que advertir que con ellas tales prestaciones dejan de cumplir su finalidad primordial cual es garantizar una renta y además (pues no coincide exactamente con garantizar una renta) el derecho a una vida digna de los discapacitados para convertirse en una ayuda temporal condicionada al cumplimiento de un programa de reinserción en el mercado de trabajo. Como se ha destacado acertadamente, “la prestación de invalidez (...) estaba concebida con el objetivo de ofrecer a las personas totalmente discapacitadas una seguridad de ingresos y tranquilidad de espíritu”⁴⁴¹.

La “ideología” de la “razón económica” pierde pues terreno, y aunque sigue con fuerza ha encontrado ya en el Derecho su contestación, que avalan por supuesto los hechos. Ya sabemos que durante mucho tiempo,

⁴³⁸ Ver por ejemplo Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Erradicar el trabajo forzoso, Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm.29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, pp. 73-74.

⁴³⁹ CEACR, *Informe sobre el Código Europeo*, 2003, parte relativa a Noruega; Convenio núm. 168, solicitud directa, Noruega, 1999, cit. en *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 111.

⁴⁴⁰ Ver sobre tal cuestión *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit. pp. 111-113.

⁴⁴¹ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 113.

por influencia de la ciencia económica clásica, se ha defendido el sometimiento de la regulación y el desarrollo de los derechos sociales a esas leyes teóricas sobre las que se sustenta aquella ciencia. Modernamente, sin embargo, se ha demostrado que la aplicación en la práctica de esa “necesidad” económica no se basaba muchas veces en ley alguna, que las decisiones sobre el gasto social se suelen fundamentar en decisiones políticas. Aunque como veremos inmediatamente tales decisiones por ser tales pueden prepararse a través del diálogo y el debate. Se ha constatado en suma que:

“(…) los países siguen estrategias diferentes para asignar los recursos públicos (...). En muchos casos, ello es el resultado de preferencias sociales diferentes, definidas a menudo por factores históricos. Así pues, la magnitud de la inversión en la seguridad social (y, por consiguiente, el alcance y nivel de cobertura de la seguridad social de la población nacional) depende en buena medida de la voluntad política y social vigente (de los gobiernos, los contribuyentes y el electorado), la cual define en efecto el espacio fiscal disponible para financiar este programa y no otros.”⁴⁴².

“(…) El resultado más interesante que se desprende del análisis del gasto social nacional tal vez sea que entre los países con el mismo nivel de gasto público se registran grandes diferencias en cuanto a la proporción de sus recursos disponibles destinados a la seguridad social. Así pues, la magnitud de la inversión en la seguridad social (...) depende en buena medida de la voluntad política y social vigente (...).”⁴⁴³.

He dicho que la decisión sobre el gasto social puede prepararse a través del diálogo y el debate y en este punto he de detenerme sobre una cuestión que entiendo fundamental como es la de la participación de los interesados en los sistemas de seguridad social. Tradicionalmente, la participación aludida se ha querido situar en la gestión de esos sistemas, pero en la actualidad se viene reclamando para ella un marco bastante más amplio. Los motivos en que se basa esta reclamación son a mi juicio varios y consistentes, y cito dos: la mayor participación en las decisiones económicas se reclama porque el poder económico (no sólo el político) condiciona la vida de los ciudadanos así como las decisiones de los poderes normativos, como destacó Bobbio⁴⁴⁴; como Habermas ha detectado, el ciudadano en este momento no sólo quiere normas que faciliten la realización de sus derechos sino “reconocerse” en ellas para adoptar el hábito de su cumplimiento.

La vinculación entre seguridad social y democracia (incluida la democracia económica) se hace además cada vez más factible o si queremos se hace

⁴⁴² *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., p. 43.

⁴⁴³ *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit. p. 46; con cita de World Social Security Report 2010-2011.

⁴⁴⁴ Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, op. cit., pp. 71-72.

difícil de eludir cuando se considera que contra el predicado liberal hoy tan periclitado los grupos sociales y no sólo los individuos constituyen la sociedad y que esos grupos, y en nuestro caso en particular los sindicatos, complementan la participación de los individuos en el citado sistema de toma de decisiones (democracia), facilitándola además a través de recoger las demandas comunes de amplios sectores de la población, agruparlas y formularlas de modo técnico. En resolución, “los interlocutores sociales son los que están en las mejores condiciones para conocer las necesidades de los beneficiarios (de las prestaciones de seguridad social) (...). Además de representar a sus miembros, los interlocutores sociales que participan en la gestión de los programas de seguridad social representan los intereses de una amplia gama de personas protegidas e incluso muchas veces de toda una comunidad (...)”⁴⁴⁵. Para destacar la importancia del diálogo social en este momento histórico es posible además acudir a otros argumentos, seguramente no tan jurídicos como el anterior pero si al menos tan convincentes: puede vaticinarse que el sistema dejaría de ser un estabilizador social como ha venido siéndolo hasta ahora si su futuro depende únicamente de decisiones gubernamentales (luego volveré sobre esta importante cuestión).

En este ámbito de la seguridad social (y en el del Derecho del Trabajo), el diálogo previo al establecimiento de normas viene imponiéndose cada vez con más fuerza. Se ha dicho al respecto, aconsejando una vía a seguir, que “si bien la responsabilidad final de brindar una cobertura de seguridad social global y suficiente recae en el Estado, la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la concepción, la supervisión y la gobernanza de los sistemas de seguridad social puede constituir un aporte importante para crear y mantener sistemas satisfactorios que presten servicios de forma eficaz”⁴⁴⁶. Y como la función crea sus propios instrumentos, se comprueba que poco a poco órganos tripartitos (gobierno, empresarios, trabajadores) consultivos y a veces más que consultivos funcionan ya en las naciones de nuestro entorno. En resolución, viene en este punto a la memoria lo escrito por García Pelayo sobre el modelo a seguir en la política social⁴⁴⁷:

“No es imposible un Estado autoritario que desarrolle una política socialmente orientada y que por ello pudiera ser designado como social, pero en tal caso nos encontraríamos ante un régimen paternal, que según Kant, es el más despótico de todos,

⁴⁴⁵ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 256.

⁴⁴⁶ *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., p. 29; *Sobre la extensión del diálogo social en diversos países*, op. cit., pp. 139-140.

⁴⁴⁷ García Pelayo, M., “Las transformaciones del mundo contemporáneo”, op. cit., p. 102.

ya que trata a los ciudadanos como niños. Por tanto, la misma dignidad de los ciudadanos hace que el principio social sea complementado con el democrático, que ofrezca la posibilidad de que las demandas sociales al Estado sean planteadas por los ciudadanos mismos y satisfechas como un derecho y no como un acto de benevolencia”.

Para comprobar la necesidad de esa participación detengámonos brevemente en meditar sobre un punto en concreto, pero de gran relevancia: la dificultad que representa “fijar” unilateralmente y sin atender a consideraciones políticas la suficiencia de las pensiones. Claro está que para determinarla, hemos de acudir a las dos conocidas modalidades de la justicia, distributiva y conmutativa, que en tal materia tienen aplicación⁴⁴⁸; mientras la primera se vincula al llamado nivel no contributivo del sistema de seguridad social, la segunda aparece relacionada con el llamado nivel no contributivo⁴⁴⁹. Pero apenas llegados a tales certezas, caemos en la cuenta de que la determinación en cada momento de lo que sea “justo” es difícil de deducir de teóricas leyes económicas, aunque los expertos en economía puedan ayudar a llegar a conclusiones sobre el tema, y queda más bien abierta al diálogo social. Así se viene aceptando, y se deduce cuando se lee (por ejemplo) que las prestaciones de seguridad social son adecuadas “si contribuyen al logro de los resultados previstos en materia de política social (por ejemplo, la satisfacción de las necesidades de las personas que tienen que hacer frente a los riesgos básicos de la vida), y si se considera 'justa' la relación entre los niveles de las prestaciones y los impuestos y/o

⁴⁴⁸ Ver *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., p. 147: “Adecuación y equivalencia de las prestaciones: La adecuación tiene dos dimensiones. La primera de estas consiste en que las prestaciones deben permitir a todos los residentes atender a sus necesidades básicas. Se trata, pues, del nivel mínimo de adecuación aplicable a todos los residentes, con independencia de que paguen impuestos y coticen o no. Las prestaciones han de ser suficientes para que los beneficiarios puedan llevar una vida socialmente significativa (...). Podría considerarse que las prestaciones resultan inadecuadas si no permiten que sus beneficiarios accedan, gratuitamente o no, a un conjunto de bienes y servicios que resulte suficiente para vivir sin padecer hambre y en un estado de salud por lo menos igual al del asalariado medio con un perfil de morbilidad semejante y acceso a los servicios de salud”. “La segunda dimensión de la adecuación se basaría en el concepto de equivalencia de las prestaciones, o dicho de otro modo, en el axioma según el cual es preciso garantizar a las personas un apropiado rendimiento de sus impuestos o cotizaciones. Resulta obvio que, tras muchos años de cotizar a un sistema de pensiones, el nivel de prestaciones de una persona debe guardar cierta proporción con la cuantía de sus cotizaciones y no limitarse a reflejar únicamente el nivel de necesidades básicas. El principal objetivo de un sistema de prestaciones en efectivo es conseguir la seguridad de ingresos, logro que quedará garantizado si ese sistema se plasma en niveles predecibles de sustitución de ingresos (...)”.

⁴⁴⁹ Al respecto, *Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 35-37, 130, 151.

las cotizaciones que se hayan pagado durante la edad activa (...)”⁴⁵⁰. Y llego con esta última reflexión al final de la segunda parte de mi discurso. Al hilo de lo dicho anteriormente, el Estado debe estar en condiciones más que de dirigir (de nuevo, pues aunque desde distintos presupuestos ya lo hizo anteriormente) de codirigir la construcción progresiva del Estado Social. Es preciso proceder en el momento actual a la “reinención” del intervencionismo, un intervencionismo de nuevo cuño que no busque su legitimación en neutralizar la amenaza que en el pasado la “cuestión social” suponía para el sistema capitalista, o en ideales humanitarios o filantrópicos, sino en la necesidad de desarrollar y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pretender que la legitimidad del poder legislativo deriva ahora de las mismas fuentes de que podía derivar hace medio siglo no parece posible. En realidad, el conocido aforismo “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, que ha tenido un influjo más dilatado de lo que se piensa, lo que se advierte cuando se cae en la cuenta de que aquellas revoluciones que acabaron con el llamado Antiguo Régimen en realidad lo que operaron fue un cambio en la fuente originaria de los poderes del Estado, tal aforismo, digo, no es en la actualidad bien aceptado. La falta de legitimidad aludida da cuenta del agotamiento de nuestro modelo de Estado en la concreta parcela en que nos colocamos, que es la social.

Es cierto que en nuestros días el nacionalismo que basa la existencia de Estado en meros hechos, como son una población homogénea, un territorio y una lengua, está experimentando un seguramente efímero rebrote sobre todo en Europa, pero junto a él se confirma el avance del nuevo modelo de Estado erigido sobre la base del “contrato social”, que se muestra particularmente eficaz en ciertas parcelas de lo jurídico. Esta explicación de la convivencia, que ha tenido que esperar desde Hobbes, Locke o Rousseau, a ser proyectada modernamente con cierto éxito por juristas como Rawls, al menos complementa sustancialmente aquellas bases del Estado nacional europeo, y la más patente manifestación de este importante cambio se está dando en el Derecho Social: se apela por los depositarios de la soberanía a los derechos recogidos en Constitución como base de la convivencia, con lo que se da la sensación de que el Estado se está “re-creando” constantemente por la voluntad política de quienes lo componen, que se plasma en la Carta Fundamental. El “contrato social” pues se impone cada vez más como base de legitimidad del poder legislativo en su función reguladora de los derechos sociales, lo que se traduce en la demanda de la ciudadanía no sólo de mayores cotas

⁴⁵⁰ Seguridad Social para la justicia social y una globalización equitativa, *op. cit.*, p. 35.

de participación en tal tarea sino del reconocimiento del derecho a su participación constante en ella.

Para satisfacer este anhelo se descarta desde luego la retirada del Estado del ámbito de lo social, como seguramente hubiese defendido cualquier liberal del pasado, pues la ciudadanía mencionada aspira a que ese contrato social de que hablamos tenga, como todo contrato, dos partes contratantes, la ciudadanía misma y por supuesto el Estado⁴⁵¹. Podría concluirse que la mayor participación ciudadana en el tema que nos ocupa requiere no menos sino más intervencionismo estatal. Resulta esclarecedora en este punto la doctrina del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, según la cual el derecho a la seguridad social impone tres tipos de obligaciones a los Estados: la de respetar, la de proteger y la de cumplir⁴⁵². El deber de respeto se vincula a la continuidad histórica, pues tanto el derecho a la seguridad social como los sistemas de seguridad social se han ido conformando con el tiempo y tienen ya una larga trayectoria; el Estado pues administra una herencia y como tal administrador es responsable de que tal herencia siga produciendo frutos, cada vez mayores y mejores. Además, el Estado en la actualidad, siguiendo la estela intervencionista ya centenaria, ha de tener en lo social vocación “tuitiva” por naturaleza, pues a él compete en primer término guardar, amparar y defender el derecho y el sistema de seguridad social, o dicho de otra forma protegerlos. Finalmente, como se ha dicho por el recordado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la materia que nos ocupa el Estado tiene la “obligación de cumplir”, que exige establecer un sistema de seguridad social, facilitar a las personas el ejercicio de sus derechos a acceder al mismo, sensibilizar a la sociedad para que sea consciente de la existencia de tal derecho, y hacerlo efectivo con carácter universal a través de planes no contributivos (medidas de asistencia social).

⁴⁵¹ La impotencia del Estado deriva en la inexistencia de derechos sociales, como lo prueba el ejemplo de determinados países: es el caso por ejemplo de muchos de los del llamado Tercer Mundo: *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., pp. 211-212. En el documento referido se lee que “hay países donde el gobierno admite francamente no poder aceptar y cumplir con la responsabilidad de mantener un sistema de seguridad social adecuado ni con el debido pago de las prestaciones”; “con la crisis económica de 2008-2010 se ha puesto de manifiesto la función central que desempeña el Estado en la preservación del bienestar común (...)”.

⁴⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas), Observación General número 19 (Aprobada el 23 de noviembre de 2007), *El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, puntos 43-51.

Por ejemplo, volviendo a recordar algo a lo que me referí, es necesario reconstruir el Derecho sancionador en el ámbito social, con el fin de no sólo reparar sino también prevenir los comportamientos ilícitos. Aunque poco a poco, van ya dibujándose los perfiles de un ordenamiento basado en medidas tales como la pérdida de reconocimientos públicos, las inspecciones y auditorías, las campañas en medios de comunicación (reparación mediática) o la inserción en los contratos con las autoridades públicas de la obligación de cumplir con la normativa de seguridad social⁴⁵³. Recuerdo aquí la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre adjudicación de contratos públicos de obras o de suministros y de servicios, en la que se establece la exclusión de tales contratos del operador económico “que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones a la seguridad social” (art. 45.2). En el marco de este nuevo Derecho sancionador debería también regularse la neutralización de los efectos de los incumplimientos empresariales sobre los derechos de los trabajadores, aunque en este punto la dificultad sea sin duda manifiesta⁴⁵⁴.

Podría así llegarse a la conclusión de que el sistema de seguridad social sirve para mantener el “pacto social” en el que se basa la convivencia sobre todo en las sociedades occidentales. Si el sistema se debilita porque se reduce su dimensión “horizontalmente” (por emplear una clasificación que ha hecho fortuna en la OIT⁴⁵⁵) o se rebaja “verticalmente” se corre el riesgo de desestabilización. Volviendo al núcleo de este conferencia, podría incluso llegarse a concluir que “sin unos niveles más elevados de seguridad social, no habrá una aceptación universal de los posibles beneficios de una globalización, que viene acompañada de una creciente transformación económica y una mayor inseguridad (...)”⁴⁵⁶, pues los

⁴⁵³ Aunque relacionado sobre todo con las condiciones de trabajo, es interesante recordar en punto a lo que se dice el Convenio de la OIT sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las administraciones públicas) 1949 (núm. 94). Y sobre lo en él dispuesto, Estudio General relativo al Convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949, Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Ginebra 2008.

⁴⁵⁴ Un texto que ve en tal dirección es la Directiva 2008/94/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, que prevé que los impagos empresariales de las cuotas de seguridad social descontadas de los salarios no repercutan sobre las prestaciones futuras de los trabajadores (art. 7).

⁴⁵⁵ Ver *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 2-3; *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., pp. 140-141.

⁴⁵⁶ *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., p. 162.

hechos demuestran que el pacto social contribuye al desarrollo económico⁴⁵⁷. Esta función pacificadora de los sistemas de seguridad social se ha hecho evidente durante la reciente crisis económica, y así se ha destacado por los analistas:

“La crisis financiera y económica mundial actuó como un acelerador del cambio en el discurso político sobre la seguridad social y recalcó la función de los regímenes de seguridad social como estabilizadores sociales y económicos automáticos. Se hizo patente que los países de todos los niveles de desarrollo que han introducido sistemas de seguridad social están en condiciones mucho mejores para hacer frente a las consecuencias sociales de la crisis. Las transferencias monetarias y otras medidas de seguridad social han sido un importante mecanismo de respuesta que permite proteger y empoderar a los trabajadores, además de contribuir a estimular la demanda nacional (...)”⁴⁵⁸.

3. La Organización Internacional del Trabajo, expansión y garantía del derecho fundamental a la seguridad social

Y llego a la última parte de mi exposición, en la que trataré brevemente las realizaciones más modernas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la universalización el derecho de seguridad social⁴⁵⁹. Porque, en efecto, es ella precisamente la que puede considerarse punta de lanza a nivel mundial en el proceso tendente a la universalización del tan tratado derecho fundamental y sus sistemas de desarrollo. Como veremos, esta tarea prácticamente titánica es derivado natural de la vocación que casi por naturaleza la OIT siempre ha tenido a crear, difundir y esforzarse en garantizar los derechos sociales entre sus Estados miembros.

La citada Organización sigue teniendo un firme punto de apoyo para llevar a cabo tal tarea en la Declaración de Filadelfia de mayo de 1944, en la que se establece la “obligación solemne (...) de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan (...) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan

⁴⁵⁷ Como se ha escrito, “se está forjando un amplio consenso en torno a la idea de que los sistemas de seguridad social bien diseñados y la obtención de buenos resultados económicos pueden coexistir, y de hecho coexisten. En realidad resulta cada vez más obvio que una seguridad social adecuada no es, en modo alguno, una consecuencia del crecimiento económico, sino más bien una condición necesaria para hacerlo posible (...)”;*Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 20; ver asimismo pp. 27 y 120.

⁴⁵⁸ *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 17; ver asimismo pp. 23, 120-121, 131.

⁴⁵⁹ Ver sobre el marco normativo de la OIT relativo a la extensión de la seguridad social, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 11.

y prestar asistencia médica completa (...)” (III). Esta declaración general encuentra su ajuste a la realidad actual del mundo globalizado en varios documentos recientes. En primer lugar, en la Memoria del Director General de la OIT que lleva por título Trabajo Decente (1999)⁴⁶⁰. En ella se establece como prioridad buscar soluciones para mejorar el respeto de los principios básicos de seguridad social en la economía globalizada. El segundo documento que me interesa citar es la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)⁴⁶¹, en la que se vuelve a recordar el deber de la OIT de introducir en ese mundo globalizado la dimensión social; en ella se inserta entre los cuatro objetivos estratégicos de la Organización (los otros tres son la promoción del empleo, promover el diálogo social, promover los principios y derechos fundamentales en el trabajo) el siguiente:

“(...) adoptar y ampliar medidas de protección social -seguridad social y protección de los trabajadores- que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de:

- la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos (...).”

Las anteriores declaraciones sin embargo apenas pueden ocultar el hecho de que la OIT ha estado en paro normativo en el tema que nos ocupa más casi tres largas décadas. Se ha constatado que “desde 1988, la acción normativa (de la OIT) en materia de seguridad social ha marcado una pausa prolongada, ya que durante más de veinte años, hasta que se ha aprobado la Recomendación sobre pisos de protección social, no se ha presentado a la Conferencia ninguna iniciativa sobre la adopción de nuevas normas”⁴⁶². Las causas de este largo período de inactividad ya las conocemos (retroceso del Estado Social, desregulación y privatización, recientemente globalización). La consecuencia es que por el momento la OIT puede ofrecer para el logro del alto objetivo a que nos referimos Convenios y Recomendaciones, sin duda de gran importancia, pero

⁴⁶⁰ OIT, *Trabajo decente*, Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

(disponible en la dirección: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>).

⁴⁶¹ *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. Primera edición, 2008, pp. 9-10.

⁴⁶² Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la *Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, *op. cit.*, p. 13.

adaptados en todo caso a realidades que fueron y que (salvo algunos casos pensables) no son ya las propias ni de los países más desarrollados ni de los que están en vías de desarrollo; desde luego no pensados para la era de la globalización. Se ha podido concluir dado el panorama lo siguiente⁴⁶³:

“(...) se debe señalar claramente que el mandato actual de la OIT en materia de seguridad social, reafirmado y actualizado en virtud de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, ha superado en gran medida el marco de las normas a través de las cuales tiene que ponerse en práctica (...) Esto resulta evidente sobre todo por lo que respecta al objetivo de extender la cobertura de seguridad social a todos, es decir, más allá de la economía formal a fin de abarcar a las masas de la población que viven en condiciones de pobreza e inseguridad extremas (...)”.

“(...) ninguna de las normas actualizadas de seguridad social de la OIT puede ser considerada como una herramienta adecuada para que la OIT cumpla su mandato constitucional de extender la seguridad social a todos mediante la puesta en práctica de un piso de seguridad social”.

De todos modos, la propia OIT ha venido recordando que entre su acervo normativo pueden seguir encontrando inspiración los creadores de normas para llegar a la universalización de los sistemas de protección social. Y de este acervo normativo y para lograr la finalidad expresada destacan algunos instrumentos cuya mención aquí entiendo imprescindible.

A) En primer lugar, recuerdo la Recomendación sobre la seguridad social de los medios de vida 1944 (núm. 67). Este instrumento, pese a no tener carácter normativo, es de importancia, e incluso de actualidad, aunque sólo sea porque con él se inicia un camino sin retorno, como veremos, por dos motivos que expongo brevemente a continuación.

En la misma fecha en que se teorizaba por Lord Beveridge y su equipo sobre la estructura y funcionamiento de la seguridad social, recogía la OIT en la Recomendación apenas citada el principio de universalidad del sistema (arts. 17, 29, 30). Hasta el punto en que se ha podido decir que en ella “se materializó un cambio fundamental de paradigma en las políticas sobre seguridad social, ya que su énfasis prioritario se trasladó de la protección (...) para los trabajadores a la protección para toda la población”. El resultado de esta decisión fue facilitar la inserción del derecho a la seguridad social primero en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y posteriormente en el Pacto Internacional de

⁴⁶³ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit., p. 15.*

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁴⁶⁴. Esta inserción a su vez orientaba hacia la “constitucionalización” del derecho a que me vengo refiriendo en los ordenamientos nacionales.

En segundo lugar, la Recomendación sobre la seguridad social de los medios de vida 1944 (núm. 67) es de importancia porque como se ha dicho “fue el primer instrumento internacional en que la asistencia social se definió como un complemento del seguro social, por cuyo intermedio se extendía la protección a la población vulnerable y desvalida”⁴⁶⁵. En ella se declara que “las necesidades que no estén cubiertas por el seguro social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social (...)” (art. 3). Ya he hablado antes de la relevancia que va a tener la asistencia social en los sistemas de seguridad social de nueva generación para el logro de su finalidad primordial de lucha contra la pobreza; pues bien es precisamente el instrumento de que hablo con el que se inicia esta nueva ruta, en él encontramos su origen. El llamado principio de solidaridad cobra así un sentido nuevo que aleja el sistema de seguridad social del seguro social originario.

En tercer y último lugar, se ha destacado que en la Recomendación sobre la seguridad social de los medios de vida 1944 (núm. 67) “se exponen principios clave para la buena gobernanza de la seguridad social”, relacionados con la sostenibilidad del sistema, su democratización, su transparencia y su dependencia del intervencionismo del Estado (Anexo, párrafo 27, 1/10).

B) Pero sin duda el instrumento de la OIT que sigue siendo fundamental para orientar la evolución del derecho de que me ocupo en un mundo globalizado es el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952 (núm. 102). Se ha dicho de él (de ahí deriva su importancia) que “materializó las ideas” de la Recomendación de 1944 “en obligaciones jurídicas” y por tanto “consolidó la seguridad social como rama específica de derecho internacional”⁴⁶⁶.

Traduciendo en concreto lo apenas mencionado, el Convenio erige la seguridad social sobre los principios básicos de solidaridad, suficiencia de las prestaciones (contemplando la revisión de su cuantía) y, además, de

⁴⁶⁴ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 19. Ver asimismo *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 11-12.

⁴⁶⁵ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 20. Ver asimismo *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 11-12.

⁴⁶⁶ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 26.

igualdad de trato entre nacionales y no nacionales; define el ideal de cobertura; establece la necesidad de garantizar las prestaciones por ley o con referencia a una ley; se pronuncia por la financiación colectiva; impulsa procedimientos administrativos y judiciales para hacer efectivas las prestaciones o para oponerse a su suspensión y extinción (arbitrando mediante ellos los derechos de reclamación y de apelación); consagra el intervencionismo estatal en el control del sistema con la garantía democrática de la participación en él de empleadores y trabajadores⁴⁶⁷. Asimismo, sienta las bases para establecer la relación jurídica de seguridad social a través de la afiliación al sistema. Sobre este particular, y partiendo del instrumento examinado, se ha dicho que⁴⁶⁸:

“La afiliación obligatoria de las personas protegidas ha sido una característica constante de las normas internacionales en materia de seguridad social, ya que la obligatoriedad permite distribuir (compartir) los riesgos entre el mayor número posible de afiliados. El argumento económico para la afiliación obligatoria se complementa(a) con un argumento jurídico que consist(e) en condicionar el ejercicio de los derechos de seguridad social al cumplimiento de requisitos objetivos de afiliación, iguales para todos. De este manera, el principio de la afiliación obligatoria sentó las bases para el desarrollo del concepto de seguridad social basado en el ejercicio de derechos. La pertinencia que sigue teniendo este concepto nunca se ha cuestionado”.

La flexibilidad es además una nota destacada del Convenio al que me refiero, pues permite a los Estados que lo ratifiquen establecer “sistemas universales en los que el derecho a prestaciones se basa únicamente en el tiempo de residencia”, o sistemas contributivos, o sistemas de asistencia social “que den cobertura a todas las personas con derecho a prestaciones cuyos recursos durante la contingencia no excedan de un límite (...)”⁴⁶⁹.

No obstante, la relación que el convenio tiene con la realidad de la seguridad social del tiempo en que se aprobó (1952) permite que se pueda hacer su crítica⁴⁷⁰, pues en primer lugar no implementa el principio de

⁴⁶⁷ Sobre el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952 (núm. 102), *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., pp. 26-29, 190-191, 220, 251-252. Asimismo *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 12-13, 44, 49.

⁴⁶⁸ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 30.

⁴⁶⁹ *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., p. 14.

⁴⁷⁰ Crítica de la que se habla que comenzó hace tiempo: ilustrativa es la lectura del documento titulado *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de la práctica actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la OIT*, Documentos de Política de Seguridad Social, Departamento de Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2008. En

universalidad de modo eficaz (pues permite vacíos en sectores no industriales y en la economía informal) y además no garantiza que las prestaciones del sistema se ordenen adecuadamente o cubran la totalidad de las situaciones de necesidad que a lo largo de la vida pueden presentarse⁴⁷¹.

C) Un último texto al que voy a referirme es el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168). Su actualidad reside en que relaciona la seguridad social con la promoción del citado empleo y las políticas activas en el mercado de trabajo⁴⁷². Se ha podido afirmar por tal motivo que “es innegable que, de todas las normas actualizadas sobre seguridad social, el Convenio núm. 168 es el único que supera el ámbito de la organización y funcionamiento internos del régimen tradicional de seguridad social para adentrarse en el entorno socioeconómico externo, donde la seguridad social interactúa con el mercado de trabajo, el desarrollo de los recursos humanos y la economía en general”, por eso, también se ha mantenido, “podría considerarse legítimamente como un precursor ideológico del actual enfoque integrado de los objetivos económicos y sociales que la OIT propone alcanzar”⁴⁷³. Las disposiciones del Convenio 168 de las que se deduce lo que acabo de afirmar son numerosas, y parten de lo dispuesto en su artículo 2:

“Todo Miembro (de la OIT) deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo. A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo contribuyan al fomento del pleno empleo productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo”.

En efecto, la dificultad de promover los derechos sociales sin promover asimismo el desarrollo del empleo y en general el desarrollo de la economía se hizo a lo largo del siglo pasado, y a la vista de lo ocurrido con determinados regímenes políticos, bastante evidente. La economía parte de la necesidad de generar recursos y de repartirlos, y me atrevo a decir que el Derecho Social en el que se integran los derechos sociales comparte con ella esa misma finalidad promotora (basta pensar que los citados

el documento citado se encuentran también reflexiones sobre la Recomendación sobre la seguridad social de los medios de vida, 1944 (núm. 67).

⁴⁷¹ *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit. pp. 16-17.

⁴⁷² *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 46.

⁴⁷³ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., p. 47.

derechos actúan hoy día como incentivos ciudadanos) y de distribución, aunque en el modo de proceder a tal reparto ambas ciencias se diferencien pues la segunda lo hace atendiendo a los dictados de la justicia distributiva, que no parece vincular a la primera, la economía, al menos con la misma intensidad.

A través de la ruta apenas iniciada por el Convenio 168, la seguridad social pasaría de ser un sistema de prestaciones a conformar un sistema integrado de protección en situaciones de necesidad derivadas de la inconveniencia real o presunta de trabajar, que se haría patente en particular en aquellas contingencias que como el desempleo, la jubilación o algunas de las derivadas de la muerte y supervivencia en que tal inconveniencia no se erige indefectiblemente en una traba objetiva que impida el desarrollo personal a través de la participación en el mercado de trabajo. En ese sistema integrado, las citadas prestaciones no se verían sometidas a un régimen de incompatibilidades tan rígido como el que ha venido siendo propio de los sistemas tradicionales de seguridad social, ni las tan citadas contingencias se entenderían como causas de imposibilidad sobrevenida para el trabajo, ni las prestaciones derivadas de ellas como reemplazo del salario de obligada aceptación. En este sistema integrado, en fin, la relevancia de la libertad del sujeto protegido encuentra cabal reconocimiento, tanto en su dimensión activa (a la hora de tomar decisiones) como pasiva (a la hora de asumir responsabilidades) y la relación entre él y las prestaciones deja de ser un tema de mera aplicación automática de normas a situaciones concretas.

En resolución, en la normativa de la OIT que acaba apenas de examinarse se encuentran los argumentos fundamentales para desarrollar el nuestra época, en nuestro mundo globalizado, el derecho a la seguridad social. Se ha dictaminado al respecto acertadamente que⁴⁷⁴:

“En las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social se materializan las aspiraciones expuestas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que el derecho humano fundamental a la seguridad social debe ser protegido por un régimen jurídico (...)”.

El instrumento más moderno con el que cuenta la OIT para desarrollar el derecho de la seguridad social en un mundo globalizado es la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)⁴⁷⁵. Fue aprobada por la Conferencia General de la Organización el 14 de junio de 2012. Su origen se encuentra en la Resolución y conclusiones

⁴⁷⁴ Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁵ Sobre lo que inicialmente significa (y no significa) “piso de protección social”, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, p. 10.

relativas a la discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su centésima reunión, de 2011⁴⁷⁶. Ya adelanto que en ella se ofrece al jurista el más completo y perfecto conjunto de reglas que, de desarrollarse y cumplirse, permitirían hablar de un derecho a la seguridad social a nivel global.

Puede extrañar que una recomendación, un documento no vinculante, por tanto, sea el que ofrece la Organización para impulsar el desarrollo de la seguridad social como un derecho humano, pero la duda sobre la conveniencia de esta estrategia se resuelve si pensamos que el que modernamente se llama *soft law* presenta ventajas evidentes frente al tradicional convenio, cuya eficacia normativa y poca flexibilidad podría llevar a retraerse de ratificarlo a muchos países, tanto por motivos económicos como jurídicos⁴⁷⁷. Pero esa flexibilidad del *soft law* en nuestro caso no se hace sólo patente por el rango del documento a que nos referimos sino también en la redacción de su texto, que lo aproxima podríamos decir a las directivas comunitarias en cuanto ofrece opciones diversas a sus destinatarios para el logro de los fines que propone. La Recomendación citada es pues una invitación clara y a la vez un reto para iniciar entre todos los estados itinerarios que lleven a garantizar sin compulsiones pero también de manera decidida, esto es, aceptando para ello un razonable proceso transitorio, los derechos sociales a toda la población mundial.

El Preámbulo de la Recomendación sobre los pisos de protección social es una verdadera declaración de principios. En él se reafirma que la seguridad social es un derecho humano, se reconoce que la seguridad social es una herramienta para prevenir y reducir la pobreza, se considera que los sistemas de seguridad social actúan como “estabilizadores sociales y económicos automáticos” y se recuerda la continuidad de la OIT en la promoción y el desarrollo de tales sistemas a través de normas como las ya citadas Recomendación sobre la seguridad social de los medios de vida, el Convenio número 102, de los se afirma que “conservan toda su

⁴⁷⁶ Ver sobre los orígenes de la idea de los pisos de protección social *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., esp. pp. 1-3; asimismo, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, op. cit., pp. 1, 6-8; Cichon, M., Behrendt, C., Wodsak, V., *La iniciativa del piso de protección social de las Naciones Unidas. Cambiando la tendencia en la Conferencia de la OIT de 2011*, Friedrich Ebert Stiftung, Enero de 2011, pp. 2-5.

⁴⁷⁷ Sobre la dificultad de ratificar los convenios de seguridad social de la OIT por motivos económicos y jurídicos, ver *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, op. cit., pp. 263-267.

pertinencia y siguen siendo importantes instrumentos de referencia (...)). A continuación ofreceré una síntesis del articulado del documento que ahora examino.

Los pisos de protección social aparecen definidos como “conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social” (art. 2). Para cumplir con esa finalidad Incluyen concretamente “como mínimo” el acceso de todas las personas necesitadas “a una atención de salud esencial y (...) una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios (...)” (art. 4). En particular, entre estas garantías básicas se mencionan el acceso a un conjunto de bienes y servicios de atención a la salud (disponibles, accesibles, aceptables y de calidad), la seguridad del ingreso para personas en edad activa que no puedan obtener el suficiente en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez y finalmente la seguridad del ingreso para personas de edad (art. 5). Mediante las declaraciones apenas transcritas, por cierto, se da entrada al debate sobre el ingreso básico en los ordenamientos de seguridad social.

Las contingencias en las que deben activarse las garantías básicas anteriores son las propias del llamado “ideal de cobertura” del sistema de seguridad social, del cual antes hablé: “(...) podrían incluir prestaciones familiares y por hijos a cargo, prestaciones familiares de enfermedad y atención de salud, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de vejez, prestaciones de sobrevivientes, prestaciones de desempleo y garantías de empleo, y prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como cualquier otra prestación social, ya sea monetaria o en especie” (art. 9). Un elemento de flexibilidad en este punto se encuentra en el inciso que indica que tales prestaciones “podrán ser suministradas por regímenes universales de prestaciones, regímenes de seguro social, regímenes de asistencia social, regímenes de impuesto negativo sobre la renta, regímenes públicos de empleo y regímenes de apoyo al empleo” (art. 9).

La flexibilidad del documento, que antes mencioné, se hace particularmente patente en los artículos que se dedican a la financiación de los pisos de protección social, en los que se recogen “una serie de métodos” posibles que tendrían en común, eso sí, la toma en consideración de “la capacidad contributiva de los distintos grupos de población”. Tales métodos, “individualmente o en combinación”, pueden consistir en “hacer cumplir efectivamente las obligaciones tributarias y contributivas, redefinir las prioridades de gasto o crear una base de

recaudación más amplia y suficientemente progresiva”. Un eficaz sistema de controles tendría que arbitrarse en cada sistema nacional para prevenir el fraude e impago de cotizaciones. En materia de financiación, se admite que los países que no cuenten con medios para desarrollar los pisos de protección social puedan acudir a la “colaboración y apoyo a nivel internacional (...)” (arts. 11 y 12), por lo que puede decirse que el documento da acogida al principio de solidaridad internacional, cuya proyección futura será seguramente trascendental, pues como se ha afirmado⁴⁷⁸,

“(...) en el marco de la economía mundial los avances que se logren (se entiende que en derechos sociales) dependerán en gran medida del funcionamiento de un principio de solidaridad internacional más amplio que permita a (...) países (en desarrollo) elevar sus niveles de vida. La iniciativa de la OIT para el establecimiento de un piso mínimo de protección social a nivel mundial, si se aplica lo más ampliamente posible, tiene el potencial de hacer que la solidaridad social pase a ser un principio rector de la sociedad mundial”.

El principio de legalidad tiene asimismo su lugar en la Recomendación sobre pisos de protección social. Partiendo de la idea de que “las garantías básicas de seguridad social deberían establecerse por ley”, se precisa que “la legislación nacional debería especificar la gama, las condiciones de elegibilidad y los niveles de las prestaciones que dan efecto a estas garantías (...)”, así como los procedimientos administrativos y judiciales para hacerlas efectivas que deben ser “transparentes, eficaces, simples, rápidos, accesibles y poco onerosos”, y “exento(s) de cargos para el solicitante” (art. 7). Efectivamente, sólo a través del principio de legalidad, que demanda en el tema de que hablo una “legislación nacional pormenorizada”, puede conseguirse la inserción pacífica y el desarrollo del derecho de seguridad social, porque a través de él en los sistemas democráticos se garantiza la participación ciudadana en la elaboración de las normas⁴⁷⁹.

Aunque figuran en el principio del documento analizado, he dejado para el final la mención de los principios sobre los que deben basarse los pisos de protección social (art. 3). Haciendo una selección, he de recordar el de universalidad, el derecho a las prestaciones, la igualdad, la inclusión social, la realización progresiva (“establecimiento de objetivos y plazos”), la evaluación periódica y, desde luego, el “pleno respeto de la negociación

⁴⁷⁸ *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit.*, pp. 209-210.

⁴⁷⁹ Sobre la necesidad de un “marco jurídico adecuado” para la seguridad social previsto en las legislaciones nacionales, y sobre la “legislación nacional pormenorizada”, *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, op. cit.*, pp. 33 y 35.

colectiva y de la libertad sindical”. Y cita aparte merece el principio de suficiencia de los subsidios y pensiones, cuya finalidad se enuncia (art. 8): “(...) la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad. Los niveles mínimos de ingresos definidos a nivel nacional podrán corresponder al valor monetario de un conjunto de bienes y servicios necesarios, a los umbrales nacionales de pobreza, a los umbrales de ingresos que dan derecho a la asistencia social o a otros umbrales comparables establecidos por la legislación o la práctica nacionales, y podrán tener en cuenta las diferencias regionales”.

“(...) los niveles de las garantías básicas de seguridad social deberían ser revisados periódicamente mediante un procedimiento transparente establecido por la legislación o la práctica nacionales (...)”.

Dos cuestiones han de hacerse notar en este punto. Empezando por la segunda, puede comprobarse que se vinculan las garantías básicas de la seguridad social a su revisión periódica, por lo que es posible llegar a la conclusión de que esa revisión forma parte de su contenido esencial y del contenido esencial del derecho a la seguridad social. Además, de la norma transcrita se deduce la vinculación que existe entre la suficiencia y los derechos fundamentales (entre los que están obviamente los sociales). La referencia a la dignidad, que es el punto de partida y además la meta de todos ellos, más la mención que se hace en concreto a los niveles mínimos de ingresos en conexión con los bienes y servicios necesarios no sólo para sobrevivir sino para vivir de acuerdo con la mencionada dignidad, clarifica de una vez la dimensión jurídica de la suficiencia de las prestaciones, que no se limita a ser una cifra calculada de acuerdo con variables económicas, pues ocupa mediante la Recomendación sobre los pisos de protección social seguramente por vez primera un lugar preferente en el Derecho de la seguridad social.

4. Bibliografía

- Arendt, H., *On Revolution*, Penguin Books, Printed in the United States of America, 2006.
- Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pg. 83.
- Cichon, M., Behrendt, C. y Wodsak, V., *La iniciativa del piso de protección social de las Naciones Unidas. Cambiando la tendencia en la Conferencia de la OIT de 2011*, Friedrich Ebert Stiftung, Enero de 2011.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General n. 19, *El derecho a la Seguridad Social*, Ginebra, 2007.

- Contreras Peláez, F.J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Editorial Tecnos SA, Madrid, 1994.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción.
- Cortina, A., *La Ética*, Paidós, Espasa Libros SLU, 4ª reimpresión de la primera edición, Barcelona, 2013.
- García-Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Octava reimpresión de la 2ª edición, Madrid, 1994.
- Garrido Gómez, M.I., *Las transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Editorial Aranzadi SA, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- Gómez Heredero, A., *Social security as a human right. The protection afforded by the European Convention on Human Rights*, Human rights files, n. 23, Council of Europe Publishing, 2007.
- Naciones Unidas, *Objetivos de desarrollo del Milenio*, Informe de 2015, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.
- OIT, *Trabajo decente*, Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, disponible en la dirección:
<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.
- OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Erradicar el trabajo forzoso*, Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm.29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.
- OIT, 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. Primera edición, 2008.
- OIT, *Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de la práctica actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la OIT*, Documentos de Política de Seguridad Social, Departamento de Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2008.
- OIT World Social Security Report 2010/2011: Providing coverage in times of crisis and beyond, Ginebra, 2010.
- OIT, *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y

- Recomendaciones. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, primera edición 2011.
- OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, 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. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, Primera edición, 2011.
- OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión 2012, Informe IV (1), *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011.
- OIT, *World Social Protection Report 2014/2015: Building economic recovery, inclusive development and social justice*, Ginebra 2014.
- Ritter, G.A., *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Edita y distribuye Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- Suárez Corujo, B., “La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia: ¿sonrojo español?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4 julio 2015.
- Supiot, A., *Poverty through the Prism of the Law*, Field Actions Science Reports (Online), Special issue 4/2012, connection on 01 October 2015, puntos 8 y 9. URL: <http://factsreports.revues.org/1602>
- Supiot, A., “Ni assurance ni charité, la solidarité”, *Le Monde diplomatique*, novembre, 2014.
- Valente, J.A., “Crítica de la razón económica”, diario *El País*, 28 de febrero de 1989.
- Valle, J. M. del, “Seguridad Social y derechos sociales en Irlanda: panorama tras la crisis económica”, en Garvey, A.M. y López Ahumada, J.E. (Dirección), *Crisis financiera y derecho social en Irlanda*, Ediciones Cinca SA, Madrid, 2015.

Duración del tiempo de trabajo y su distribución. Referencia a algunos convenios colectivos

Oyala MARTÍN RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Tras una inicial referencia a la ordenación del tiempo de trabajo en normas internacionales, comunitarias e internas, el presente estudio se centra en el análisis de la duración de la jornada de trabajo así como en sus límites legales y convencionales. En concreto, se van a analizar tres convenios colectivos estatales y otros tres convenios colectivos de empresa que tienen especial repercusión en el sistema económico y productivo de nuestro país, con el fin de detallar en qué medida la negociación colectiva mejora lo dispuesto en la norma legal o en su caso, no dispone mejora alguna.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, distribución de jornada, regulación convencional de la jornada laboral.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Líneas básicas en la ordenación del tiempo de trabajo. 2.1. Límites internacionales, comunitarios y legales. 2.2. Posibilidad legal de organización y distribución del tiempo de trabajo. 2.3. Espacio de la negociación colectiva: habilitación legal y problemas de aplicación. 3. La aportación de los convenios colectivos a la flexibilización del tiempo de trabajo. 3.1. Jornada laboral. 3.2. Descanso intra-jornada. 3.3. Descanso entre jornadas. 3.4. Descanso semanal. 3.5. Otros descansos que influyen en la distribución de la jornada de trabajo. 4. Bibliografía.

* Becaria en fase de investigación pre-doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Working time and its distribution with reference to some collective agreements

ABSTRACT: This paper begins by making reference to international, EU and domestic regulations on working time, and then goes on to examine the length of the working day and the legal and conventional limitations placed on its duration. In particular, three national collective agreements and three collective agreements concluded at a company level will be analysed, which have a significant impact on the economic and productive system at a national level. This will be done in order to understand whether or not collective bargaining provides a contribution to improve the current rules on working time.

Key Words: Working time, distribution of working hours, conventional regulations on working day.

1. Introducción

La ordenación del tiempo de trabajo es una de las parcelas del Derecho del Trabajo en la que con más claridad se ha manifestado la contraposición de intereses entre empresario y trabajadores. En la Revolución Industrial, los trabajadores reclamaban la limitación de la jornada de trabajo, mientras que los empresarios buscaban disponer de más tiempo del trabajador a menos coste. De hecho, las primeras leyes obreras trataron de reducir las jornadas de trabajo y garantizar un descanso mínimo al obrero. La legislación laboral ha evolucionado mucho desde esas primeras normas, pero, a pesar de ello, el tiempo de trabajo sigue siendo hoy en día una cuestión de debate. Así, mientras la vertiente cualitativa del tiempo de trabajo, en particular la obtención de más horas de trabajo a menor precio, centró las primeras aspiraciones empresariales, hoy día, el aspecto cualitativo de la jornada y su ordenación eficiente, es el principal objetivo del empresario en la gestión del tiempo de trabajo. Al empresario ya no le interesa tanto disponer de más horas de trabajo por el mismo precio, sino utilizar más eficientemente esas horas, de tal manera que en los periodos de máxima necesidad pueda disponer de toda la fuerza de trabajo al menor coste y en los momentos de menor intensidad pueda prescindir de la misma sin ningún coste. El empresario busca una mayor productividad de su fuerza de trabajo y para ello persigue adaptar lo máximo posible la fuerza de trabajo a las necesidades de mercado⁴⁸⁰.

Tanto el cambio del modelo productivo como la internacionalización de las relaciones comerciales han obligado a cambiar la legislación laboral y dar respuesta a las nuevas demandas de flexibilidad. Hasta hace poco el principal instrumento para conseguir una cierta adaptación de la mano de obra era el recurso a las horas extraordinarias, mediante las cuales el empresario podía aumentar las horas de trabajo en los periodos de mayor intensidad. Con el objetivo de la flexibilidad se han ido sucediendo una serie de reformas en la ordenación legal del tiempo de trabajo que, por un lado, han suavizado algunas de las exigencias de los mecanismos legales tradicionales que permiten aumentar, disminuir o alterar la jornada de trabajo y por otro lado, han concedido a la negociación colectiva un mayor margen de actuación concedido por la ley⁴⁸¹.

El tiempo de trabajo se ha convertido en los últimos años en un recurso empresarial que permite implementar una cierta flexibilidad productiva

⁴⁸⁰ Escudero Rodríguez, R., “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1999, pp. 309 y ss.

⁴⁸¹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *El problema del paro y la flexibilidad del empleo. Informes sobre un debate*, Madrid, 1991, pp. 60 y ss.

para hacer frente al nuevo modelo productivo. De esta forma se ha pasado de un modelo cerrado (turnos con idéntica duración horaria diaria y distribución lineal) a otro modelo más dinámico. Esto es, las necesidades productivas de las empresas dependen de los constantes cambios de la demanda y ello requiere horarios y jornadas alterables y no establecido sobre parámetros inamovibles. En primer lugar, aparece lo que podría denominarse como flexibilidad de la distribución horaria, es decir, la reivindicación empresarial consiste en que el horario diario no sea siempre inmutable, y como veremos en los convenios estudiados aparecen las denominadas “jornadas flexibles” o “bancos de horas de trabajo”, pudiendo tener un carácter irregular, tanto en cómputo anual como diario, al margen de las horas extraordinarias. Y en segundo lugar, se demanda en ocasiones la posibilidad de articular vínculos contractuales atípicos en cuanto al tiempo de trabajo, esto es que la empresa disponga de bolsas de trabajadores que puedan ser llamados en forma rápida y sin excesivas formalidades, como puede ser el caso de aquellos trabajadores que tienen un régimen de localización o disponibilidad⁴⁸². Es conveniente hacer referencia al régimen jurídico aplicable en nuestro país respecto al tiempo de trabajo antes de analizar su regulación en determinados convenios colectivos de sector o empresa.

2. Líneas básicas en la ordenación del tiempo de trabajo

2.1. Límites internacionales, comunitarios y legales

El tiempo de trabajo está regulado en múltiples normas internacionales. Así, en el ámbito comunitario y al margen del régimen de descansos establecido en algunos preceptos en materia de prevención de riesgos, la directiva más importante en este sentido es la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva base). Junto a la norma esencial referida hay que aludir a otros preceptos europeos especializados, en concreto, sobre trabajadores jóvenes, transporte por carretera, aviación civil, trabajo marítimo, sector ferroviario y trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios⁴⁸³. A tan complejo panorama hay que añadir

⁴⁸² Falguera Baró, “Jornada y horario: flexibilidad contractual del empresario”, 2015, Thomson Reuters, pp. 22-28.

⁴⁸³ En este sentido dicha regulación la encontramos en: Directiva 94/33/CE, de 22 de junio de 1994, sobre protección de los jóvenes en el trabajo; Reglamento n. 561/2006 de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en

concretas Directivas en materia de salud laboral que regulan aspectos relacionados con el tiempo de trabajo, la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES y el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo. Asimismo, hay que indicar que el tiempo de trabajo está contemplado también en el artículo 2 de la Carta Social Europea, en el apartado 8 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores y en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otra parte, hay también numerosos Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre tiempo de trabajo⁴⁸⁴.

materia social en el sector de los transportes por carretera, la Directiva 2006/22/CE de 15 de marzo de 2006 sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo n. 3820/85 y n.3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, el Acuerdo europeo sobre el trabajo del personal de los vehículos contratados para el transporte internacional por carretera (AETC) y la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo de 2002 relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (con carencias de transposición en nuestro ordenamiento); Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) y la Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre de 2000 relativa a la aplicación del Acuerdo europeo de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA); Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), la Directiva 2009/13/CE, de 16 de febrero de 2009, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE; Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario; Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento n. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

⁴⁸⁴ Convenio n. 1 de la OIT, de 1919, sobre limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y a cuarenta y ocho horas semanales; el Convenio n. 14 de la OIT, de 1921, sobre descanso semanal en las empresas industriales;

En el sistema español vigente el régimen jurídico de la jornada de trabajo arranca del mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para que garanticen el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas (artículo 40.2 de la Constitución Española (CE)). La regulación legal del tiempo de trabajo se encuentra básicamente en los artículos 34, 35, 36 del Estatuto de los Trabajadores (ET), a los que se añaden, en su caso, las previsiones que pueden derivar de otras disposiciones legales conexas, entre ellas la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales. Esta regulación general ha de completarse asimismo con el reglamento sobre jornadas especiales aprobado por RD 1561/1995, de 21 de septiembre (que prevé ampliaciones o restricciones de la jornada de trabajo para determinados sectores de actividad o tipos de trabajo), por las normas de las diferentes relaciones laborales de carácter especial, y por las normas que afectan a determinados grupos profesionales (como los empleados públicos). Además, los convenios colectivos complementan y precisan la regulación (general o especial) en el ámbito de la empresa o del sector de actividad correspondiente⁴⁸⁵.

En España, la duración máxima legal de la jornada de trabajo es de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo y de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET). Nuestros tribunales han aceptado como concreción de esa jornada máxima el promedio de 1.826 horas y 27 minutos de trabajo efectivo, descontando vacaciones y descansos, así ha sido determinado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de septiembre de 1989 y en la Sentencia del Tribunal Superior

el Convenio n. 20 OIT, de 1925, sobre trabajo nocturno en las panaderías; el Convenio n. 30 OIT, de 1930, de reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas; el Convenio n.31 OIT, de 1931 sobre jornada de trabajo en las minas de carbón; el Convenio n. 46 OIT, de 1936 sobre limitación de horas de trabajo en las minas de carbón; el Convenio n. 52 OIT, de 1936 sobre vacaciones anuales pagadas; el Convenio n. 91, de 1949 sobre vacaciones pagadas de la gente del mar; el Convenio n. 101, de 1952, sobre vacaciones pagadas en la agricultura; el Convenio n. 106, de 1957, sobre descanso semanal en el comercio y en las oficinas; el Convenio n. 109, de 1958, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación; el Convenio n. 132, de 1970, sobre vacaciones anuales pagadas, el Convenio n. 146, de 1976, sobre vacaciones anuales pagadas de la gente del mar; el Convenio n. 153, de 1979, sobre duración del trabajo y periodos de descanso en los transportes por carretera; el Convenio n. 172, de 1991, sobre condiciones de trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares; la Recomendación n. 47 sobre las vacaciones anuales pagadas; la Recomendación n. 103 sobre el descanso semanal en el comercio y en las oficinas; la Recomendación n. 161 sobre la reducción de la duración del trabajo y periodos de descanso en los transportes por carretera, etc.

⁴⁸⁵ Ezquerria Escudero, L., "Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución", 2006, Atelier, pp. 61-77.

de Justicia de Murcia de 17 de enero de 1994⁴⁸⁶. Dentro de esos límites legales la determinación en cada caso de la jornada de trabajo corresponde a los convenios colectivos o contratos de trabajo (art. 34.1 ET), que podrán establecer jornadas equivalentes o inferiores a esos números legales pero no superiores. Por lo tanto, ese sometimiento del convenio colectivo a la Ley obliga a aquél a adaptarse a las modificaciones de ésta, de modo que la entrada en vigor de una nueva disposición legal sobre jornada habrá de producirse en el momento que ésta establezca, sin que en su caso pueda verse pospuesta por la existencia de convenios colectivos ya acordados conforme a la regulación anterior. Así lo estableció el Tribunal Constitucional (TC) al declarar inconstitucional la Disposición Transitoria de la Ley 4/1983⁴⁸⁷. A su vez, dentro del convenio colectivo (o bien acuerdo de empresa) puede operar el contrato de trabajo, que puede establecer una jornada inferior pero no superior a la establecida por vía legal y convencional, e igualmente puede precisar aspectos de la jornada no regulados por ley o convenio colectivo.

Se ha hecho referencia previamente a la jornada máxima anual que es de 1826 horas y 27 minutos, pues esa jornada se puede distribuir a lo largo del año siempre respetando los mínimos legales establecidos en el ET. De tal forma, por lo que se refiere a la jornada diaria, el art. 34.2 ET establece que “el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias”. Sin embargo, por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, cabe establecer un tope diferente, incluso aumentando esa cantidad “respetando en todo caso el descanso entre jornadas” al que se refiere el art. 34.3 ET, en consecuencia, la jornada diaria podría llegar en estos casos a alcanzar las doce horas⁴⁸⁸. Hay que tener en cuenta que los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos. Como se ha dicho, “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo, doce

⁴⁸⁶ AS 1989,1955 y as 1994,88, respectivamente.

⁴⁸⁷ A saber: la Ley 4/1983 redujo la duración de la jornada máxima legal a cuarenta horas semanales y su disposición transitoria declaró que quedaban afectados por la nueva duración legal los convenios colectivos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma (STC 210/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990,210)).

⁴⁸⁸ Monreal Bringsvaerd, E., “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 14 de octubre 2014, <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, p. 2/10.

horas” (art. 34.3 ET). El tenor literal de la norma deja claro que nos encontramos ante un mínimo de derecho necesario que puede ser mejorado a través de la negociación colectiva o del pacto individual. Este es uno de los límites más importantes que se establecen en nuestro ordenamiento para la distribución irregular de jornada. El descanso entre jornadas ha de respetarse incluso cuando se supera la jornada diaria habitual a través del mecanismo de las horas extraordinarias. En tales casos puede ser necesario alterar el horario de trabajo, haciéndolo comenzar más tarde al día siguiente a la realización de tales horas. A falta de norma específica sobre el particular, parece que ello será necesario incluso en los supuestos en que las horas extras sean exigidas por causas de fuerza mayor. Aunque el periodo de doce horas al que se ha aludido se concibe, en principio, como un periodo de descanso, para recuperar las energías perdidas durante la jornada, lo cierto es que está configurado como una obligación del empresario, no teniendo esa misma configuración para el trabajador. La propia libertad personal del trabajador para disponer de su tiempo libre, así como el derecho a la libre elección de profesión y oficio parecen imponer esta consecuencia. De todo ello se desprende que no podrá sancionar el empresario disciplinariamente a aquellos trabajadores que no empleen el descanso diario al ocio y al reposo. Tal posibilidad sólo sería factible en tres supuestos específicos: 1) que la prestación de trabajo para otros empresarios durante dicho periodo produzca una baja en el rendimiento del empleado o incida negativamente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales; 2) que como consecuencia, de la dedicación al pluriempleo se ponga en peligro la salud e integridad física del propio trabajador o de otras personas implicadas en la actividad productiva; 3) que se haya incluido en el contrato de trabajo un pacto de exclusividad, por el que el trabajador se compromete a no prestar servicios para otras empresas⁴⁸⁹.

Siempre que la jornada diaria continuada exceda de seis horas “deberá establecerse durante la misma un descanso no inferior a quince minutos”. Es ésta la pausa mínima durante la jornada establecida por Ley, conocida habitualmente en España como “pausa para el bocadillo”. El mismo artículo señala una regla especial sobre el descanso durante la jornada para los trabajadores menores de edad. Es decir, la pausa para el bocadillo para los menores de edad se impone siempre que la jornada continuada supere las cuatro horas y media. Además, la duración mínima de la pausa se establece en treinta minutos (art. 34.4 ET). Se trata de una norma de

⁴⁸⁹ Ezquerro Escudero, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 279 y siguiente.

derecho necesario relativo, no absoluto⁴⁹⁰, lo cual implica, en primer lugar que no es posible eliminarlo compensándolo económicamente, no obstante, si cabría su compensación económica en casos excepcionales en los que no haya sido posible su disfrute; y en segundo lugar, que es mejorable por la negociación colectiva o individual. Ahora bien, el momento en que se ha de disfrutar el descanso corresponde fijarlo al empresario en el ejercicio de su poder de dirección. La Ley sólo impone que ha de ser durante la jornada diaria (art. 34.4 ET). No obstante, debe tenerse en cuenta que el descanso dentro de la jornada responde a la necesidad de conceder al trabajador un espacio de tiempo para reponer energías y satisfacer necesidades vitales cuando el tiempo de trabajo se prolonga más allá de un cierto límite. No cabría situar el disfrute del mismo al final de la jornada convirtiéndolo en una reducción de la misma. Por otro lado, la facultad empresarial de fijar el momento de disfrute puede verse limitada por lo dispuesto en los convenios colectivos o pactos individuales. La pausa ha de ser de descanso, de este modo el trabajador tiene libertad para invertir dicho tiempo de descanso del modo que estime conveniente, que no necesariamente ha de ser para tomarse un bocadillo; igualmente, salvo que exista prohibición expresa legal o convencional al respecto, puede abandonar las instalaciones y disponer de libertad de movimiento al ampararlo en el derecho de libertad individual que reconoce a toda persona el art. 17.1 CE⁴⁹¹.

2.2. Posibilidad legal de organización y distribución del tiempo de trabajo

Por otra parte, la duración mínima del descanso semanal es “de día y medio ininterrumpido”, salvo para los menores de edad, para los que se establece una duración de al menos dos días ininterrumpidos (art. 37.1 ET). Se trata en ambos casos de una disposición mínima, mejorable por convenio, acuerdo colectivo o contrato de trabajo. En cuanto a la distribución de este descanso, debe tenerse en cuenta que ha de ser un descanso ininterrumpido, lo cual impide su fraccionamiento y reparto en distintos momentos de la semana. Esta característica debe predicarse exclusivamente del día y medio que constituye el mínimo legal, no respecto de los excesos que, sobre el mismo, puedan pactarse. Quiere

⁴⁹⁰ Véase al respecto Sentencia del TS de 30 de abril de 2004 y de 1 de marzo de 2005 (RJ 2004, 3706 y RJ 2005,4110, respectivamente).

⁴⁹¹ Véase al respecto Sentencia del TSJ Cataluña, de 5 de junio de 2007 (AS 2007,2706).

decirse que, si por convenio se introduce un descanso semanal de, por ejemplo, dos días, en principio sólo habrá obligación legal de que día y medio se disfrute de forma ininterrumpida. Que el medio día sobrante haya de disfrutarse unido al núcleo principal o separado en otro día de la semana es algo que dependerá de lo que establezca el propio convenio. “Como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo” (art. 37.1 ET). Se trata de una regla claramente disponible, pudiendo el descanso disfrutarse en otro momento de la semana, bien por acuerdo, bien a falta de éste, por decisión del empresario⁴⁹². La sustitución del descanso en domingo por otro día de la semana no origina derecho, salvo lo que pueda establecerse en convenio colectivo, a ninguna retribución superior a la semanal ordinaria⁴⁹³. La preferencia legal por el domingo como día principal de descanso semanal no responde hoy día a un posicionamiento religioso, que no se correspondería con el carácter no confesional del Estado, sino que socialmente, es el consagrado por la tradición, por ello se trata de una regla dispositiva para las partes. De este modo, el empresario no está obligado a modificar el descanso semanal establecido con carácter general en la empresa para hacerlo compatible con las creencias religiosas de un concreto trabajador⁴⁹⁴. Es verdad que para ciertas confesiones se prevé la posibilidad de sustituir el descanso establecido en el art. 37.1 ET por otros días. Pero al requerirse pacto al efecto (“siempre que medie acuerdo entre las partes”: arts. 12.1 de los Acuerdos de Cooperación entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobados por Leyes de 24 y 25/1992, de 10 de noviembre) es claro que se trata de una simple recomendación a los empresarios.

Es posible la acumulación del descanso semanal en “periodos de hasta catorce días” (art. 37.1 ET). De tal modo, la ley permite distintas formas de distribución del descanso semanal, que van desde el día y medio de descanso por cada cinco y medio de trabajo, que constituye el punto de partida, hasta los tres días de descanso cada once de labor, que suponen el tope máximo. Para los supuestos de jornadas especiales se prevén formas específicas y periodos más amplios de acumulación (art. 37.1 p. 2º ET). No obstante, para los menores de edad no parece legalmente admisible esta forma de distribución del descanso. La decisión de acumular el descanso semanal puede ser adoptada a través de convenio, acuerdo

⁴⁹² STSJ Castilla y León de 6 de julio de 1998 (AS 1998,6190).

⁴⁹³ STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991,174).

⁴⁹⁴ STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985 (RTC 1985,19).

colectivo o pacto individual e, incluso, en caso de silencio de éstos, unilateralmente por el empresario. Si la acumulación del descanso semanal se establece en el marco de una distribución irregular de la jornada, debe tenerse en cuenta que ésta sólo podrá ser adoptada mediante “convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores” (art. 34 ET)⁴⁹⁵.

Resulta indiscutible el carácter retribuido del descanso semanal, considerado de forma generalizada como consustancial a dicha figura. Debe entenderse, por ello, incluido en la mención a los “periodos de descanso computables como de trabajo” que realiza el ET al definir el concepto de salario (art. 26.1 ET). En tal sentido se comprende que, cuando por convenio o pacto individual o colectivo se fije un salario mensual o anual, éste ya comprende la retribución correspondiente al descanso semanal. Lo mismo debe predicarse, en principio, de los pactos de salario global. Cuando el salario se establezca por días, su retribución habrá de ser la que se establezca para un día ordinario de trabajo. Pero, cabe también que se acuerde por pacto una retribución específica no absolutamente coincidente con la del día efectivamente trabajado. La retribución del descanso semanal es un supuesto de salario diferido al que se adquiere derecho por el trabajo realizado los otros días de la semana. De tal modo, las ausencias injustificadas dan derecho al descuento proporcional en la misma. No se reduce el tiempo de descanso, sino su retribución⁴⁹⁶.

En la normativa anterior sobre descanso semanal (art. 47 RD 2001/1983) se preveía una compensación económica para los casos en que excepcionalmente éste no pudiera disfrutarse. En el ordenamiento actual no existe una previsión similar, por lo que ha de entenderse que en los casos de imposibilidad de disfrute lo que procede es la compensación por un descanso igual en otro momento. No obstante, algunos convenios prevén una compensación económica. La cuantía de la compensación será, en principio, la de las horas extraordinarias, pues se trata de horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria. Éste es el criterio que elaboró la jurisprudencia bajo la normativa anterior⁴⁹⁷. Es interesante igualmente aludir aunque sea brevemente a los días festivos también ya que se han de tener en cuenta a la hora de distribuir la jornada a lo largo

⁴⁹⁵ Ezquerro Escudero, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 277-284.

⁴⁹⁶ Lex Nova-Thomson Reuters, “Practicum social”, 2014, pp. 414-415.

⁴⁹⁷ STS de 22 de septiembre de 1981 (RJ 1981,3438); STSJ Madrid de 8 de octubre de 1993 (AS 1993,4646); y STSJ Galicia de 18 de abril de 1996 (AS 1996,1961), y es el criterio que utiliza el propio RD 1561/1985 al referirse al trabajo en el mar.

del año. Al respecto, la ley establece en su art. 37.2 ET que las fiestas laborales no recuperables “no podrán exceder de catorce al año”. Cabe, no obstante, en determinadas circunstancias, que por las Comunidades Autónomas se añada una decimoquinta fiesta, ésta sí con carácter recuperable.

Pues bien, de acuerdo con los límites legales anteriores, y conforme a lo que dispone el art. 34 del ET, la jornada de trabajo puede ser objeto de distribución regular o irregular a lo largo del periodo de referencia. En su sentido más estricto la distribución regular supone un régimen de trabajo con igual duración y horario todos los días de la semana y todas las semanas del año, pero también se considera regular la jornada de trabajo que mantiene el mismo número de horas a la semana, aunque pueda cambiar de unos días a otros dentro de ese módulo. No afecta a la regularidad de la jornada el hecho de que algunas semanas se trabajen menos horas como consecuencia de la concurrencia de días festivos o por necesidad de pequeños reajustes para cumplir los términos de la jornada anual. La distribución regular de la jornada de trabajo es posible según la legislación española y no requiere mayores precisiones ni exigencias. Por otra parte, existe distribución irregular cuando las horas de trabajo varían de unas semanas a otras a lo largo del periodo de un año. De acuerdo con el art. 34.2 ET, puede pactarse una distribución irregular de la jornada de trabajo mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. A falta de pacto en ese sentido, el empresario puede decidir unilateralmente la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo, eso sí, con la obligación de comunicar al trabajador con una antelación mínima de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo. No existe límite legal máximo para la jornada semanal en estos casos, aunque deben observarse los periodos mínimos de descanso diario y descanso semanal, como indica el citado precepto. Por supuesto, la distribución irregular de la jornada ha de respetar igualmente la jornada máxima anual que resulte aplicable. Sin embargo, la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, aquella y la jornada efectivamente realizada no necesariamente ha de producirse dentro del año natural: los convenios colectivos (y en su defecto los acuerdos de empresa) establecerán la forma de llevarla a cabo. A falta de pacto, las diferencias podrán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Monreal Bringsvaerd, E., “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 10 de octubre, 2014, pp. 4/10.

Por todo esto, las medidas legales que disponen los empresarios para flexibilizar la distribución del tiempo de trabajo son las tres siguientes. En primer lugar la distribución irregular de la jornada en cómputo anual (es decir la posibilidad que tiene el empresario de disponer unilateralmente de una parte de la jornada del tiempo pactado en el contrato, sin superar los límites anuales de ésta (art. 34.2 ET). En segundo lugar, la posibilidad de superar la jornada máxima diaria de nueve horas siempre que por convenio o pacto de empresa así se acuerde, respetándose en todo caso el mínimo de doce horas de descanso entre jornadas. Y por último, la flexibilidad en el cómputo del descanso semanal a través de la acumulación del día y medio (o dos días, en el caso de menores de 18 años) ininterrumpido en periodos de catorce días.

A todo ello cabe añadir la posibilidad de que concurriendo razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empleador pueda acudir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET, bien en su vertiente individual o colectiva, en tanto que la letra b) de su apartado 1 contempla la conocida referencia al “horario” y a la “distribución del tiempo de trabajo” (contemplándose esta última a partir del RDL 10/2010, confirmada luego por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Pese a la aparente levedad del cambio, basada en el hecho de que la lista de condiciones de trabajo del art. 41.1 ET tenía y tiene carácter abierto, así como en la mención genérica a la jornada en el apartado a) desde hacía tiempo, la reforma permitía una posibilidad de modificación inédita hasta entonces que venía a sumarse a la capacidad del empresario para modificar sustancialmente el régimen de jornada que hubiese sido pactado en acuerdo de empresa. O sea, la referencia a la distribución de la jornada en el apartado b) del art. 41.1 ET iba a permitir la modificación del régimen previsto en convenio colectivo estatutario, fuese de empresa o de sector, ya que las materias mencionadas en el apartado b), antes el horario y ahora también la distribución de la jornada, siempre fueron susceptibles de este tipo de modificación. La fuerza normativa erga omnes del convenio estatutario requería que la modificación fuese pactada con los representantes legales o sindicales de los trabajadores tras un periodo de consultas, pero la adopción de tal acuerdo permitía presumir la concurrencia de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que actúan como presupuesto de toda modificación sustancial.

Naturalmente, esta presunción favorecía el vaciamiento causal del instituto, ya que el acuerdo podía estar fundado en razones estratégicas apoyadas por el empresario y los representantes de los trabajadores, y lo blindaba ante cualquier reclamación judicial, que sólo podía fundarse en la

existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El único límite que restaba al acuerdo modificativo era de carácter temporal, ya que, a tenor del art. 41.6 ET, el plazo de vigencia de la modificación no podía exceder de la vigencia del convenio colectivo modificado. En el supuesto de que no se llegara a un acuerdo las partes debían acudir a mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos establecidos por la negociación colectiva para estos supuestos, excluyéndose la posibilidad de que el empresario adoptase una decisión de forma unilateral, como sucede cuando se modifican condiciones individuales o colectivas pactadas en acuerdo de empresa⁴⁹⁹.

2.3. El espacio de la negociación colectiva: habilitación legal y problemas de aplicación

La gestión flexible del tiempo de trabajo ha tenido lugar gracias a la ampliación legal de las facultades concedidas a la negociación colectiva para la regulación del tiempo de trabajo. Esta concesión de un mayor margen legal de actuación ha llevado a la autonomía colectiva a buscar fórmulas para adaptar la jornada de trabajo en función de las características y necesidades de la actividad productiva. Desde que la reforma laboral de 1994 regulase la distribución irregular de la jornada, ésta se mantuvo lejos del punto de mira del legislador. Sin embargo, ya a finales de la primera década del nuevo siglo se registró alguna pequeña intervención en esta materia, en la que después han profundizado las reformas operadas entre 2010 y 2012. Los dos instrumentos que han permitido a los agentes sociales flexibilizar e incluso innovar la regulación tradicional del tiempo de trabajo han sido el cómputo anual de jornada y la distribución irregular del tiempo de trabajo. Como se puede ver en el art. 34.2 ET, el régimen legal sobre distribución de la jornada incorpora una relación de supletoriedad ley/convenio colectivo que permite a la negociación colectiva fijar una jornada semanal de más de cuarenta horas o sustituir el módulo semanal por otro, mayor o menor, y asignarle un número de horas o jornada modular, siempre y cuando la nueva distribución convencionalmente prevista no implique superar el producto resultante de multiplicar por 40 el número de semanas hábiles al año y se respeten los descansos legales o pactados. Éste es un factor de flexibilidad

⁴⁹⁹ Martínez Yañez, N.M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 5 de mayo de 2013, <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, p. 5/23.

muy importante, que resta importancia al recurso del trabajo extraordinario. En tales supuestos, será extraordinario el tiempo trabajado por encima de la jornada ordinaria correspondiente al módulo utilizado para programar la distribución irregular. Así, por ejemplo, si se procede a una distribución semanal de la jornada anual “irregular” (esto es, sin que la duración de la jornada semanal ordinaria sea uniforme a lo largo del año), solo serán horas extraordinarias las que rebasen, en una determinada semana, la duración en concreto fijada para la misma con independencia de que se superen o no las cuarenta horas semanales⁵⁰⁰.

El legislador otorga amplios espacios a los convenios colectivos y a los acuerdos de empresa, situando a unos y a otros en una posición privilegiada para regular múltiples aspectos del tiempo de trabajo. En cualquier caso, la referencia al convenio colectivo se extiende a todas las unidades de negociación posibles, mientras que el acuerdo de empresa sólo puede actuar en defecto de convenio colectivo; regla esta última que se encarga de recordar expresamente el art. 34.2 ET. No obstante, la proximidad al ámbito de la empresa de una materia como el tiempo de trabajo aconseja que sean los convenios colectivos o los acuerdos de empresa o de centro de trabajo los encargados de acomodar su distribución a las particulares necesidades de la organización productiva de las empresas. Lo que sí parece pertinente es que los convenios colectivos supranacionales, preferentemente de ámbito sectorial, diseñen un margo general de distribución de la jornada que sirva de orientación para los convenios colectivos o acuerdos de empresa o de centro de trabajo. En defecto de intervención convencional, la distribución previa prevista en el art. 34.1.2º ET deviene aplicable y todas las semanas se trabajaran como mucho cuarenta horas, aunque hay que tener en cuenta que el empresario de manera autónoma podrá disponer de un 10% de la jornada anual para distribuirla de forma irregular a lo largo del año. La relación de supletoriedad ley/convenio que resulta del juego de los apartados 1.2ª y 2 del art. 34 ET abre a los agentes sociales vastas posibilidades en materia de distribución de jornada. A la postre una flexibilidad de esta naturaleza, en manos de los agentes sociales, permite la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades de las empresas, de la actividad productiva y de los propios intereses comunes de las partes. La autonomía colectiva ha hecho uso ampliamente de las posibilidades que le ofrece el legislador y se ha dirigido a la apertura de otras formas y modos de situar el trabajo en

⁵⁰⁰ Para profundizar véase Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 12, 2010, <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, pp. 1-3.

los parámetros temporales de referencia.

Es interesante reseñar algunas dificultades que ha presentado la interpretación del alcance que la intervención convencional puede tener en relación con el descanso intrajornada a que se refiere el art. 34.4 ET. La STS de 3 de junio de 1999 (RJ 1999,5064) ya declaró que la norma que contiene este precepto es de derecho necesario, aunque relativo y no absoluto. Y ello ha permitido que posteriores pronunciamientos hayan admitido que, en determinadas circunstancias y teniendo en cuenta la actividad de la empresa y de los trabajadores, el convenio colectivo pueda sustituir el descanso en la jornada continuada por una indemnización en metálico o pueda renunciarse a dicho descanso durante la jornada de verano a cambio de pactar una mejor jornada reducida⁵⁰¹. Sin embargo, la STS de 1 de marzo de 2005 (RJ 2005,4110) ya advertía que este artículo 34.4 ET establece un mínimo de derecho necesario en el caso de jornadas continuadas y que si el convenio colectivo no respeta ese mínimo, la cláusula correspondiente debe considerarse nula.

En relación con la jornada, han sido también objeto de valoración judicial las cláusulas convencionales relacionadas con su distribución irregular. En este sentido, el artículo 34.2 ET atribuye al convenio colectivo la posibilidad de prever la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, añade el precepto estatutario “la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella”. En torno a este precepto y las posibilidades de regulación que se ofrecen al convenio colectivo se han planteado ya diversos problemas⁵⁰². En la STS de 16 de abril de 2014 (RJ 2014,2633) el Tribunal Supremo valora la legalidad de una cláusula del Convenio colectivo de Grupo El Árbol, distribución y supermercados SA, que reducía al 5% el porcentaje de la jornada de trabajo a la que afectaba la distribución irregular y fijaba un preaviso de 24 horas. Señala el Tribunal que el art. 34.2 ET es una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que “el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante” de la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo (norma imperativa “hacia abajo” y dispositiva “hacia

⁵⁰¹ STS de 30 de abril de 2004 (RJ 2004,3706).

⁵⁰² De la Puebla Pinilla, A., “Cláusulas convencionales ilícitas: un estudio jurisprudencial”, en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Directores), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, 2015, p. 188.

arriba”, es decir, lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima). La consecuente operación jurídica “consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos”. La empresa alegaba que el acuerdo recogido en el Convenio suponía una reducción del porcentaje de jornada irregular a cambio de una reducción también del preaviso. Pero el Tribunal Supremo no atiende tales argumentos puesto que “el art. 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa, sin limitación alguna; el límite del 10% solo opera en defecto de pacto y, por consiguiente, en el convenio se podría haber pactado cualquier porcentaje de reducción. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación al plazo de preaviso porque, en un párrafo distinto de ese mismo precepto estatutario, junto a la garantía del descanso diario y semanal, se establece la garantía del preaviso de cinco días, y ese plazo, que, ampliándolo, igualmente podría haberse mejorado, no cabe empeorarlo, como hace el convenio, reduciéndolo hasta 24 horas”.

También en relación con la regulación convencional de la distribución irregular de la jornada, tiene interés la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2013 (proc. 147/13). En este caso, el Convenio colectivo estatal de Industrias Cárnicas establecía una distribución irregular de la jornada de trabajo y fijaba una bolsa de hasta 120 horas para que pudiese modificarse la jornada diaria de trabajo. A ello se añadía la previsión de que “si al 31 de diciembre hubiera un saldo positivo o negativo en horas, se actuará de la siguiente forma: si el saldo de horas es negativo, esto es, el trabajador debe horas a la empresa, ésta podrá ordenar su realización hasta el 1 de marzo del año siguiente”; es esta última previsión la que suscita dudas de legalidad. Esta regulación resulta, para la Audiencia Nacional, contraria a la regulación del art. 34.2 ET que no permite que el Convenio desplace de un año para otro los saldos positivos o negativos de horas que resulten de esa distribución irregular. Afirma la sentencia que la distribución irregular de la jornada solo puede establecerse a lo largo del año, a tenor de lo dispuesto en el art. 34.2 ET, que precisa dicho periodo en dos ocasiones, por si cabía alguna duda.

La sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo⁵⁰³, pero debe tenerse en cuenta que esta interpretación se efectuaba sobre el art. 34.2 ET en su redacción anterior al RDL 16/2013, de 20 de diciembre. Esta última norma, en el marco de una serie de medidas de flexibilidad en la

⁵⁰³ STS 3 de febrero de 2015 (rec. 7/14).

organización del tiempo de trabajo, incorporó un párrafo a dicho precepto conforme al cual “la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”. Con ello, se han venido a legitimar regulaciones convencionales como la que se analiza y anula en los pronunciamientos judiciales señalados.

En el caso de colisión entre convenios sectoriales y de empresa, en la regulación actual de esta materia tiene prioridad aplicativa absoluta estos últimos, tras el cambio experimentado en el artículo 84.2 ET por el RD ley 3/2012 en materia de “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”. Y por otro lado, conforme al artículo 84.4 ET los convenios colectivos sectoriales de Comunidad Autónoma no pueden disponer sobre la “jornada máxima anual de trabajo”, fijada en el convenio del mismo ámbito territorial estatal, salvo cláusula en contrario. El Estatuto de los Trabajadores (ET) no contempla reglas específicas de colisión de los convenios provinciales en relación a los de ámbito superior, por lo que resultarán de aplicación las reglas generales del artículo 84.1 ET.

De manera panorámica, en materia de jornada de trabajo, en general, tiene prioridad aplicativa los convenios de ámbito superior sobre los de ámbito inferior, así se deriva del artículo 84.1 ET y siempre que exista previsión específica al respecto. Además, la jornada de trabajo no es negociable en los convenios de Comunidad Autónoma si existe previsión expresa en el convenio estatal. Y en el caso de convenios sectoriales inferiores a los de Comunidad Autónoma (sectoriales o de empresa) la posible colisión reguladora en la jornada se rige por las reglas generales del art. 84.1 ET, por lo tanto, existe primacía de la regulación del convenio de ámbito superior si éste se atribuye la competencia al respecto. Y en materia de horarios y distribución del tiempo de trabajo, se prevé una preeminencia absoluta de lo previsto en el convenio de empresa, aun existiendo una regulación específica en el convenio sectorial. Las posibles colisiones entre el resto de convenios se rigen por las reglas ordinarias del art. 84.1 ET. Puede decirse en consecuencia que el legislador ha optado por un modelo descentralizado (en relación con la empresa) de la distribución del tiempo de trabajo y de otro centralizado en cuanto a jornada. Pero hay que especificar que nada impide que el convenio de ámbito superior delegue en los inferiores la concreción de la jornada o, incluso, los mecanismos de

distribución de tiempo de trabajo.

Es importante señalar las posibles disfunciones que puede generar el actual contenido de la Ley española tras la reforma laboral de 2012 por posible contradicción con la Directiva base. Así, el artículo 18 de la misma contempla que los convenios o acuerdos entre los agentes sociales pueden regular el régimen de excepciones de la duración mínima contemplada en cuanto al descanso diario y semanal y los periodos de referencia del art. 16 de la norma comunitaria. A dicho efecto se exige que el acuerdo tenga un ámbito “nacional o regional”, aunque también pueden ocurrir pactos de “nivel inferior”, siempre que se adecuen a las normas fijadas por dichos interlocutores sociales de ámbito superior. En consecuencia, se deriva de la Directiva un sistema centralizado, en tanto que ésta dota de competencia reguladora exclusiva los acuerdos nacionales o regionales, sometándose los inferiores (entre ellos, el de empresa) a aquéllos si concurren reglas pactadas. Esa regulación comunitaria no ofrece problemas aplicativos respecto a la duración máxima de la jornada ordinaria. Y ello tanto porque es ésa una cuestión sobre la que la Directiva nada dice respecto a los convenios, como por el hecho de que nuestra normativa ya excluye la disponibilidad en el ámbito de empresa⁵⁰⁴.

La problemática surge respecto a qué debe entenderse por “distribución del tiempo de trabajo” (supuesto en el que nuestro marco legal da preferencia absoluta a los convenios de empresa), al resultar evidente que aspectos como la pausa en medio de la jornada o los descansos diario o semanal sí son susceptibles de integrarse en dicho convenio. La norma comunitaria se está refiriendo al régimen de excepciones, por lo tanto aquellos casos en los que se incumpla los mínimos contemplados en la misma. También está incurso en la letra b) del artículo 16 la posibilidad de establecer un periodo de referencia de cuatro meses respecto a la superación de la jornada máxima semanal (de cuarenta y ocho horas con inclusión de las horas extraordinarias en la Directiva), lo que afecta esencialmente a la figura de la distribución irregular de la jornada. Por lo tanto, en principio cabría entender que la distribución irregular de la jornada según se desprende de la Directiva es competencia de los convenios o acuerdo de ámbito superiores, no de los inferiores. Sin embargo, hay que indicar que el artículo 18 de la norma comunitaria prevé un régimen de excepciones para dicho modelo centralizado. Así, al margen de aquellas legislaciones en las que el modelo de negociación

⁵⁰⁴ Gorelli Hernández, J., “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, en *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, AA.VV., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 66-78.

colectiva no tenga ámbito “nacional o regional”, se hace mención también a los casos en los que “los que exista un marco legislativo específico para tal fin” (permitiéndose en esos supuestos la regulación en ámbitos inferiores), de lo que podría diferirse que el actual artículo 84.2 ET y la primacía de los convenios de empresa incurre en esa excepción de la regla general⁵⁰⁵.

3. La aportación de los convenios colectivos a la flexibilización del tiempo de trabajo

El horario no es sino la distribución de las horas contratadas al día, a la semana, al mes y al año a efectos de saber no solo cuánto, sino también cuándo hay que trabajar, y si ese horario es partido o continuado, en régimen o no de turnos. Pues bien, dentro de los límites cuantitativos que han sido examinados, las empresas fijan los horarios de trabajo, esta facultad puede venir, además, condicionada por los convenios colectivos, como se verá en los convenios estudiados. Una vez fijado un cierto horario, por decisión unilateral de la empresa o por acuerdo con los representantes de los trabajadores, sus variaciones deben seguir, en caso de ser sustanciales, el procedimiento del art. 41 ET. En el presente epígrafe se va a hacer referencia a la jornada y horario de trabajo de determinados convenios colectivos con el objetivo de ver cómo distribuyen el tiempo de trabajo. Como es sabido, el tiempo de trabajo se organiza en una empresa en función de unos determinados horarios de trabajo, y en su caso, de turnos, dependiendo de las necesidades de producción asociados a la estructura de funcionamiento de la organización.

Se han analizado los últimos dos convenios colectivos firmados de tres empresas significativas como son Repsol, Renfe y Telefónica; y de tres sectores representativos como son la construcción, la industria textil y la industria química, empresas y sectores de gran relevancia en nuestro sistema productivo y económico, que están comprendidos entre el periodo 2011 a 2016 dependiendo de la firma o prórroga de los convenios precedentes. Indicar previamente que respecto a la duración y distribución del tiempo de trabajo no se han producido modificaciones en los convenios estudiados, únicamente se ha observado una ligera reducción del tiempo de trabajo en el convenio de la industria textil para los

⁵⁰⁵ Falguera Baró, M.A., “Jornada y horario: flexibilidad contractual del empresario”, Thomson Reuters, 2015, pp. 45-46.

trabajadores con jornada partida, concretamente en una hora en cómputo anual, pero el módulo semanal lo mantiene en cuarenta horas de trabajo.

3.1. Jornada laboral

Como ya previamente se ha mencionado, el precepto 34.1 ET posee una doble naturaleza jurídica de cara a la autonomía colectiva, en primer lugar una norma mínima cuando cuantifica la jornada, y en segundo lugar una norma supletoria cuando la distribuye. De un lado, fija una jornada máxima de cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, de suerte que la negociación colectiva sólo puede regular ese extremo en beneficio del trabajador reduciendo la jornada legal y, si fija una jornada mayor que la legal, la correspondiente cláusula convencional deberá entenderse por inexistente y quedará sustituida automáticamente por la jornada máxima establecida en el precepto legal. De otro lado, éste fija una distribución de la jornada en cuarenta horas todas las semanas al tiempo que permite a la autonomía colectiva sustituir el módulo por otro, menor o mayor, siempre que la nueva distribución no implique superar la jornada máxima anual y se respeten los descansos diario, inter jornada y semanal, las fiestas laborales y las vacaciones anuales. En definitiva, el módulo semanal no es imperativo.

Respecto a los convenios colectivos de empresa y en lo relativo a la jornada laboral el Convenio colectivo de Repsol⁵⁰⁶ opta, con carácter general, por establecer un módulo anual, siendo ésta de “(...) 1695 horas de trabajo efectivo al año y de 1691 para el centro de trabajo situado en Madrid” aunque añade que se respetarán las jornadas más reducidas que existan a título personal. Respecto a la jornada ordinaria dicho convenio establece para los trabajadores ordinarios una jornada de nueve horas al día, pero luego precisa que habrá trabajadores con jornada flexible y esa jornada puede alcanzar hasta las doce horas al día, debido a las características especiales de la actividad y para una serie de supuestos que se detallan en el convenio referido (art. 33 Convenio X de Repsol). En el caso de los trabajadores a turnos se distinguen tres turnos de trabajo (mañana, tarde y noche) en los tres turnos el horario de trabajo es de ocho horas y quince minutos al día, de los cuales los esos quince minutos se consideran de trabajo efectivo a efecto de realización de relevo.

⁵⁰⁶ Resolución del 30 de mayo de 2012 por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA (BOE 13 junio 2012, n. 141) y Resolución de 26 de mayo de 2015, por la que se registra y publica el X Convenio de Repsol Petróleo SA, (BOE 11 de junio de 2015, n. 139).

Por otro lado, el Convenio colectivo empresarial de Renfe⁵⁰⁷, como norma general, establece una jornada anual teórica de 1720 horas o 1728 horas, distribuidas en 215 o 216 días de trabajo. Pero hay que remitirse a la Normativa Laboral de Renfe para saber algo más sobre el tiempo de trabajo. Como norma general, la jornada ordinaria del personal ferroviario será de cuarenta horas semanales, en régimen de cinco días de trabajo y dos de descanso a la semana. Sin embargo, se precisan unas reglas específicas para el personal de conducción, el personal de intervención de ruta y trenes y el personal de alta velocidad española, pero en cuanto a la duración se rige por la norma general de cuarenta horas semanales y dos días de descanso a la semana.

Por su parte, el Convenio colectivo de Telefónica⁵⁰⁸ opta por el módulo semanal para establecer la jornada máxima, siendo con carácter general de 37 horas y 30 minutos para todos los grupos profesionales. En los regímenes de trabajo a turno de Telefónica el cómputo de la jornada será de 37 horas y 30 minutos; no obstante, la jornada ordinaria de trabajo de 7:30 horas, o superior, que se realice en el turno de noche, se reducirá en 30 minutos diarios. En el caso de trabajadores con jornada partida, el convenio de telefónica establece que la distribución de la jornada será de 38 horas semanales en invierno y 35 horas en verano, para los trabajadores que no estén sujetos a turnos o a horarios específicos. Y la duración de la jornada establecida se respetará en cómputo semanal o en periodos superiores, siempre que éstos no excedan del año natural y así se hubiera convenido.

En cuanto a los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, el Convenio colectivo estatal de la construcción⁵⁰⁹ establece una jornada ordinaria anual de 1738 horas y además añade que dicha jornada ordinaria será de cuarenta horas semanales, es decir, establece dos módulos para limitar la jornada, uno anual y otro semanal. Igualmente, establece que las empresas que “elaboren un calendario laboral distribuyendo la jornada laboral (...) no podrán establecer una jornada ordinaria superior a 9 horas”. El convenio estatal de la construcción también establece que la

⁵⁰⁷ Resolución de 28 de diciembre de 2012 por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Renfe Operadora (BOE de 18 de enero de 2013, n. 16).

⁵⁰⁸ Resolución de 19 de julio de 2011, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica España SAU, (BOE 4 agosto 2011, n. 186), Resolución de 28 de diciembre de 2015, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21 enero 2016).

⁵⁰⁹ Resolución de 28 de febrero de 2012 por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción, (BOE 15 marzo 2012, n. 64).

jornada de los trabajadores con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria necesaria para la reanudación o continuidad del proceso productivo, así como del personal que ponga en marcha o cierre el trabajo de los demás, podrá ampliarse por el tiempo preciso sin que el exceso sobre la jornada ordinaria se compute como horas extraordinarias. También este convenio exceptúa de la aplicación del régimen de jornada ordinaria de trabajo previsto, a una serie de actividades que tienen jornadas especiales (art. 72 V Convenio de la construcción).

Por su parte, el Convenio colectivo estatal de la industria textil⁵¹⁰ dispone que la jornada partida de trabajo no tendrá una duración superior de 40 horas semanales y además añade que no superarán las 1799 horas para 2015, las 1797 horas para 2016, ni las 1795 para 2017, horas anuales de trabajo. Respecto a la jornada continuada acuerda el convenio mencionado que todos los sectores tendrán una jornada en cómputo anual de 1818 horas incluido los quince minutos de descanso diarios como de trabajo efectivo.

En sentido parecido, el Convenio colectivo estatal de la industria química⁵¹¹ dispone una jornada laboral máxima anual de 1752 horas de trabajo efectivo en los años 2015, 2016 y 2017, aunque precisa que se respetarán las jornadas existentes que en su cómputo anual sean más beneficiosas para los trabajadores. Detalla igualmente este convenio que las empresas que tengan establecidos tiempos de descanso como tiempo de trabajo efectivo, cuantificarán su duración anual y esta cuantía se deducirá de la duración de su jornada actual, a efectos de la determinación de la jornada efectiva anual, de resultar hecha esta operación, una jornada inferior a la prevista en el convenio, mantendrán dicha jornada, pudiendo en estos supuestos reordenar la misma.

Con efectos generales conviene precisar que en todos los convenios colectivos se establece que “los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (art.

⁵¹⁰ Resolución de 4 diciembre de 2013 por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 diciembre 2013, n. 306), Resolución de 7 de agosto de 2015, por la que se publica y registra el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 21 agosto 2015, n. 200).

⁵¹¹ Resolución de 26 de marzo de 2013, por la que se publica y registra el XII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9 de abril 2013, n. 85), Resolución de 3 de agosto de 2015, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 19 agosto 2015, n. 198).

34.3 párrafo 2º ET).

3.2. Descanso intra-jornada

Cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período se considerará de tiempo de trabajo efectivo cuando así esté fijado o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo, si no se estableciera se recuperará, pero en todo caso se ha de disfrutar dentro de la jornada diaria⁵¹². Cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y treinta minutos, los trabajadores menores de 18 años, tendrán un período de descanso de una duración mínima de treinta minutos.

En este sentido, ni el convenio colectivo de Repsol ni el Convenio colectivo estatal de la Construcción no disponen ninguna regulación específica sobre el descanso dentro de la jornada de trabajo, por lo que será de aplicación lo dispuesto al respecto en el art. 34.4 ET, de tal forma, “cuando la duración de jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo”. Pues bien, en el caso presente no dispone nada acerca de este descanso, por lo que se puede entender que los 15 minutos de descanso dentro de la jornada no se consideran como tiempo de trabajo efectivo.

El convenio colectivo de Telefónica por su parte establece al respecto que “el descanso intermedio de jornada será de 15 minutos. Durante los descansos reglamentarios en jornadas continuadas, el empleado podrá ausentarse de su puesto de trabajo, los referidos descansos se considerarán incluidos dentro de la jornada laboral”. En el caso de los empleados que trabajen a jornada partida disfrutarán el descanso reglamentario en el primer periodo. Este descanso tendrá consideración de trabajo efectivo. Igualmente el Convenio colectivo estatal de la industria textil establece regulación respecto del descanso dentro de la jornada de trabajo y dispone expresamente que “cuando se trabaje en jornada continuada más de seis horas, se entenderán comprendidos en dicha jornada quince minutos de descanso, siendo la jornada de presencia, en cómputo anual,

⁵¹² Sentencia de la Audiencia Nacional que declara que una empresa debe mantener el tiempo del bocadillo como tiempo de trabajo efectivo (SAN 1887/2014).

de 1818 horas, que representan un mínimo de 1762 horas anuales de trabajo real (art. 27.2 Convenio textil). En términos parecidos, el Convenio colectivo estatal de la industria química dispone que “las empresas que tengan establecidos tiempos de descanso como tiempo efectivo de trabajo, cuantificarán su duración anual y esta cuantía se deducirá de la duración de su jornada actual, a efectos de la determinación de la jornada anual efectiva. Si resultase una jornada inferior a la prevista en el convenio, mantendrán dicha jornada, pudiendo en estos supuestos reordenar la misma” (art. 42 Convenio químicas).

3.3. Descanso entre jornadas

Previamente se ha dicho que el art. 34.3 del ET establece que “el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo (...)”. Se trata de un precepto de carácter dispositivo o supletorio que permite que la autonomía colectiva fije otra regulación distinta independientemente de que la misma resulte más o menos favorable para el trabajador. En todo caso, la jornada diaria quedará limitada indirectamente por el descanso mínimo de doce horas que debe existir entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente y tiene carácter imperativo (art. 34.3.1º ET). De este modo, el descanso entre jornadas vela por la salud del trabajador y para que éste disponga de un tiempo mínimo libre, para atender sus necesidades personales.

En este sentido, el convenio colectivo de Repsol dispone para el personal con jornada normal que en los supuestos de trabajo extraordinario realizado con motivo de paradas y grandes reparaciones se disfrute su equivalente en tiempo dentro de los catorce días naturales siguientes a su finalización y como máximo dentro de los 4 meses siguientes de la gran parada o gran reparación; en los supuestos que el descanso sea generado por trabajo extraordinario con motivo de periodos punta, reparaciones perentorias, trabajos urgentes y retenes, su disfrute se programará dentro de los dos siguientes meses. Se sobreentiende que se tiene que respetar el descanso mínimo de 12 horas entre jornadas dispuesto en el ET. Para los trabajadores con jornadas flexibles el convenio dispone que “el trabajador que realice jornadas flexibles de doce horas, no podrá estar en dicha situación más de 21 jornadas continuadamente (...)” y “en ningún caso se incumplirá la premisa de que, entre el final de una jornada completa y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas de descanso”. Respecto a los trabajadores a turnos, el convenio de Repsol dispone que “el descanso entre jornadas será de 12 horas, siempre que no

se considere doblaje. Cuando por tener que cubrir una ausencia, el descanso se reduzca a 8 horas, se le compensará con 4 horas (...)

Por su parte, el convenio de Telefónica establece que “los empleados no podrán ser obligados a superar la duración de la jornada salvo cuando resulte necesario para prevenir o reparar siniestros graves o averías graves (...). Para completar las actuaciones en curso que coincidan con el final de la jornada, estando el empleado en el domicilio o sede del cliente, y que tengan como finalidad la reparación de averías o finalizar trabajos de instalación o alta de servicio, el empleado afectado prolongará su jornada laboral hasta un máximo de una hora”.

En el convenio colectivo de Renfe no hace referencia expresa al descanso entre jornadas, pero en todos los centros de trabajo y dependencias ferroviarias existen los oportunos gráficos de horarios que indican expresamente la distribución del tiempo de trabajo y en el que se respeta en todo caso los mínimos de derecho absoluto necesario, entre ellos, el descanso mínimo de doce horas entre jornadas.

Tampoco el convenio colectivo estatal de la Construcción dispone expresamente el descanso que debe mediar entre jornadas, por su parte el convenio colectivo estatal de la Industria Química dispone que “(...) en todo caso se deberán respetar los descansos mínimos fijados por la Ley”, por lo que en ambos casos se estará a lo dispuesto en el art. 34.3 ET. Por su parte, el convenio de la Industria Textil sí establece de forma expresa el respeto a los descansos mínimos legales entre jornadas y semanales fijando el mínimo de doce horas que dispone la normativa laboral.

3.4. Descanso semanal

La Jornada máxima ordinaria, según reza en el artículo 34.1 ET “será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”, sin que pueda exceder “de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. Tal y como señala Monreal Bringsvaerd, este precepto posee una doble naturaleza jurídica de cara a la autonomía colectiva: norma mínima cuando cuantifica la jornada, y norma *half mandatory* o supletoria cuando la distribuye. De un lado, fija una jornada máxima de cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, de manera que la negociación colectiva sólo puede regular ese extremo en beneficio del trabajador reduciendo la jornada legal y, si fija una jornada mayor que la legal, la correspondiente cláusula convencional deberá tenerse por inexistente y quedará sustituida automáticamente por la jornada máxima establecida en el precepto legal. Y de otro lado, éste fija una distribución

de la jornada en cuarenta horas todas las semanas al tiempo que permite a la autonomía colectiva sustituir el módulo semanal por otro, menor o mayor, siempre que la nueva distribución no implique superar la jornada máxima anual y se respeten los descansos diario, inter jornadas y semanal, así como las fiestas laborales y las vacaciones anuales. De modo que, el módulo semanal no es imperativo.

El convenio colectivo de Repsol no establece expresamente el descanso semanal para los trabajadores con jornada ordinaria, por lo que se estará a lo dispuesto en el art. 34.3 ET. Sin embargo, para los trabajadores con jornada flexible sí dice que tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido. Y para los trabajadores con turnicidad se garantiza el disfrute de dos días de descanso después de siete días de trabajo continuado.

Por su parte, el convenio colectivo de Telefónica establece que “el personal sujeto al ámbito de aplicación del convenio tendrá un periodo de descanso semanal de 2 días consecutivos que, en general, coincidirán con el sábado y el domingo. No obstante, están exceptuadas las actividades indispensables para mantener la prestación regular e ininterrumpida de los servicios de telecomunicaciones y las TIC (...), en el caso de que por cualquier circunstancia excepcional, un empleado no pueda disfrutar el descanso semanal compensatorio por el domingo trabajado, podrá acumular su disfrute por periodos de hasta 14 días (...)”.

El convenio colectivo de Renfe remite a la normativa laboral de Renfe operadora que entre otras cosas dispone el descanso semanal y con carácter general dispone que el personal ferroviario dispondrá de dos días de descanso a la semana. En cuanto a los convenios colectivos estatales de la construcción, de la industria textil y de la industria química, no disponen expresamente la regulación del descanso semanal, por lo que habrá de estar a lo dispuesto en los convenios autonómicos o provinciales aplicables en cada caso, o en lo dispuesto en el calendario laboral de la empresa, pero, en ausencia de ello, se estará a lo establecido en el art. 34.3 ET.

En cuanto a los convenios colectivos estatales no se refieren expresamente al descanso semanal y remiten para la distribución de la jornada a los acuerdos de empresa o bien a lo que disponga en cada caso los convenios colectivos autonómicos o provinciales.

3.5. Otros descansos que influyen en la distribución de la jornada de trabajo

Con carácter general, los límites anteriormente descritos influyen en la determinación de la distribución de jornada y en la elaboración del horario, pero además los convenios colectivos pueden disponer otros días de descanso y determinar el horario de trabajo siempre respetando los límites mínimos previstos en la Ley. Así pues, en el convenio colectivo de Repsol se dispone de dos descansos comunes a fijar en el calendario laboral de común acuerdo entre empresario y sindicatos, o uno cada parte en caso de falta de acuerdo. Así mismo, en los cuatro complejos industriales de Repsol se establecen seis días anuales, adicionales a los días de vacaciones, que han de disfrutarse en el año en curso y esos seis días tendrán la consideración de días disfrutados en jornada ordinaria de invierno a los efectos de cómputo anual de jornada. También existe un descanso en día completo, no acumulable a vacaciones a fijar y a disfrutar dentro del año. Respecto a los descansos generados por trabajo extraordinario realizado con motivo de paradas y grandes reparaciones el convenio de Repsol establece que se disfrutarán dentro de los catorce días siguientes a la finalización de la parada o gran reparación, se programará su disfrute de común acuerdo entre el mando y el trabajador. Dicho disfrute deberá tener lugar como máximo dentro de los 4 meses siguientes. Si se trata de descansos generados por trabajo extraordinario realizado con motivo de periodos punta, reparaciones perentorias, trabajos urgentes y retenes, su disfrute se programará, de común acuerdo entre el mando y el trabajador, en el plazo de dos meses de haberse generado. Las horas acumuladas a fin de año y no descansadas se planificarán obligatoriamente para su disfrute en el calendario del año siguiente. La empresa podrá establecer temporalmente jornadas flexibles dadas las especiales características de la actividad empresarial, así para los trabajadores con jornadas flexibles la distribución irregular a lo largo del año deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario previsto en el ET. Además, el trabajador que realice jornadas flexibles de doce horas, no podrá estar en dicha situación más de 21 jornadas continuadas, teniendo derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido. En cuanto a los trabajadores con régimen de turnicidad el convenio regula el horario de los tres turnos de trabajo, hora de entrada y salida, así como el descanso entre jornadas e intrajornada y los días de descanso semanal y anual (art. 33.2 Convenio Repsol).

En cuanto al convenio colectivo de Telefónica menciona en su articulado

que “con carácter general, todo el personal, sea cual fuere el grupo o puesto profesional al que pertenezca, se regirá por el horario establecido para el servicio en el que esté trabajando”, a lo que añade el mismo precepto lo siguiente: “se podrán establecer disponibilidades necesarias para garantizar el servicio que se presta a los clientes en aquellas unidades que se precisen”. En caso de jornada partida se establece que la distribución de jornada será de 38 horas semanales en invierno y 35 horas en verano, para los empleados que no estén sujetos a turnos o a horarios específicos relacionados con su actividad en los términos previstos en el convenio aplicable. La distribución de jornada que establece dicho convenio es, por un lado, de jornada continuada con una duración de siete horas y treinta minutos diarios de lunes a viernes todo el año; y por otro lado, una jornada partida con una duración desde el 1 de septiembre al 30 de junio de ocho horas de lunes a jueves y los viernes de seis horas en jornada continuada; y en los meses de julio y agosto de siete horas de lunes a viernes en jornada continuada, de acuerdo con unos horarios fijados en el art. 73.1 del citado convenio. También expone tal convenio que los días de descanso a que tenga derecho el personal por cualquier motivo excepto por compensación semanal de turnos ordinarios trabajados en domingo, podrán acumularse, a petición del empleado afectado, siempre y cuando no se perjudique el disfrute de las vacaciones de otros empleados y las necesidades del servicio lo permitan y como norma general, los días en cuestión se disfrutarán en el año en curso, salvo los descansos originados en el mes de diciembre, que podrán acumularse a los del año siguiente.

El convenio colectivo de Renfe remite a la normativa laboral elaborada por la empresa, y dicha normativa dispone en rasgos generales que “será en los centros de trabajo y dependencias ferroviarias donde se establecerán los horarios” añade que “se exceptúa el caso del personal cuyas funciones exijan iniciativa y libertad de acción incompatibles con un horario fijo, si bien, su volumen será el adecuado a cuarenta horas semanales” (art.189 de la normativa laboral).

Por otro lado, el convenio colectivo estatal del sector de la Construcción establece que las empresas que elaboren un calendario laboral distribuyendo la jornada laboral pactada antes del día 30 de enero de cada año en los centros estables y en las obras con objeto de coordinar las actividades en la empresa, se regirán por el mismo. En dicho calendario se establecerán los días laborables y las horas diarias, que no podrán ser más de nueve. En el caso de que no haya calendario, se observará el calendario establecido en el convenio provincial o autonómico aplicable. Tanto los convenios autonómicos como los provinciales pueden elaborar un

calendario distribuyendo la jornada anual pactada. Debido a las características de la actividad se prevé que los convenios provinciales teniendo en cuenta las diferentes condiciones climatológicas que inciden sobre las diversas ubicaciones de los centros de trabajo, podrán distribuir de manera variable la jornada máxima anual, siempre con el límite de las nueve horas de trabajo efectivo al día.

El convenio colectivo estatal de la industria química dispone que en el ámbito de la empresa, previa negociación y acuerdo con los representantes de los trabajadores, podrá establecerse un calendario de distribución irregular de la jornada, que implique la posibilidad de superar el tope máximo diario de 9 horas, de acuerdo con lo previsto en el art. 34 ET. Además, el convenio establece que la dirección de la empresa podrá disponer como jornada u horario flexible de hasta 100 horas cada año de vigencia del convenio, que consideradas de naturaleza ordinaria, a pesar de su carácter irregular, formarán parte del cómputo anual de la jornada. Tales horas flexibles pueden superar el tope diario de 9 horas. Aunque si bien, para la aplicación de la hora flexible se tendrá en cuenta los criterios de causalización y explicación de las razones técnicas, productivas u organizativas que lo justifiquen, y con un preaviso de al menos cinco días. Se exceptúa de la prolongación de jornada consecuencia de la distribución irregular o aplicación de horas flexibles, a los trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia.

Y por último, el convenio colectivo estatal de la industria textil se decanta por aplicar un sistema de flexibilidad en la ordenación de su jornada solo limitado por el total de horas anuales pactadas en el convenio, o las que a nivel de empresa fuesen inferiores a dicho límite, así como el descanso mínimo entre jornadas y los máximos estatutarios de diez horas diarias y cincuenta semanales. Añade el convenio que a falta de aplicar la norma general, se podrán utilizar dos procedimientos alternativos; uno de ellos consiste en que el número de semanas de horario modificable sean como máximo diecisiete al año; y el otro procedimiento determina que la empresa podrá distribuir de manera irregular, a lo largo del año, el 10% de horas de la jornada efectiva que en cada momento regule el convenio.

A fin de enfatizar lo anterior, podemos decir que en la negociación colectiva se constatan dos grandes tendencias a la hora de abordar la jornada diaria. La primera es que la negociación colectiva fije la jornada diaria, y puede mantenerla dentro de los límites que establece el art. 34.3.2º y 3º del ET o no. La autonomía colectiva suele detallar con precisión la duración de la jornada diaria a través del horario, como se ha visto en los convenios colectivos estudiados. En este sentido, es pauta

común que los convenios colectivos fijen una jornada diaria fija, inferior o igual a nueve horas. Esta jornada puede ser la misma todos los días de la semana y/o del año y también puede variar a lo largo de la semana o del año (por ejemplo, de invierno a verano como es el caso de algún convenio mencionado). También, algunos convenios colectivos fijan la jornada anual y remiten su distribución a los acuerdos de empresa, pero imponiéndoles límite en cuanto a la duración máxima diaria.

Otra tendencia consiste en permitir jornadas ordinarias de más de nueve horas diarias. Así, algunos convenios colectivos admiten una distribución irregular de la jornada semanal si media visto bueno del trabajador y cuando las necesidades de la empresa lo requieran, debiéndose informar a la representación de los trabajadores, siendo dable entender que entre las diversas posibilidades de distribución irregular de la jornada semanal que podrían pactarse o, en su caso, establecerse se contiene la que se acaba de señalar, máxime cuando el convenio previene que la jornada diaria queda limitada por el descanso ínter jornadas. Otros convenios programan la jornada en ciclos superiores a la semana permitiendo que la jornada pueda exceder de nueve horas al día. En estos casos, las horas que sobrepasan las nueve horas diarias son compensadas por tiempo de descanso en otro momento del año y no tienen la consideración de extraordinarias. También algún convenio colectivo dispone regímenes distributivos flexibles de la jornada laboral que permiten al empresario ampliar la jornada diaria tipo o estándar superando el tope de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo (por ejemplo, a través de bolsa de horas flexibles). Por otro lado están los convenios colectivos que no fijan la jornada diaria y se limitan a señalar la jornada semanal y/o la jornada anual como es el caso de los convenios colectivos estatales de la industria química y de la construcción que se remiten a lo que dispongan la empresa, o bien el convenio colectivo autonómico o provincial.

4. Bibliografía

De la Puebla Pinilla, A., “Cláusulas convencionales ilícitas: un estudio jurisprudencial”, en García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (Directores), *Clausulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, 2015.

Escudero Rodríguez, R., “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1999.

- Ezquerria Escudero, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, 2006.
- Falguera Baró, M.A., *Jornada y horario: flexibilidad contractual del empresario*, Thomson Reuters, 2015.
- Gorelli Hernández, J., “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV., *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2013.
- Martínez Yañez, N.M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 5 de mayo de 2013, <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *El problema del paro y la flexibilidad del empleo. Informes sobre un debate*, Madrid, 1991.
- Monreal Bringsvaerd, E., “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 10 de octubre, 2014.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 12, 2010, <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>.
- Trillo Párraga, F.J., “Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 12, 2010.

Reseña de jurisprudencia

STS 3 de febrero de 2015 (rec. 7/14); STS de 30 de abril de 2004 (RJ 2004,3706); STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991,174); STSJ Castilla y León, de 18 de septiembre de 1989 (AS 1989,1955); STS de 22 de septiembre de 1981 (RJ 1981,3438); STSJ Cataluña, de 5 de junio de 2007 (AS 2007,2706); STSJ Castilla y León de 6 de julio de 1998 (AS 1998,6190); STSJ Galicia de 18 de abril de 1996 (AS 1996,1961); STSJ Murcia de 17 de enero de 1994 (AS 1994,88); STSJ Madrid de 8 de octubre de 1993 (AS 1993,4646); STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985 (RTC 1985,19).

Convenios colectivos de empresa y estatales

Resolución de 4 diciembre de 2013 por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 diciembre 2013, n. 306).

- Resolución de 7 de agosto de 2015, por la que se publica y registra el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 21 agosto 2015, n. 200).
- Resolución de 26 de marzo de 2013, por la que se publica y registra el XII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9 de abril 2013, n. 85)
- Resolución de 3 de agosto de 2015, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 19 agosto 2015, n. 198).
- Resolución de 28 de diciembre de 2012 por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Renfe Operadora (BOE de 18 de enero de 2013, n. 16).
- Resolución de 19 de julio de 2011, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica España SAU, (BOE 4 agosto 2011, n. 186).
- Resolución de 28 de diciembre de 2015, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21 enero 2016).
- Resolución de 28 de febrero de 2012 por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción, (BOE 15 marzo 2012, n. 64).
- Resolución del 30 de mayo de 2012 por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA (BOE 13 junio 2012, n. 141).
- Resolución de 26 de mayo de 2015, por la que se registra y publica el X Convenio de Repsol Petróleo SA, (BOE 11 de junio de 2015, n. 139).

Aplicabilidad de la Teoría del Conflicto en materia laboral en Colombia*

Omar Ernesto CASTRO GÚIZA**
Lucas CABALLERO MARTÍNEZ**

RESUMEN: Se trata en el presente documento de involucrar los conflictos colectivos de trabajo, en la teoría del conflicto en aras de buscarles solución por los mismo sujetos en contienda, los cuales “podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias” presentadas, (Ley 1210 de 2008, art. 1). Para ello *ab initio* es preciso señalar que el conflicto en sentido general, amplio o lato viene de *conflictus*, conflagere que significa lo más recio de un combate, chequeo, combate prolongado. Visto desde el punto de vista laboral el conflicto, es considerado como “la diferencia de intereses entre dos partes”, (empleadores y trabajadores), estos últimos como agremiaciones sindicales, lo cual presenta un impacto en la convivencia humana desde la familia, como núcleo social hasta las estructuras organizacionales (Empresas). Se hace una reflexión sobre los diferentes conceptos que han emergido como producto del análisis, incluyendo la efectividad de esta teoría en la resolución de problemas de esta naturaleza, partiendo de las causas que lo originan hasta el desarrollo del mismo, teniendo en cuenta su dinámica, y la solución del conflicto a través de los mecanismos precitados. Para el efecto se acude a la revisión bibliográfica, deduciendo su condición dirimible bajo una propuesta metodológica.

Palabras clave: Teoría del Conflicto, Conflicto laboral, Agremiaciones sindicales, Empleadores, Trabajadores, Conducta social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema. La Teoría del Conflicto y su aplicabilidad en la resolución de problemas colectivos de trabajo. 3. Hipótesis. 4. Objetivos. 5. Diseño Metodológico. 6. Justificación. 7. Estado del arte. 8. Marco teórico conceptual. 9. Conclusiones. 10. Resultados esperados. 11. Bibliografía.

* Artículo de reflexión, Grupo de Investigación Trabajo y sociedad, Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.

** Abogado, especializado en Derecho Laboral, Magister en Derecho, Doctor en Derecho(ç). Profesor Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué.

*** Abogado especializado en Docencia Universitaria, Magíster en Educación, Profesor Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.

Applicability of the Theory of Conflict in labor issues in Colombia

ABSTRACT: It is in the present document to involve the collective labor disputes, in the theory of conflict for the sake of working out solutions for the same subject in the contest, which “may agree on any mechanism of composition, conciliation or arbitration to end the differences” presented, (Law 1210 of 2008, art. 1 °). For this reason *ab initio* it should be noted that the conflict in a general sense, broad or lato comes from treatise *Conflictus vitiorum atque, configere* which means the more stout of an engagement, checked, prolonged combat. Seen from the point of view the labor conflict, is considered as “the difference in interest between two parties “, (employers and workers), the latter as trade union federations, which has an impact on human society from the family, such as social nucleus until organizational structures (Companies). It is a reflection on the various concepts that have emerged as a product of the analysis, including the effectiveness of this theory in the resolution of problems of this nature, starting from the causes to the development of the same, taking into account its dynamics, and the solution of the conflict through the mechanisms described above. For the effect looks to literature review, by deducting your condition arbitrability under a methodological proposal.

Key Words: Conflict Theory, labor-management conflict, trade union federations, employers, workers, social behavior.

1. Introducción

González² (2006), define el conflicto laboral como “un fenómeno habitual al coexistir en el mundo de las relaciones laborales dos componentes claramente contrarios: de una parte los empresarios y de otra los trabajadores, donde los intereses son contrapuestos” (p. 7), que acuñado por lo expuesto por Barreto y otros (2002) donde se determina una diferencia de intereses entre los actores, que para el análisis se denominan las partes³.

En este orden, vale la pena reconocer la coexistencia de los conflictos tanto individuales como colectivos, en donde se enfatiza esta última clasificación dado que sus actores principales se enmarcan en los trabajadores agremiados y representados por una organización sindical, pues siguiendo a González (2006) “los conflictos colectivos son aquellos que afectan a varios trabajadores” (p. 8), y algunos de ellos protegidos por el fuero sindical, tal como lo establece el artículo 405 del Código Sustantivo de Trabajo (CST).

El conflicto nace con la aparición de desacuerdos de las partes, comoquiera que, Calderón (2009) lo define como “una constante en la historia de la humanidad”⁴ (p. 60). Históricamente, los conflictos laborales han hecho presencia desde que se suscribe las relaciones del trabajo, entendidas estas como “una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración”⁵, en la cual se puede apreciar la coexistencia de los actores personas o cosas, que propician esta situación de desacuerdo, considerada como esencia del conflicto, pues en voces de Raymond Aron, citado por De Souza Barcelar, (2009), definen al conflicto como “Oposición entre grupos e individuos por la posesión de bienes escasos o la realización de valores mutuamente incompatibles”⁵ (p. 1), trayendo consigo que los actores, no solo se refiere a personas o individuos, sino a grupos que involucra un objeto de conflicto, hecho que

² González, M., *Gestión de Conflictos laborales*, Edición Innova, Impreso por Antakira Grafic, Madrid, 2006.

³ *Ibid.*

⁴ Calderón, C., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, n. 2, 2009.

⁵ Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

⁵ De Souza, L., *Una mirada genérica de los conflictos. Contribución a las ciencias sociales*, 2009. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/lb.htm>

se corrobora con lo dicho por Joice Hocker y William Wilmot, citados por Laderach (2000) cuando afirman que el conflicto es: “Lucha expresada entre, al menos, dos personas o grupos interdependientes, que perciben objetivos incompatibles, recompensas escasas, e interferencias del otro en realizar sus metas”⁶ (p. 57).

Por tanto el presente artículo da un vistazo a los diferentes conceptos de la Teoría del Conflicto, teniendo en cuenta su aplicabilidad en la resolución de conflictos colectivos de trabajo.

2. El problema. La Teoría del Conflicto y su aplicabilidad en la resolución de problemas colectivos de trabajo

Las teorías existentes sobre el conflicto social permiten entender la necesidad de contar con un cierto orden dentro de la sociedad, cuyos miembros deben integrarse. Para esto deben desarrollarse políticas de consenso e instrumentarse acciones de coerción.

El conflicto puede analizarse a partir de diversas perspectivas a nivel social. En general se lo entiende a través de la moral o la justicia, con consecuencias negativas ya que puede destruir o hasta desintegrar una sociedad. Se puede aceptar, de todas maneras, que el conflicto tenga una función positiva gracias a su dinamismo a través del cual se promueve el cambio social.

Fuera de la política o de la sociología, se puede entender al conflicto como algo mucho más cotidiano y sin grandes efectos.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, puede definirse conflicto así: “Lucha, enfrentamiento, oposición entre personas o cosas. Apuro, situación agitada o difícil. Cuestión que se debate, materia de discusión. PSICOL. Existencia de tendencias contradictorias en el individuo, que generan angustia e incluso trastornos neuróticos”⁷.

En este orden, se percibe el conflicto, de acuerdo con Kenneth Boulding, citados por Castillo⁸ (2007) como “(...) una forma de conducta competitiva entre personas o grupos. Ocurre cuando dos o más personas compiten sobre objetivos o recursos limitados percibidos como incompatibles o realmente incompatibles” (p. 47), trayendo a colación la conducta como una forma del comportamiento de las personas desde la individualidad y como miembro de un conglomerado social, que para el

⁶ *Íbid.*

⁷ Diccionario Enciclopédico Salvat., 2010.

⁸ Castillo, O., *El desarrollo, progreso o elución. Aportes para el debate en el ámbito rural*, Editora académica, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

asunto que hoy ocupa la atención, son los trabajadores integrantes de una corporación o agremiación sindical. Corroborando lo expresado por Peter Wallensteen, citado por Salazar⁹ (2005) cuando afirma que el conflicto es “situación social en la cual un mínimo de dos partes pugna al mismo tiempo para obtener el mismo conjunto de recursos escasos” (p. 75), presenta las siguientes acepciones: se presenta cuando el instinto se enfrenta a las exigencias del medio; es una lucha de tendencias internas o deseos opuestos y contradictorios, de naturaleza inconsciente; es una lucha de tendencias externas o deseos opuestos y contradictorios de naturaleza consciente, considerando que es una respuesta emocional dada a una situación que exige respuestas incompatibles y que provoca respuestas que en sí sirven a una función motivacional, de tal suerte que el conflicto define al conjunto de dos o más hipotéticas situaciones que son excluyentes entre sí, lo que se traduce en que no pueden darse en forma simultánea. Por lo tanto, cuando surge un conflicto, se produce un enfrentamiento, una pelea, una lucha o una discusión, donde una de las partes intervinientes intenta imponerse a la otra.

Vale la pena, entonces retomar a Santos citado por Dávalos¹⁰ (2011) cuando define el Conflicto Laboral como “las diferencias que pueden suscitarse entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, como consecuencia o con motivo del nacimiento, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo” (p. 216), denotándose, por consiguiente que el conflicto posee unas causas, que emergen de una crisis, entendida ésta en palabras de De Castro¹¹ (2008), como “aquella situación de dificultades más o menos graves”, o “situación dificultosa o complicada, después de la cual se produce una mejoría o empeoramiento” (p. 6). En este sentido se puede entender que el conflicto laboral nace de una crisis que en esta materia se presenta. En este orden cabe preguntarse, ¿Si la aplicabilidad de la teoría del conflicto propicia una ruta adecuada de la resolución de los problemas colectivos de orden laboral?

Antes de adentrarse en este interrogante se hace necesario conceptuar sobre las causas que emergen del conflicto, sus elementos y proceso, desde la perspectiva general, para luego bajarla a los conflictos que se presentan en materia laboral.

⁹ Salazar, R., *Gobernabilidad en crisis. Delito, conflicto y violencia en América Latina*, Libros En Red, 2005, Colección Insumisos Latinoamericanos.

¹⁰ Dávalos, J., *Derecho individual del trabajo*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2011.

¹¹ De Castro, C., *Conceptos de crisis*, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Recuperado de http://www.iuisi.es/15_boletines/15_2008/concepto_de_crisis.pdf

3. Hipótesis

Los principios de La teoría del Conflicto constituyen un instrumento ideal en la resolución de conflictos colectivos laborales.

4. Objetivos

Los principios de La teoría del Conflicto constituyen un instrumento ideal en la resolución de conflictos colectivos laborales.

4.1. Objetivo General

Determinar normativamente la efectividad de la resolución de problemas laborales, mediante la aplicación de los conceptos de la Teoría del Conflicto.

4.2. Objetivos Específicos

Conocer los diferentes conceptos de la Teoría del Conflicto tanto general como laboral.

Identificar los procedimientos legales expresados en la Teoría del Conflicto en la resolución de problemas de carácter laboral.

5. Diseño Metodológico

El presente artículo utilizará un método de investigación descriptivo y explicativo, que en palabras de Hernández, Fernández y Baptista¹¹ (2003), al señalar que “los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestran un evento, una comunidad, un fenómeno, hecho contexto o situación” (p. 120). De otra parte se acude al Análisis histórico, de acuerdo con Torres¹² (2011) “significa estudiar y examinar los fenómenos como producto de un determinado desarrollo, desde el punto de vista como han aparecido, evolucionado y llegado al estado actual” (p. 93). En la labor de

¹¹ Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P., *Metodología de la Investigación*, 4^o Edición, México, 2006.

¹² Bernal, C., *Metodología de la Investigación para administración, economía y ciencias sociales*, 3^o Edición, Editorial Pearson, México, 2010.

la recolección de la información se acudirá a fuentes secundarias; constituidas por la Constitución política de 1991, leyes, decretos, pronunciamientos de la Corte Constitucional y documentos de centros académicos, además, las fuentes que proceden a documentos publicados por la ONU, OIT, instituciones gubernamentales, libros y artículos relacionados.

6. Justificación

Retomando a Pérez (1982) citado por Dávalos (2011), los conflictos laborales son “las fricciones que pueden producirse en las relaciones de trabajo” (p. 216). Esto trae consigo que el conflicto es una conducta natural del ser humano, que entre otros elementos existen intereses particulares que en cierto modo son el objeto del conflicto. Al hablar de intereses particulares se hace referencia a los intereses que poseen las partes actoras y pasivas del conflicto bien sea en forma individual como colectiva, que para el presente análisis se hace desde esta última.

La importancia de conocer los efectos de la aplicabilidad de la teoría del conflicto en la resolución de problemas laborales reviste de gran relevancia toda vez que facilita el proceso dando la posibilidad de estructurar de manera sistemática los elementos del problema y la manera de solucionarlo de acuerdo a su naturaleza.

Mediante el análisis de contenido se obtiene la información relevante que permita conocer la efectividad de la Teoría del Conflicto en la resolución de problemas.

7. Estado del arte

7.1. Antecedentes

7.1.1. El Derecho Colectivo del trabajo a nivel internacional

De acuerdo con De la Cueva (1968) citado por Ospina¹², “las instituciones del derecho colectivo del trabajo nacieron antes de su reconocimiento y de su reglamentación legales; el orden jurídico reconoció la coalición, la asociación profesional, la huelga y el contrato colectivo tiempo después de

¹² Ospina, E., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Tercera Edición, Bogotá, 2013.

su existencia, cuando el Estado perdió fuerza y no logró destruirlos” lo que demuestra que el derecho laboral, individual y colectivo surge de manera desigual en los diferentes países donde se presenta la sociedad capitalista e industrial, como Francia, Alemania y Estados Unidos. Esto está demarcado por la Revolución Industrial cuyas consecuencias se representan en la adopción de “medidas sobre el salario mínimo, las jornadas de trabajo de ocho horas, prestaciones sociales, seguridad social, derechos de asociación, negociación, huelga y tribunales” (Ospina, 2013), con la Revolución Industrial en 1760, en Inglaterra, donde se evidencia entre otras características la contratación asalariada, y emergen “los dos sujetos básicos y centrales de todo el derecho laboral: el capital y el trabajo, el empleador y el trabajador, la empresa y el sindicato”¹³ (p. 29).

En 1834 se organiza la Gran Confederación de Trabajadores Ingleses quien convoca a una huelga general que fracasó y trajo como consecuencia la disolución del movimiento sindical en 1835.

Con el tiempo, en 1887 se funda la Confederación General del Trabajo. De allí, se logran importantes conquistas laborales tanto en Francia como en Europa.

Otro factor importante que marcó un hito en el desarrollo del conflicto laboral se atribuye al surgimiento del marxismo y la Iglesia Católica que aportan al movimiento obrero y sindical a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, donde se enfatiza sobre la ideología comunista de Stalin y la socialista, cuestionando al capitalismo como un sistema social.

“La Primera Guerra Mundial (1914-1918) y la Revolución Rusa (Octubre de 1917) produjeron profundos cambios económicos, políticos con un realineamiento sindical que quedó definitivamente configurado terminada la Segunda Guerra Mundial” (Ospina, 2013). Entonces se presentan dos grandes corrientes sociales plenamente definidas y con representación internacional: el comunismo o socialismo representado por la URSS y el capitalismo con representación en los Estados Unidos y Europa Occidental. Hubo poca participación de los trabajadores en el gobierno de los diferentes países que siguieron los lineamientos sugeridos por la URSS. Esta situación se extendió en Asia, África y América Latina.

Con el ánimo de estandarizar el derecho laboral en el mundo capitalista, se creó la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que da parámetros generales que se deben implementar en la legislación nacional de los países inscritos.

Otro hecho importante que impacta el conflicto laboral a nivel internacional está representado por la desintegración de la URSS y la crisis

¹³ *Ibid.*

económica como consecuencia de la finalización del boom económico, trayendo consigo la crisis económica de los años 30.

Por estos tiempos se fortalece la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, CIOSL, como consecuencia del fracaso del comunismo penetrando en Rusia y Europa y en movimientos sindicales como la CUT de Brasil y Colombia. Actualmente la Confederación Mundial del Trabajo agrupa organizaciones sindicales con influencia de la Iglesia Católica y la Democracia Cristiana, gracias a la desintegración de la URSS y caída del sistema socialista.

7.1.2. La historia del conflicto laboral en Colombia

Los conflictos laborales son una parte integral de las relaciones del trabajo, de donde surgen los movimientos sociales y los conflictos laborales, originados por la explotación del hombre por el hombre, donde se mostraban las grandes diferencias sociales representadas por el poder que los dueños de la riqueza ejercían sobre los más desprotegidos.

Este recorrido, de acuerdo con Delgado¹⁴ (1998), cuando en Colombia se presentan grandes transformaciones originadas por la instalación de grandes plantas azucareras y de textiles a partir del siglo XVIII y venideros, donde se presentan las relaciones laborales.

En los primeros treinta años del siglo XX se presenta la primera acción obrera organizada en la costa Caribe. Es importante la influencia de la Guerra Mundial donde se acogieron en esta zona activistas sindicales provenientes de Europa. En 1920, existe una obsesión por la representación gremial a nivel nacional, donde hace aparición la Confederación Obrera Nacional.

De otra parte el movimiento sindical nace en 1899 en tiempos de la separación de Panamá y la lucha obrera de las bananeras.

Los antecedentes normativos generales del sindicalismo en Colombia comenzaron con la ley 78 de 1919, sobre los conflictos colectivos; con la ley 21 de 1920, sobre la conciliación y el arbitramento; y, con la ley 83 de 1931, sobre la creación y organización de los sindicatos. Esta ley es considerada como el primer estatuto que regula de manera integral la actividad sindical, constituyendo un gran avance en materia laboral. Simultáneamente se desarrolla la Violencia y el crecimiento laboral en el mundo donde se institucionalizan las luchas obreras.

¹⁴ Delgado, A., "Movimientos sindicales en la historia de Colombia", *Revista Credencial Historia*, n. 117, 1999.

En 1936 se creó la Confederación de Trabajadores de Colombia, CTC, considerada la primera confederación de trabajadores, y se obliga al empresario a reconocer la existencia de los sindicatos a través de la ley comentada en el párrafo anterior.

En 1945 termina la era del sindicalismo heroico. En 1946 aparece la Unión de Trabajadores de Colombia, UTC, en medio de un proceso de industrialización por el cual atravesaba el país, al cual se unió la Iglesia Católica.

En 1974 el sindicalismo alcanza su auge con la caída del Frente Nacional, sin embargo, la UTC pierde fuerza por factores asociados a la mediocridad y ambición a intereses particulares, razón por la cual aparece la Central Unitaria de Trabajadores, (CUT) considerada como la confederación de trabajadoras más representativa que ha tenido el país en el atardecer del siglo pasado y los albores del presente.

En este breve pero conciso paseo histórico se demuestra que el conflicto laboral en Colombia ha sido una constante, en la que se busca el amparo de los trabajadores y la conquista de nuevos derechos y de otros que parecen ya perdidos.

8. Marco teórico conceptual

En varias oportunidades se han presentado los diferentes conceptos que sobre el conflicto existe acotándolas a los conflictos laborales. Es importante resaltar que la estructura general de la teoría del conflicto se enmarca en el conflicto como conducta social. Sin embargo, vale la pena destacar, siguiendo a Pérez¹⁵ (2010), que la “globalización internacionaliza los conflictos de trabajo y obliga a los actores a pensar y actuar en este nuevo escenario” (p. 442), con características propias de la aldea global, lo que induce a pensar que el conflicto tiene una evolución histórica y que se acomoda al medio en que se presenta, ajustándose a los nuevos modelos de empresa con estructuras y características específicas de acuerdo a la naturaleza de las organizaciones modernas y posmodernistas.

El conflicto laboral es, siguiendo a Alós-Moner y Martín¹⁶ (2002) como “la fuerza motriz de las relaciones laborales en la medida en que sus diferentes procesos están diseñados para frenar el descontento” (p. 28).

Es claro determinar que el conflicto no nace de la nada, es el producto de

¹⁵ Pérez, F., “El conflicto laboral en la actualidad: Los nuevos Conflictos”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, n. 1, 2010, Universidad Talca.

¹⁶ Alós-Moner, R. y Artiles, A., *Teorías del conflicto y negociación laboral. Una perspectiva sociológica*, Editorial UOC, 2002.

una crisis donde las partes han sido afectadas, razón por la cual se exponen algunas de las causas del conflicto a nivel general.

En resumen, el Conflicto Laboral se puede definir como “un conflicto social tanto por las partes oponentes, como por su propio objeto, origen y consecuencias y que podemos caracterizarlo por el hecho de que las partes litigantes participan directamente en el proceso de la producción, su relación es original y principalmente laboral, el objeto del conflicto está vinculado a tal relación y es un instrumento para su consecución”. Fernández¹⁷ (2003, p. 9).

8.1. Causas del conflicto

Para que un conflicto se produzca hace falta que existan causas subyacentes que pueden ser conscientes o inconscientes. En algún lugar o de algún modo tiene que surgir y esas causas pueden ser profundas o superficiales, de acuerdo a dicha importancia el conflicto será más o menos grave. Siempre los conflictos se originan por algo.

De acuerdo con Amorós, M., Campos, F. & Pastor, X.¹⁸ (2000), existen tres factores que propician la aparición de un conflicto y que a la vez pueden proporcionar las condiciones indispensables para su gestión: factores culturales, que representan la suma de todos los mitos, símbolos, valores e ideas que sirven para justificar la violencia o la paz; los factores estructurales, definidos como aquellos condicionantes que perpetúan las desigualdades, la falta de equidad, la explotación, etc.; y los factores de comportamiento, que son producto de los factores culturales y estructurales y se materializan en conductas agresivas (de tipo físico o verbal) o por el contrario en comportamientos de diálogo favoreciendo el entendimiento y el respeto.

De otro lado, se afirma que, respecto de las causas que determinan o provocan un conflicto se encuentran las siguientes: (i) Los conflictos de relación y comunicación, que son aquellos que se deben a fuertes emociones negativas, a percepciones falsas o estereotipos, o a la escasa comunicación entre las partes. Conducen a una espiral de escalada progresiva del conflicto destructivo; (ii) Los conflictos de información, originados por la falta de información necesaria para tomar las decisiones

¹⁷ Fernández, M., *Génesis y dinámica del conflicto laboral: aportaciones a un modelo multidimensional y sistémico (I)*, España: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2003.

¹⁸ Amorós, M., Campos, F. y Pastor, X., *Mediación comunitaria y gestión alternativa de conflictos en Cataluña. Una guía para la gobernabilidad*, Editorial Ventana Abierta, Cataluña (España), 2000.

adecuadas por lo que se interpreta de manera diferente la situación o no se le asume el mismo grado de importancia; (iii) Los conflictos de intereses, originados por la competición entre necesidades no compatibles o percibidas como tales. También pueden ser de tipo psicológico y comportan percepciones de desconfianza, juego sucio, intolerancia, etc; (iv) Los conflictos de valores, causados por los diferentes criterios de evaluación de ideas, creencias o comportamiento que se perciben como incompatibles. El conflicto estalla cuando estos valores se intentan imponer por la fuerza a la otra parte que los percibe como negativos, no importante o no propios para una persona en la cual se encuentra involucrada en cierto problema; y, (v) Los conflictos de roles, de poder, de autoridad y de acceso a los recursos, que se deben a pautas destructivas de comportamiento, de desigualdad del control o distribución de recursos, de desigualdad de poder y autoridad, de restricciones del tiempo, etc.

En el contexto laboral, Pinilla¹⁹ (1972) asegura que las causas del conflicto laboral se resumen en el entorno que el empleador propicia mediante la culpabilidad del trabajador al generar la crisis. Esta conducta obedece a su incapacidad de administrar. En otro aparte, el conflicto se atribuye a situaciones de antagonismo, representado por el incumplimiento de lo pactado entre los actores del conflicto, como cuando el sindicato o los trabajadores reflejan sus conflictos colectivos de trabajo acudiendo a la huelga y sus otras soluciones, entre ellas el tribunal de arbitramento obligatorio (arts. 429 y 452 CST), y cualquier otro mecanismo de composición y la conciliación (Ley 1210 de 2008, art. 1).

En síntesis, de acuerdo a lo planteado por Pinilla²⁰ (1972) existen causas de tipo psicológico, administrativo, condiciones laborales y tecnológicas y causas de tipo socio económico y político.

En este orden, se puede apreciar que las causas anteriormente descritas, se asimilan a las determinadas por Amorós y otros cuando definen en forma general las causas del conflicto desde el punto de vista cultural, estructural y de comportamiento, pues el comportamiento se asimila a las causas psicológicas y culturales, mientras que desde la perspectiva estructural, se asimila a las causas estructurales y a las condiciones laborales y tecnológicas.

En fin: los orígenes posibles en la configuración del conflicto en sentido general como de índole corporativo sindical, reiterase, se debe a poderosas emociones negativas en ocasiones intensas (cuando alguien se siente

¹⁹ Pinilla, A., *Las relaciones humanas y laborales en la empresa*, Editores técnicos asociados S. A. Barcelona, 1972.

²⁰ *Ibid.*

irritado, ofendido, frustrado, temeroso, no está capacitada para mantener una discusión racional), por cuanto lo invaden percepciones falsas o estereotipos, escasa o falsa comunicación o conductas negativas repetitivas.

Estos problemas llevan a lo que frecuentemente se denominan conflictos irreales o innecesarios, en los que se puede incurrir aun cuando no estén presentes las condiciones objetivas para un conflicto, tales como recursos limitados o metas mutuamente excluyentes. Los problemas de relación dan paso a discusiones y conducen a una innecesaria espiral progresiva de conflictos destructivos. Muchos de los conflictos que obnubilan el intelecto humano contienen un amplio componente de relación negativa, consiguiendo modificar la percepción que cada parte tiene de la otra o escuchándose las necesidades psicológicas y hasta espirituales, que en la mayoría de los casos modifican muchas veces los intereses de las partes en el acercamiento o lejanía de posturas.

8.2. Elementos del conflicto

Siguiendo a Lederach²¹, los elementos del conflicto son las personas implicadas, los elementos propios del proceso seguido por el conflicto y del problema que subyace a él.

Todos los conflictos interpersonales tienen un esquema común básico y sencillo. Los tres elementos comienzan por P y son Personas/Partes, Problema y Proceso. La falta de uno de estos elementos rompe el paradigma que tiene el concepto de conflicto, permitiendo que éste pierda su existencia.

Al referirse a las personas, permite la identificación de los protagonistas principales, y los secundarios en conflicto llevarán a una primera tipología de los conflictos, y así poder hablar de conflictos intrapersonales, interpersonales, intergrupales, etc. Así las cosas, vale la pena señalar los siguientes interrogantes:

¿Quién está implicado en este conflicto? ¿Hay otros implicados no directos que tengan algún interés en el tema? ¿Alguien que pueda ayudar a la resolución del conflicto? ¿Alguien que pueda interferir en la resolución del conflicto? ¿Alguien tiene capacidad para tomar decisiones? ¿Hay implicados que estén agrupados? ¿Tienen representantes?

En cuanto al problema, se denota que es la exposición más completa,

²¹ Lederach, J., *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Libros de la Catarata, Madrid, 2000.

donde se encuentran reflejados los tipos de “problemas”, que habitualmente afectan a los conflictos lo han realizado Louise E. Samrt y Bernard S. Mayer de la CAR Asociados, en la conferencia anual de COPRECA de 1989. Esta teoría fue creada por Wehr en 1979, aunque se atribuye habitualmente a Christopher Moore.

Se conoce a esta teoría con el nombre del “círculo del conflicto”, porque así se representa gráficamente. En él se señalan algunas de las fuentes principales del conflicto, prescindiendo del nivel interpersonal, o inter organizacional, comunal social) y del contexto.

De acuerdo a Fernández²² (2003), “(...) cinco son los elementos básicos para que una situación sea calificable o no de conflicto: 1) interacción entre dos o más participantes; 2) existencia de conductas internas y/o externas incompatibles subjetivamente; 3) Intencionalidad de perjudicar al otro o atribución de tal intencionalidad; 4) Utilización directa o indirecta del poder; 5) Ineficacia normativa” (p. 6).

Así las cosas, se puede observar la correspondencia que se evidencia en el contexto laboral, toda vez que existe una inminente interacción entre los empleadores o patronos y los sindicatos y los trabajadores, quienes están representados por una agremiación sindical, donde florecen acciones conductuales específicas tanto internas como externas que por su naturaleza deben ser incompatibles, pues de lo contrario se pierde la esencia del conflicto. De otro lado hay coexistencia de perjuicio al contendor si se tiene en cuenta que en la esencia del conflicto se gana o se pierde después de un proceso de negociación colectiva; empero si las partes “no encuentran fórmulas de solución al conflicto que dio origen a la huelga, el empleador y los trabajadores podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias” (Ley 1210 de 2008, art. 1), no sin antes determinar que en cualquiera de los casos se presume del poder como mecanismo potestativo o de dominio.

8.3. Desarrollo del conflicto

El proceso, como elemento del conflicto, se va desarrollando a lo largo del tiempo. Vale la pena reconocer que esta permite determinar qué actuaciones serán necesario protagonizar, si el objetivo es su resolución o transformación, pero para ello se debe conocer el conflicto y la fase en se

²² Fernández, M., *Génesis y dinámica del conflicto laboral: aportaciones a un modelo multidimensional y sistémico (I)*, España: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2003.

encuentra.

El procedimiento que sigue el conflicto se conoce como escalada o ascenso, y desescalada, descenso o desescalamiento. En todos los conflictos se sigue este procedimiento, aunque en la mayoría de ellos este no se desarrolla hasta la fase final, que se caracteriza habitualmente por la utilización de la violencia, que generalmente se presenta en el paro laboral, o en el segundo paso de la huelga, es decir, en la declaratoria y el desarrollo de la misma, al agotarse la primera etapa del arreglo directo (arts. 432 y siguientes CST).

Un aspecto a tener en cuenta, pero que no se analiza en las teorías tradicionales de escalada o ascenso y desescalada, descenso o desescalamiento es el tiempo que se gasta en una u otra fase. Cuanta más historia tenga el conflicto y más tiempo se mantenga en una de las fases, más enquistada se encontrará y será más laboriosa su resolución. Estos tiempos deben ser respetados por la o las personas que quieran ayudar a las partes a resolver sus conflictos.

Está determinado, como ya se dijo, por la Escalada o ascenso y la Desescalada, descenso o desescalamiento.

Un proceso de escalada o ascenso no sigue una trayectoria caótica sino que se desarrolla gradualmente, que para el caso en estudio se compone de cinco etapas, a saber:

La etapa primera de la escalada o ascenso forma parte de la vida cotidiana. Incluso cuando las relaciones son buenas hay momentos en que las expectativas, las necesidades o las ideas opuestas provocan conflictos. Estos sólo pueden resolverse procediendo con suma cautela, reflexión y empatía mutua. En esta fase se adquieren conciencia de las tensiones. Se hace un esfuerzo por hallar soluciones objetivas con la parte contraria y hay una preparación para comportarse de manera cooperativa. Si por cualquier razón es imposible llegar a un acuerdo, si una de las partes se obstina en su punto de vista, el conflicto se intensifica hasta llegar a la etapa siguiente.

La escalada o ascenso hacia un nuevo nivel, sólo se produce cuando una de las partes interesadas, deliberadamente o no, da un paso que no es “aceptable”, en el contexto de esa fase específica de la escalada o del ascenso.

En la etapa segunda, las partes fluctúan entre posiciones de cooperación y competición. Se tiene conciencia de los intereses comunes, pero los propios deseos predominan y aumentan su importancia. Aumentan los puntos en disputa, se utiliza la lógica y la comprensión para convencer o disuadir al adversario. Revisten cada vez más importancia los esfuerzos por imponerse y no permitir ningún debilitamiento de la propia posición,

y se empieza a pensar en dejar el campo de la mera discusión. La acción realizada por una de las partes lleva a la tercera etapa de la escalada o del ascenso.

En la tercera etapa, se pasa a la acción. La interacción entre grupos se hace más irritable. Se comienzan a perder las esperanzas de llegar a puntos comunes en una discusión y todas las expectativas se centran en la acción. Este cambio produce un sentimiento de satisfacción y reducción de las tensiones al menos temporales. En esta etapa se pretende un cambio en la actitud de la otra parte por medio de la presión, aunque ninguna se mostrará dispuesta a ningún cambio. Se desarrolla así una contradicción que es muy característica del procedimiento de escalada: las medidas adoptadas por una parte para provocar una modificación en la otra, son interpretadas por esta como un ataque.

En esta etapa aumenta dentro del grupo, la presión para unificar opiniones. Es una fase donde la tensión es elevada, y donde dejan de aceptarse opiniones contrarias con respecto a la interpretación del conflicto.

Las verdaderas causas del conflicto pierden importancia, centrándose la hostilidad en el adversario. Se comienza a clasificar a la otra parte con estereotipos colectivos negativos como elemento identificador (fascistas etc.).

En la cuarta etapa ya no se está dispuesto a considerar los pensamientos, sentimientos y la situación de la otra parte. Es muy característica de esta etapa que desaparecen absolutamente las diferencias individuales. En esta fase predominan los juicios absolutizados todo lo que no seamos nosotros (o yo) es malo y necesariamente rechazable. Se amplía la distancia entre los grupos o personas.

En la quinta etapa mediante la amenaza y el temor, ambos contendientes se esfuerzan por mantener el control total de la situación, agravando más el conflicto. Para conservar la credibilidad y disuadir al enemigo de recurrir a la fuerza, el grupo se ve obligado a utilizar él mismo la fuerza. A su vez esta actitud demuestra al grupo amenazado la naturaleza agresiva de amenazante y provoca un contraataque y en consecuencia una escalada mayor que puede llegar a la agresión física. Se deshumaniza absolutamente al enemigo. Se pierden todo tipo de escrúpulos éticos en el trato con el enemigo. Curiosamente estas mismas personas, son capaces de comportarse en su propio grupo como unos seres humanos ejemplares.

Son pues estas las fases o pasos de la escalada o del ascenso, en pos de una solución al conflicto de carácter general, que se identifican plenamente con los pasos o fases de un conflicto colectivo de trabajo originario de la huelga: pliego de peticiones que los trabajadores o el

sindicato o sindicatos presentan al empleador; luego la etapa del arreglo directo, y si esta fracasa se convoca a la declaratoria y desarrollo de la huelga, que es lo recio del conflicto y que de manera similar se materializan con las fases señaladas de la teoría del conflicto. Para ello las partes del conflicto podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para dirimir ese conflicto.

Por su parte la desescalada, descenso o desescalamiento como segunda etapa estructural del conflicto, se presenta en el evento en el cual el conflicto ha llegado a un punto álgido en el que la situación ha llegado al límite y ya no es sostenible para ninguna de las partes, aunque en la mayoría de las ocasiones desconocen cuál es la actividad que provocará un descenso en los niveles del conflicto.

Para que este se produzca se hace necesario: a) reducir la tensión que permita la recuperación de las facultades de las partes en conflicto. En muchas ocasiones como ya se ha dicho, no podrá comenzarse por unir a las partes para que se comuniquen directamente, en ocasiones puede pasar por un alejamiento de las partes en conflicto, o incluso en los conflictos interpersonales porque reciban ayuda psicológica sus miembros; b) detección de las necesidades y problemas. Es importante una vez que se ha reducido la tensión, que las partes puedan comenzar a comunicarse de forma que puedan expresar cuáles son sus necesidades, sus intereses, sus percepciones, donde sitúan el problema y cuáles son sus miedos; c) reconstruir en común la relación. Normalmente cuando se consigue mejorar la relación se transforma el conflicto. Se valora más la relación y el interés personal tiende a matizarse hasta alcanzar algo más parecido al interés común. Habitualmente la mejora de la relación es el motor de la transformación de los conflictos, lo que indudablemente ocurre en el campo de los conflictos colectivos de trabajo: “el empleador y los trabajadores podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias” (Ley 1210 de 2008, art. 1).

8.4. Dinámicas del conflicto

Es la historia que ha llevado el conflicto. Con bastante frecuencia existe lo que se puede denominar conflicto latente, es decir, una situación en que las partes, (alguna o todas) no perciben la contraposición entre intereses o partes, al menos de forma explícita, pero pese a todo están ahí y puede surgir un hecho concreto (una “chispa”) que lo haga patente, es decir, que lo saque a la luz.

¿Qué ocurrió? igual que una chispa, si el terreno está lo suficientemente seco, y con material que arda con facilidad, puede provocar un incendio, un hecho puntual puede actuar de “chispa” que haga el conflicto patente para todos: implicados y espectadores.

¿Qué otros problemas se añadieron? ¿Qué actividades han aumentado el conflicto? con frecuencia se oye decir “los problemas no suelen venir solos” lo cual tiene un alto grado de certeza. Conviene detectar, más allá del problema, que otras cuestiones probablemente más de fondo pueden seguir latentes o no, están presentes en el conflicto.

El grado de polarización, habla de que un conflicto esta polarizado cuando las partes se ven a sí mismas en la posesión de toda la razón y niegan toda razón a la parte contraria. No se ven matices. Todo es blanco o negro, sin grises. Las partes no perciben intereses comunes y están totalmente instaladas en la dinámica adversaria: “yo gano-tú pierdes”.

8.5. La relación y la comunicación

El aspecto humano de la relación entre las partes implicadas en el proceso de resolución del conflicto es fundamental: puede resultar de ayuda o ser desastroso. Una relación en la que existe confianza, entendimiento, respeto y amistad, con el tiempo puede hacer que cada conflicto que surja se aborde de manera más fluida y eficiente. Por el contrario, si la relación está deteriorada, basada en la desconfianza o en el desprecio (o menosprecio), será muy complicado afrontar con éxito la resolución de un determinado conflicto, de cualquier orden.

Se señalan a continuación una serie de dicotomías que pueden ayudar a entender los distintos tipos en que se puede encontrar la relación entre las partes en conflicto: 1) Poca relación - Mucha relación; 2) Confianza – Desconfianza; 3) Amistad – Hostilidad; 4) Huida – Enfrentamiento; 5) Calma – emocionalidad; 6) Conocimiento – Desconocimiento.

Cada uno de los puntos anteriores son dos polos opuestos entre los que existe un continuo de diferentes grados.

La forma en la que se comunican las partes es también un dato muy importante en el proceso del conflicto. Si el conflicto es entre iguales, probablemente compartan unos códigos culturales que les acerquen y que faciliten la comunicación y se puedan entender. Si el conflicto no es entre iguales probablemente esos mismos códigos alejen y dificulten la comunicación. Por otro lado hay que ver quien habla a quien; es raro que por timidez o por diferencias de poder, la comunicación verbal sea prácticamente unidireccional, que solo hable uno, y normalmente en

segunda persona. A menudo la comunicación se produce, además, una serie de distorsiones producto de la mala información, de rumores, de estereotipos, de prejuicios, que hay que tener en cuenta.

9. Conclusiones

En consecuencia, el ser humano, es por naturaleza social, es decir que vive bajo cualquier concepto de comunidad o estructura social, partiendo de la familia como núcleo de su condición social, que de acuerdo con Ralf Dahrendorf²³, un conflicto es una “situación universal que únicamente puede solucionarse a partir de un cambio social”, por lo cual, como sistema social tiende a la entropía, conocida ésta como la característica que poseen los sistemas hacia su desorden o caos generando, por consiguiente el conflicto, con elementos claramente definidos: personas/partes, problema y proceso. Sin embargo, esta situación entrópica debe ser corregida – neguentropía – o negación de la entropía, entendida esta como el retorno al orden del sistema.

Existe algo que origina el conflicto, conocido como su elemento motivador, producido por factores culturales, estructurales y de comportamiento donde existen intereses, roles, comunicación, y valores, y emergen intereses, necesidades y principios.

Como tal el conflicto está sometido a un proceso que demanda las fases o pasos de escalamiento o ascenso, donde se expresan los motivos o causas que lo originan. Comprende cinco etapas que han quedado señaladas, y que va desde lo cotidiano a la deshumanización del contrincante. La fase del descenso, desescalada o desescalamiento del conflicto parte del momento en que éste ha llegado a un punto álgido de la situación, que termina con la reconstrucción de la relación, entendida ésta como el motor de la transformación de los conflictos.

El desarrollo del conflicto indica un proceso cauteloso donde se fijan posiciones y se subordina a la voluntad de las partes para la resolución de problemas. Cuando esto ocurre en el campo del derecho laboral colectivo, la teoría del conflicto es inaplicable, por cuanto el conflicto génesis de la huelga, aunque las partes traten de solucionarlo por cualquiera de los mecanismos mencionados, solo les queda acudir necesariamente al tribunal de arbitramento obligatorio para finiquitar sus controversias, cuyo laudo es imperativo para las partes en contienda.

²³ Dahrendorf, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ediciones Rialp Editores, Londres, 1979.

10. Resultados esperados

Se espera, por consiguiente que: (i) mediante la aplicación de los elementos que sustentan la Teoría del Conflicto, si se llega a su desarrollo total, se presenten soluciones definitivas y concretas a los problemas de trabajo de carácter colectivo; (ii) que esas soluciones hagan relación a las agremiaciones sindicales de primero, segundo y tercer grado y sus trabajadores como sistemas sociales con intereses particulares y colectivos; (iii) que en aras de solucionar el conflicto que dio origen a la huelga, “el empleador y los trabajadores podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias” (Ley 1210 de 2008-1); y, (iv) que esas soluciones beneficien a toda la clase obrera como masa homogénea que es.

11. Bibliografía

- Alós-Moner, R. y Artiles, A., *Teorías del conflicto y negociación laboral. Una perspectiva sociológica*, Editorial UOC, 2002.
- Amorós, M., Campos, F. y Pastor, X., *Mediación comunitaria y gestión alternativa de conflictos en Cataluña. Una guía para la gobernabilidad*, Editorial Ventana Abierta, Cataluña (España), 2000.
- Barreto, H., Cristancho, A., Devis-Morales, E., Duque, F., García, J., Giraldo, J., Gómez, D., Izquierdo, M., Jiménez, F., Olano, H., Rodríguez, J. y Suarez, G., *Curso De Conciliación*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2002.
- Bernal, C., *Metodología de la Investigación para administración, economía y ciencias sociales*, 3º Edición, Editorial Pearson, México, 2010.
- Calderón, C., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, n. 2, 2009.
- Castillo, O., *El desarrollo, progreso o elución. Aportes para el debate en el ámbito rural*, Editora académica, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Coser, A., *The Functions of Social Conflict*, New York: The Free Press, 1956.
- Dávalos, J., *Derecho individual del trabajo*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2011.
- Dahrendorf, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ediciones Rialp Editores, Londres, 1979.

- De Castro, C., *Conceptos de crisis*, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Recuperado de http://www.iuisi.es/15_boletines/15_2008/concepto_de_crisis.pdf
- De Souza, L., *Una mirada genérica de los conflictos. Contribución a las ciencias sociales*, 2009. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/lb.htm>
- Delgado, A. “Movimientos sindicales en la historia de Colombia”, *Revista Credencial Historia*, n. 117, 1999.
- Diccionario Enciclopédico Salvat., 2010, Escudero, M., *Mecanismos alternativos de solución de conflictos: conciliación, arbitramento y amigable composición*, Leyer Editores, Bogotá D.C., 2011.
- Fernández, M., *Génesis y dinámica del conflicto laboral: aportaciones a un modelo multidimensional y sistémico (I)*, España: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2003. Recuperado de <http://bbibliograficas.ucc.edu.co:2063/lib/ucooperativas/reader.action?doCID=10041891&ppg=2>
- González, M., *Gestión de Conflictos laborales*, Edición Innova, Impreso por Antakira Grafic, Madrid, 2006.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P., *Metodología de la Investigación*, 4ª Edición, México, 2006.
- Lederach, P. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala, 1992.
- Laderach, J., *El abecé de la paz y los conflictos*, Educación para la paz, Libros de la Catarata, Madrid, 2000.
- Muñoz, Y. y Ramos, M., *Los Conflictos: claves para su comprensión*, Fundación Gizagune, Documento n. 3, Gizateka, 2010.
- Ospina, E., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Tercera Edición, Bogotá, 2013. Recuperado de <https://lacordinadora.files.wordpress.com/2011/09/1-antecedentes-histc3b3ricos-del-derecho-colectivo-del-trabajo.pdf>
- Pérez, F., “El conflicto laboral en la actualidad: Los nuevos Conflictos”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, n. 1, 2010, Universidad Talca.
- Pinilla, A., *Las relaciones humanas y laborales en la empresa*, Editores técnicos asociados S. A., Barcelona, 1972.
- Salazar, R., *Gobernabilidad en crisis. Delito, conflicto y violencia en América Latina*, Libros En Red, 2005, Colección Insumisos Latinoamericanos.
- Spillmann, K., “La imagen del enemigo y la escalada de los conflictos”, *Revista Internacional de ciencias sociales*, UNESCO, 1991.

Varela, A., *El Conflicto: definición, tipos y elementos*. Recuperado de <http://alejandravarela183.files.wordpress.com/2012/02/conflictos1-documento-familias.pdf>

La creación de empleo y la formalización de las relaciones de trabajo

Francisco Javier ROMERO MONTES*

RESUMEN: Desde hace décadas, los diferentes gobiernos del Perú se vienen preocupando por superar la situación de desempleo, subempleo e informalidad. Lamentablemente, para lograr este propósito, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, insisten en aplicar los mismos criterios, que ya resultan históricos a pesar de que sus resultados son negativos. A todos nos preocupa la existencia del desempleo y subempleo, que no es friccional en nuestro país, sino más bien permanente. Lo mismo debemos decir de la informalidad que cada día es más preocupante y que en el campo laboral se viene incrementando y está cercana al 70% de la clase asalariada. El presente trabajo está dedicado al análisis del empleo, desempleo, subempleo y la informalidad laboral. Analizados estos temas, sugeriremos las soluciones, que nos permita las soluciones pertinentes.

Palabras clave: Empleo, trabajo autónomo, test de empleado, parasubordinación, teletrabajo, desempleo, subempleo.

SUMARIO: 1. Análisis y discusión del empleo, desempleo y subempleo. 2. Un nuevo concepto de empleo. 3. La parasubordinación. 4. Una nueva versión del desempleo. 5. Cálculo del empleo y desempleo. 6. Clases de desempleo. 7. Origen del desempleo. 8. El subempleo. 9. Clases de subempleo. 10. El subempleo en el Perú. 11. El subempleo de los profesionales. 12. La flexibilización laboral como solución a la crisis económica. 13. El nuevo rol del sector privado. 14. Conclusiones. 15. La informalidad. 15.1. Definiciones. 15.2. La economía informal: concepto. 15.3. El origen del sector informal. 16. El trabajo en la revolución industrial. 17. El trabajo en la revolución tecnológica. 18. El trabajo precario. 19. Los cambios en el Perú. 20. Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa. 21. El agravamiento del problema: expedición del Decreto Legislativo 1086. 22. Conclusiones. 23. Bibliografía.

* Profesor Principal de Pregrado y Postgrado de la Facultad de Derecho y CC.PP. de la UNMSM.

Job creation and the formalisation of labour relations

ABSTRACT: For decades, different governments in Peru have focused on tackling unemployment, underemployment and informality. Unfortunately, in order to reach this goal, bodies with executive and legislative powers insisted on adopting the same measures, which are seen as successful even though they produced negative outcomes. Many concerns result from unemployment and underemployment in Peru, which are permanent rather than temporary issues. The same can be said of informality, which is an increasingly serious issue, for it affects 70% of salaried employees. Consequently, this paper aims to analyse employment, unemployment, underemployment and informality at work, trying to provide some solutions to these issues.

Key Words: Employment, self-employment, employment tests, parasubordination, remote working, unemployment, underemployment.

1. Análisis y discusión del empleo, desempleo y subempleo

En primer lugar, es necesario precisar en qué consiste el empleo, desempleo y el subempleo, temas centrales en el presente trabajo. Todos ellos requieren de un análisis para precisar si se trata de asuntos eminentemente laborales o de otra índole, como puede ser el económico o social.

2. Un nuevo concepto de empleo

Se dice que el empleo es laboral cuando una persona está ligada a un empleador por un contrato de trabajo o empleo. De ahí que empleado es aquel que trabaja en relación de dependencia, y no principalmente de dependencia económica, sino, más bien de “dependencia personal o legal. Junto a esta ligazón, existen disposiciones legales que se refieren a los campos de política social y laboral que otorga el “test de empleado”. En la mayoría de los países, el concepto de empleado no ha sido concretado por la legislación sino por la jurisprudencia.

En muchos países este “test de empleado” se ha extendido a la protección de ciertos grupos de no-empleados, de acuerdo a un contrato de trabajo. Tal, por ejemplo, los periodistas independientes en Alemania, a los que se les permite concluir convenios colectivos otorgándoles un mínimo de vacaciones; los trabajadores a domicilio a quienes se les otorgan ciertos beneficios. De esta manera, se ha acogido ampliamente al no-empleado, tales como trabajadores autónomos, artesanos y agricultores. Pero estas extensiones de protección están pensadas como “excepciones”, es decir sólo se aplican en los casos y en la medida expresamente determinados por leyes y siempre que beneficien a los trabajadores.

De manera que los conceptos de empleo y de empleado, cumplen una función selectiva sólo donde el trabajo está organizado de una forma muy específica y formal, como puede ser el libro de planillas en el caso del Perú, que identifica al trabajo subordinado y al trabajador como empleado. Los que no están dentro de ese ámbito, se les considera como desempleados.

Pero la doctrina laboral viene luchando para que esa función selectiva se amplíe a formas no estandarizadas de trabajo y para que el derecho laboral cumpla con su carácter expansivo. Aquí es pertinente referirse al trabajo autónomo, al trabajo a domicilio, al teletrabajo, que ofrecen como mínimo un enorme potencial de trabajo no dependiente o de trabajo no empleado tradicionalmente. En esta parte hay que tener presente que algunos países

encabezados por Italia, España, Chile, han creado corrientes como la “para-subordinación” o trabajo autónomo “económicamente dependientes”, que se ubica en las fronteras del derecho del trabajo. En este caso no estamos hablando de ese mercado de trabajadores y empresarios, sino de aquel conjunto de posibilidades que permita la existencia de las personas de la sociedad, como puede ser un trabajador independiente, un empresario, a quienes se les considera empleados, en la medida en que el mundo social le brinda esas posibilidades.

Por lo tanto encontramos dos dimensiones que tienen que ver con el empleo o empleado. El primero, está referido al trabajo subordinado y tiene un carácter legal, sin interesar la situación económica. El segundo, tiene que ver con el trabajo “parasubordinado” y la subordinación ya no es legal, sino económica. En ambos casos nos estamos refiriendo a la existencia del empleo.

3. La parasubordinación laboral

El trabajo “parasubordinado” o autónomo tiene un rol que cumplir en el tema del empleo, razón por la que debemos decir algunas palabras sobre el rol del Estado en este tema.

La aparición del Estado, no es sino una respuesta ante un requerimiento social de una comunidad, que en la etapa de la revolución industrial nace con el nombre de “Estado protector”, “Estado tutelar” o “Estado benefactor”, para defender a la parte perjudicada que eran los trabajadores. Esta afirmación piadosa no es la esencia de lo que es el Estado; está basada en la compasión que a decir de Schopenhauer y Nietzsche⁵¹³, niega la vida, en lugar de elevarla a su verdadero valor. Es por eso que las corrientes neo liberales han atacado con facilidad, a este tipo de Estado, acusándolo de Estado populista, tratando de ponerle serias limitaciones a su accionar, en materia del empleo.

Como sostiene Kelsen⁵¹⁴, el Estado, desde el punto de vista jurídico, es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento. Que el Estado tiene que ser un orden normativo, resulta igualmente obvio si se tiene en cuenta el “conflicto” entre Estado e individuo, que constituye un problema

⁵¹³ Nietzsche, F., *El Anticristo*, trad. Antonio Nicéforo, Lima, Editorial Vlacabo, 2009, pp. 33 y 34.

⁵¹⁴ *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ra. Ed., trad. de García Máynez, E., México, UNAM, 1969, pp. 324 y 325.

específico no sólo de la filosofía social, sino también de la sociología, añade dicho tratadista. Si el Estado fuese un hecho real como lo son los individuos, entonces no podría haber tal conflicto, porque los hechos de la naturaleza nunca entran en “conflicto” unos con otros. Pero si el Estado es un sistema de normas, entonces la voluntad y la conducta del individuo pueden entrar en conflicto con estas normas y de este modo puede surgir el antagonismo entre lo que “es” y lo que “debe ser”, problema fundamental de toda teoría y en toda práctica social. En realidad este es el rol del Estado, que no es tutelar ni protector del individuo trabajador, sino que estamos hablando de un “Estado Social”, que es una creación de la colectividad.

Hecho este paréntesis acerca del papel del Estado, volvamos al tema de la “parasubordinación” o trabajo autónomo económicamente dependiente, debiendo efectuarse una primera e importante precisión, en el sentido que la “parasubordinación” no representa un nuevo tipo de contrato, es decir, no es una modalidad atípica de contratación laboral – a la manera del teletrabajo o del trabajo a tiempo parcial – sino que se trata de una calificación que recae sobre un contrato de prestación de servicios civil o comercial, de la cual depende la aplicación parcial del Derecho del Trabajo⁵¹⁵.

Ahora bien, cuando se habla de la “parasubordinación” nos encontramos, frente a un caso de trabajo autónomo en el que se genera una especial y determinante dependencia económica entre el prestador del servicio y la empresa o persona que recibe dicho servicio. De alguna manera, la idea de la “parasubordinación” recoge, según lo plantea la profesora Beatriz Gutiérrez-Solar, el fenómeno del empleo autónomo con ciertas características que lo alejan de la noción tradicional de autonomía en la prestación del servicio, pues estos trabajadores independientes se convierten en verdaderos “satélites” de la empresa para la cual realizan alguna actividad retribuida, con la cual se vinculan de manera casi exclusiva, lo que motiva que dependan económicamente de ella para su subsistencia.

Siguiendo esta misma línea, Ermida y Hernández⁵¹⁶ consideran que la “parasubordinación” se refiere a la situación jurídica en que se encuentran algunas personas que, sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado, prestan sus servicios a una empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en

⁵¹⁵ Gutiérrez-Solar Calvo, B., “El autónomo económicamente dependiente: Problemática y método”, *Revista Aranzali Social*, n. 18, España, 2003, pp. 43 y 44.

⁵¹⁶ Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., “Crítica de la subordinación, Parte I”, *Revista Laboral Chilena*, abril del 2002, p. 67.

condiciones de inferioridad. Es así, como contratos civiles o mercantiles, como el de obras, prestación de servicios profesionales, transporte, mandato, comisión, agencia, etc., pueden dar lugar a situaciones como la antes referida, en la cual, quien contrata con la empresa, no encontrándose subordinado jurídicamente a ella, en el esquema tradicional y propio que configura el presupuesto de aplicación del Derecho del Trabajo, se encuentra en una situación de inferioridad que impide el ejercicio de una efectiva libertad para negociar, lo que se aprecia, por ejemplo, en trabajadores que laboran en la actividad metalúrgica de Corea del Sur⁵¹⁷.

4. Una nueva visión de desempleo

El desempleo no es otra cosa que un exceso de oferta de trabajo, en relación a la que demanda o necesita el mercado. En otras palabras, el mercado de trabajo tiene una oferta y una demanda de trabajo, representada por los trabajadores y las empresas, respectivamente. De ahí que se denominen desempleadas a las personas deseosas de trabajar que no encuentran ubicación en las empresas⁵¹⁸. Es por eso que al desempleo, se le suele también llamar paro forzoso o desocupación de los asalariados que pueden y quieren trabajar, pero que no encuentran un puesto de trabajo. El no contar con un trabajo es un problema grave, desde el punto de vista económico y social. La proporción del desempleo sirve para mostrarnos si se están aprovechando adecuadamente los recursos humanos del país y sirve como índice de la actividad económica.

El concepto antes referido es clásico, que no se ajusta al desempleo contemporáneo que necesitamos analizar. El desempleo que tiene la humanidad, no está referido a un mercado, determinado por asalariados y empresarios. Es decir, no hablamos sólo del trabajo subordinado o dependiente, sino de un tema más general y humano. En la sociedad actual, la mayoría de la población vive de trabajar para los demás. Es por eso que el trabajo es un deber y un derecho. Cuando, en una comunidad, a una persona se le niega la posibilidad de trabajar para estar incluido socialmente, puede dar lugar a un sentimiento de rechazo social o de fracaso personal. Es decir, se está violando su derecho al trabajo.

No estamos, pues, hablando de ese mercado de trabajadores y empresarios, sino de aquel conjunto de posibilidades que permita la

⁵¹⁷ Informe del Comité de Libertad Sindical, República de Corea (Caso n. 2602), informe n. 350.

⁵¹⁸ Fernández-Baca, J., *Microeconomía, Teoría y aplicaciones*, Tomo II, Lima, Universidad del Pacífico, Lima, 2000, p. 241.

subsistencia de las personas, dentro de la sociedad, tal como ya lo adelantamos. Como ejemplo, podemos decir que un trabajador independiente, un empresario, no se consideran desempleados. Por otra parte, como ya dijimos, el trabajo es un deber, lo que equivale a decir que en un mundo social no hay lugar para ser un inactivo sin causa, esto es, un zángano social.

5. Cálculo del empleo y del desempleo

Para calcular los índices de empleo y desempleo, se toma como punto de referencia el concepto de Población Económicamente Activa (PEA) que incluye a toda la población que está en capacidad y quiere trabajar en un determinado período. Nos referimos pues a la población activa, que está constituida por los que se encuentran trabajando así como por los desempleados que buscan trabajo. En cambio, la población inactiva, lo constituyen los que no están en disposición de trabajar, como son los niños, la población anciana, jubilada o que sufren de incapacidad para el trabajo.

Según el “Informe el Trabajo en el Mundo” de la OIT, el desempleo en el año 2014 ascendió a los 203 millones de personas. Decimos que ascendió porque se aprecia una tendencia de crecimiento. Así, el año 2013, la cantidad de personas desempleadas llegó a 202 millones y el año 2019 será de 213 millones, esto es, 5 millones más que el año 2012, lo que equivale al 6% de la población activa. Según otro informe de la OIT denominado “Tendencias Mundiales del Empleo” del año 2014, se afirma que el desempleo se acentúa más en la población juvenil de 18 a 24 años de edad, que llega a 74.5 millones de personas y que supera el 13% de la población activa.

Un dato preocupante, para la América Latina, es la existencia de 22 millones de jóvenes comprendidos entre los 15 y 24 años de edad, que no estudian ni trabajan, los mismos que conforman el colectivo denominado como los *ninis*, y que se acentúan en países como Bolivia, Nicaragua, Honduras y Guatemala que se sitúan entre el 25% y 28%; y en el resto de países entre el 16% y 17%, dentro del total de personas de este grupo de edad. Tal como sostiene, Ernesto Rodríguez, “los *ninis* son una simple construcción estadística, a la que los medios de comunicación y los dirigentes han puesto un *plus*, al vincularlos con los problemas de inseguridad y violencia que sufre América Latina, estigmatizándolos”.

Estos jóvenes se enfrentan a una falta grande de oportunidades⁵¹⁹, que en las encuestas declaran que si tuvieran otra opción no recurrirían a la droga o a la delincuencia.

En consecuencia, en países industrializados de Europa, el problema de los jóvenes es el paro y en los países de América Latina, es el trabajo informal, que afecta a un 55% de ellos, sobre todo en Centroamérica y el área andina. Se trata de empleos precarios, eventuales, sin contrato, de muchas horas, con salarios exiguos, sin Seguridad Social. La razón de por qué las tasas de desempleo en países europeos son tan elevadas, que llegan a un 25% de la población, se debe al paro imperante, mientras que en los países de América Latina, las tasas de desempleo son más bajas que oscilan, entre el 10% y 12%, debido a que el subempleo que está implícito en la informalidad, atenúa o disfraza el paro o desempleo.

En el Perú, según el INEI y de acuerdo a la publicación del diario Gestión del 26 de febrero del 2015, la PEA, durante el presente año, estaría llegando a los 17 millones 62 mil personas, con una tasa anual de crecimiento de 1.71%. Para esto hay que tener en cuenta que a fines del 2010, la PEA fue de 15 millones 676 mil personas.

Por lo tanto, la tasa de empleo es la parte de la PEA que está adecuadamente empleada⁵²⁰. En cambio, la tasa de desempleo es igual al porcentaje de la PEA que no tiene trabajo y que se encuentra activamente buscando trabajo. El propio INEI nos dice que el 76% de la PEA, es decir, 12 millones de personas que conforman esta PEA, no cuentan con empleo adecuado y por lo tanto no perciben beneficios laborales, haciendo presente que el grupo asalariado es el más bajo de la región. Sólo el 41.5% tienen empleo asalariado.

6. Clases de desempleo

La ciencia económica distingue diferentes clases de desempleo, tales como el *desempleo estructural*, que es el resultado del desajuste entre oferta y demanda de mano de obra. Es decir, la oferta de mano de obra siempre es mayor que la que demanda el mercado. Se denomina estructural, porque es permanente y forma parte de la estructura económica de un país. *Desempleo friccional*, que tiene que ver con las personas que cambian de empleo y buscan uno nuevo, esto es van de un empleo a otro para

⁵¹⁹ Los datos fueron publicados en un suplemento del diario "El País" del 27 de Julio del 2015.

⁵²⁰ Instituto Apoyo, *Economía para todos*, Lima, Editorial bruño, 1997, p. 136.

mejorar. Se denomina así, porque abarca el tiempo que el trabajador deja de trabajar entre el momento que deja su empleo para conseguir otro. Tiene, pues, un carácter temporal; *el desempleo estacional* vinculado a las variaciones en el nivel de actividad económica de un sector a lo largo de un año, como el que se produce en la agricultura, cuyos trabajadores sólo pueden trabajar en la época de siembra o cosecha, mientras que el resto del tiempo no hay trabajo. Para luchar contra este desempleo, los trabajadores emigran de un lugar a otro, razón por la que popularmente se les denomina trabajadores “golondrina”.

También se suele considerar al *desempleo cíclico*, vinculado a los cambios en el nivel de actividad de toda la economía, tal por ejemplo, el desempleo que se produjo , en Estados Unidos, a raíz de la crisis económica del año 1929 , así como en las crisis que se presentaron a partir del año 2008 y de la cual todavía no salimos, y que viene afectando a Estados Unidos y a los países europeos; el *desempleo abierto*, que consiste en no tener trabajo, en buscar trabajo y estar disponible en cualquier momento; *el desempleo estacional*, que se debe al cambio de estaciones del año. Así, por ejemplo, hay actividades que sólo operan en determinada estación del año, como es la confección de ropa de invierno.

Tal como afirma el Instituto Apoyo, estos tipos de desempleo no pueden ser eliminados, pues dependen de circunstancias de difícil control. En cambio, otras formas de desempleo, vinculadas al funcionamiento de las economías, si pueden reducirse mediante políticas acertadas.

Una de las medidas para evitar el desempleo puede consistir en mejorar la educación de manera de vincularla con las necesidades del mercado, así como promover la inversión y el ingreso de capitales para combatir la principal causa del desempleo, que es la escasez relativa de capital en la economía⁵²¹. Por ejemplo, qué sucede con una imprenta donde existen tres impresoras, habrá trabajo para tres operadores. Si el mercado lo permite, para poder dar trabajo a un operador más, será necesario adquirir una cuarta impresora para lo cual se requiere hacer la inversión correspondiente.

7. El origen del desempleo

El desempleo forma parte de la evolución histórica y social de la humanidad. Arnold Toynbee (1889-1975) sostiene la tesis de que la historia hay que estudiarla a través de las sociedades o civilizaciones, que

⁵²¹ *Ibidem*, p. 162.

son resultados o respuestas de un grupo humano a los desafíos que sufre, ya sean naturales o humanos. De acuerdo a esta teoría una civilización crece y prospera cuando su respuesta a un desafío no sólo tiene éxito, sino que estimula una nueva serie de desafíos. Una civilización decae como resultado de una impotencia para enfrentarse a los desafíos que se le presentan⁵²².

Dentro de este contexto, las civilizaciones humanas han sufrido un grave desafío, que consiste en el cambio o pase de una sociedad campesina o agrícola a una sociedad urbana o industrial. La primera, en algunos casos, no supo dar una respuesta adecuada a los requerimientos humanos y la población se tuvo que trasladar del campo a la ciudad, en muchos casos haciendo grandes revoluciones. Es decir, se despobló el campo para concentrarse en las ciudades, por cuanto era la vía para que el trabajador agrícola ascendiera a la clase media, cuyas condiciones de desarrollo eran más atractivas. Esto ha ocurrido en todo el mundo y aún no ha concluido, como es el caso de la China, y otras civilizaciones, en donde la emigración todavía no termina⁵²³.

De esta manera, se produce un desbalance entre los requerimientos de esta población emigrante y las ofertas de ocupación que hace la ciudad a esta población, originándose el desempleo que hasta el momento no se puede solucionar. El tratadista norteamericano, Samuel Huntington, (1927-2008) sostiene que aquí se ha producido un “choque de civilizaciones”, lo que lo llevó, en plena guerra de Vietnam a justificar los bombardeos de las zonas rurales como forma de forzar a los partidarios de Vietcong a desplazarse a las ciudades.

Pero el choque de civilizaciones puede enfrentarse de la manera como lo hicieron los Estados Unidos y que lo puntualizan Milton y Rose Friedman, cuando señalan que al producirse la independencia de ese país, la agricultura era la actividad económica principal. De cada veinte trabajadores, diecinueve eran necesarios para las labores agrícolas de alimentar al país y conseguir un excedente para exportarlo a cambio de productos extranjeros. En la actualidad, sólo se necesita menos de uno por cada veinte trabajadores para alimentar a millones de norteamericanos y conseguir un excedente que convierte a los Estados Unidos en el mayor exportador de alimentos en el mundo.

⁵²² Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía*, Tomo IV, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1994, p. 3548.

⁵²³ Es pertinente referirse al episodio de los estudiantes campesinos, que siendo ya jóvenes, emigraron a centros urbanos, donde por primera vez comieron carne, posibilidad que no lo tuvieron en el campo.

Para estos autores⁵²⁴, la fuente de esta revolución agrícola fue la iniciativa privada que actuaba en un mercado libre abierto a todo el mundo y no a políticas centralizadas de gobierno. En otras palabras, el crecimiento de la productividad de la agricultura dependía de la revolución industrial. De ahí procedían las nuevas máquinas que revolucionaron la agricultura. A la inversa, la revolución industrial estaba supeditada a la disponibilidad de mano de obra que la revolución agrícola liberaba. La industria y la agricultura marchaban de la mano. Es decir había nacido una civilización agroindustrial.

Las ideas anteriormente expuestas corresponden a lo que podríamos llamar “el sueño del liberalismo”. Nadie le puede negar su autoridad a Milton Friedman en el campo de la economía. Por algo ostenta la categoría de Premio Nobel en economía que lo obtuvo el año 1976. El liberalismo sostiene que el rol del Estado, de intermediario en materia económica, es una desviación que produce frecuentemente resultados deplorables que afectan la libertad y el bienestar de la gente. Para el liberalismo, el mundo está en peligro. Por eso es indispensable, analizar esa desviación del Estado y corregirla para la salud económica de todo el mundo.

Desde la abolición del feudalismo y el desarrollo de la burguesía que dieron lugar a la manufactura y a la aparición de la máquina, en la historia del hombre encontramos algunos otros sueños, que no son sino movimientos ideológicos que le dan un sentido y contenido al desarrollo de la humanidad. Tal sucede, por ejemplo, con la Revolución Francesa que es el resultado de concepciones de pensadores ingleses y franceses encaminados a la abolición del absolutismo y su reemplazo por una sociedad libre, pero que trajo serias dificultades, a pesar de sus principios de libertad e igualdad y de donde se desprende el liberalismo.

Lo mismo podemos decir del socialismo, cuyos principales gestores se preocupan por encontrar una solución a la preponderancia del capitalismo privado para hacer intervenir al Estado como un intermediario regulador de la economía.

Dentro de esos mitos encontramos también a Francis Fukuyama, conocido sobre todo por haber escrito el controvertido libro *El fin de la Historia y el último hombre*, el año 1992. En el mismo, el economista defiende la teoría de que la historia humana, como lucha entre ideologías ha concluido, Se ha dado inicio a un mundo basado en la política y economía de libre mercado que se ha impuesto a lo que el autor denomina

⁵²⁴ Friedman, M. y Friedman, R., *Libertad de Elegir, hacia un nuevo liberalismo económico*, traducción de Carlos Rocha Pujol, Barcelona, Grijalbo, 1980, pp. 18 y 19.

utopías tras el fin de la Guerra Fría. Inspirándose en el idealismo alemán de Hegel, y en alguno de sus exegetas del siglo XX, sostiene que el motor de la historia, el *thymos* platónico, se ha paralizado en la actualidad, con lo que Fukuyama califica el fracaso del régimen comunista, que demuestra que la única opción viable es el liberalismo democrático, constituyendo así en el llamado pensamiento único: las ideologías ya no son necesarias y han sido sustituidas por la Economía.

La realidad histórica, como son el derribamiento de las Torres Gemelas en Nueva York, así como la crisis económica que sufren los EE.UU y los países europeos, han demostrado que Fukuyama estaba equivocado.

No obstante este debate, el desempleo laboral se agrava y se constituye en un problema preocupante, a partir de la década del setenta del siglo pasado, en que se produce la crisis económica, después de la finalización de los treinta años gloriosos de la economía, causada por el alza del precio del petróleo, fuente energética de la industrialización y por la revolución tecnológica, que no viene a ser sino la profundización y mayor plenitud de la revolución industrial⁵²⁵.

8. El subempleo

Existe un porcentaje de la PEA que trabaja, por causas ajenas a la voluntad del trabajador, en jornadas inferiores a las normales y obtiene un rendimiento económico proporcionalmente menor. Es la situación del trabajador que hace un trabajo para el cual está sobre calificado, o trabajar involuntariamente a medio tiempo en lugar de tiempo completo.

La OIT, define al subempleo como la diferencia entre el empleo efectivo y el empleo teórico de la mano de obra. En términos económicos, es la diferencia entre el empleo efectivo de los recursos de la mano de obra y el empleo de los que la mano de obra disponible desearía y sería capaz de

⁵²⁵ La revolución tecnológica se ha dado gracias a los inventos científicos recientes, tal por ejemplo, los adelantos de la electrónica que se vienen aplicando en el campo de la manufactura y de los servicios y que ha dado lugar al nuevo salto en el campo de la tecnología. En base a la aplicación de la electrónica ha surgido la cibernética, arte de construir y manejar aparatos y máquinas que mediante procedimientos electrónicos efectúan, automáticamente cálculos complicados y otras operaciones similares, proceso al que se denomina revolución tecnológica para diferenciarla de la revolución industrial. En conclusión, energía humana, herramienta, máquina y computadora constituyen hitos en la evolución tecnológica para la producción de bienes que hace posible la satisfacción de necesidades del hombre. (Para una mayor información se puede ver la ponencia del autor presentada al XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Atenas, Grecia en 1991, publicado en *Rapports Nationaux*, Thème I, p. 397).

aportar. Por su parte, la IX Conferencia Internacional de Estadígrafos de Trabajo precisa que el subempleo existe cuando personas provistas de empleo no trabajan por tiempo normal y podrían o desearían efectuar un trabajo suplementario del que prestan efectivamente; o cuando sus ingresos o su rendimiento se verían aumentados si, teniendo en cuenta sus aptitudes profesionales, dichas personas trabajasen en mejores condiciones de producción, o cambiaran su profesión.

9. Clases de subempleo

La doctrina⁵²⁶ ha difundido algunas clases de subempleo, tales como: *el subempleo visible* u horario incompleto en cuyo caso estamos en una prestación laboral reducida, debido por ejemplo a situaciones de crisis, como sucede en las jornadas de trabajo que pueden ser de 40, 35 o 30 horas semanales o diarias en las que sólo se laboran 5 horas.

El subempleo invisible, como puede ser la jornada a salario incompleto. En este caso se trabaja durante la jornada normal, pero a “ritmo lento”, “a media máquina”, pero se abonan salarios inferiores a los de las épocas estables.

El subempleo potencial o de producción incompleta, en el que los trabajadores que cumplen una jornada normal de tareas y que perciben salarios ajustado a la prestación realizada, pero resulta que ese personal debido a sus dotes individuales y su capacidad profesional, está en condiciones de rendir en mayor cantidad o más calificadamente, aunque no puede materializarlo por no encontrarse en la empresa condiciones de aumentar o mejorar sus productos. Lo mismo sucede con el contador o médico, que se dedican a ser taxistas por no encontrar empleo dentro de su rama profesional.

El subempleo accidental, tiene un carácter súbito, por causas fortuitas, como puede ser la carencia de materia prima, un siniestro, etc.

El subempleo estacional, es aquel que se registra cíclicamente en algunas actividades, que sin embargo no son las típicas de temporada, Ejemplo, un invierno caluroso que no requiera la ropa de invierno.

El subempleo se convierte así en una forma de disimular las tasas de desempleo, tal como sucede en algunos países pobres del mundo que muestran desempleos estructurales, como el caso del Perú que se ubica en un 8% de la PEA, pero sus tasas de subempleo bordea el 50%. En

⁵²⁶ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo 7, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pp. 592 a 594.

cambio, en países europeos la tasa de desempleo es mucho más alta, que sobrepasa el 20%, pero el subempleo es poco visible.

10. El subempleo en el Perú

Tal como sostiene Gustavo Yamada, Director del Banco Central de Reserva, en la Revista UNI>ERSIA del 25 de febrero del año 2015, los sectores con mayor subempleo son los siguientes: En el ámbito del comercio, el 56%; en la agricultura, el 47%; en la construcción, el 28%; en la manufactura, el 24%; en el sector servicios, 20%; en el ámbito minero, el 6%.

A nivel nacional, el 48% de la PEA está subempleada, y sólo el 52% de la PEA está adecuadamente empleada. Según datos correspondientes al año 2008, los departamentos con mayor subempleo son Huánuco, con el 68%; Puno, 61%; Apurímac, 60%. En cuanto a los departamentos con tasas reducidas de subempleo tenemos a Lima, con 34%; Callao, con 36%; Tacna, con 38%.

11. El subempleo de los profesionales

Como afirma el mismo Yamada, los profesionales en el Perú no tienen las habilidades requeridas por el mercado laboral, porque no están articulados con el sector productivo. Se debe tener una mano de obra calificada a la altura del aparato productivo, equilibrio que debió haber controlado la Asamblea Nacional de Rectores, que últimamente ha sido reemplazada por una Superintendencia dependiente del Ministerio de Educación y desde ya esperamos que aborde este tema que resulta fundamental en el desarrollo del país.

Esta falta de articulación podría hacer pensar que en un país en vías de desarrollo está ausente el talento para asomarse a los progresos de la tecnología moderna y para realizar innovaciones originales, lo que no es exacto. Lo que sucede, es que en los países industrializados la tecnología se transforma con alta velocidad, mientras que los países en desarrollo se sienten satisfechos con hacer grandes esfuerzos para incorporarse, de alguna manera, en el mundo moderno dominado por la informática, y no reclaman ese derecho humano, altamente desconocido en la realidad, que es el derecho a la transferencia tecnológica.

Esta distancia, como sostuvo Rafael Caldera⁵²⁷, se debe a que la tecnología

⁵²⁷ Derecho del Trabajo del Siglo XXI, Ponencia presentada al X Congreso

y el capital son los instrumentos de dominación más poderosos y fuertes sobre los pueblos dependientes. Esa dependencia entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados, se debe a las limitaciones de los primeros para ingresar en la transferencia de tecnología creativa, en la medida que sólo tienen acceso a la tecnología operativa necesaria para manejar los aparatos que compran. Este hecho hace que la llamada transferencia de tecnología se limite a la tecnología operativa, que nos enseña a manejar los aparatos que crean o producen los países desarrollados, pero esa tecnología creativa, la tecnología fundamental, la alta tecnología, esa está reservada para sus creadores.

Según el informe del Banco Central de Reserva del Perú, el 40% de los profesionales peruanos están subempleados, en la medida que los nuevos graduados universitarios toman empleos que no requieren un título universitario. Este es un problema que va creciendo, si se observa que el año 2004 sólo alcanzaba al 29%, con el inconveniente de que un subempleado puede llegar a ganar menos que un adecuadamente empleado.

En el Perú, las universidades improvisadas y de poca calidad educativa, cuya oferta llega al 75%, son la causa de esta clase de desempleo, al no existir un control adecuado por el órgano rector que correspondió a la Asamblea Nacional de Rectores, concretamente el CONAFU. Las carreras de humanidades, ciencias sociales y ciencias económicas son las que registran un mayor grado de subempleo. Un profesional subempleado percibe, en promedio, un 30% menos de dinero que los profesionales que ejercen y tienen trabajo en el área que estudiaron.

Según la encuestadora, Trabajando.com, las 10 profesiones más demandadas, durante el año 2014, son las siguientes:

- Carreras administrativas de empresas;
- Contabilidad;
- Administración hotelera
- Administración de Negocios Internacionales:
- Computación e informática;
- Ingeniería Industrial, que pasó del 3° al 6° puesto;
- Administración financiera;
- Economía, que bajó del 4° al 8° puesto;
- Administración Industrial;
- Marketing.

Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del año 1989, Panel, El Futuro del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, p. 41.

12. La flexibilización laboral como solución a la crisis económica

Para hacer frente a esta crisis económica los países aplicaron una serie de reformas económicas con el fin de mejorar la capacidad de competir en los mercados internacionales y preservar los equilibrios macroeconómicos básicos.

Como sostiene la OIT, esas reformas así como los cambios experimentados por la economía mundial configuran un nuevo escenario estructural, caracterizado por los procesos de globalización, privatización, liberalización económica, así como por las expectativas de la población para que los beneficios de una economía, más sólida, estable y un Estado más eficiente, se trasladen al progreso social⁵²⁸.

Para lograr una mayor competitividad, dentro del fenómeno de la globalización, se tuvo que recurrir a un proceso de privatización de la economía y a la flexibilidad laboral. En cuanto a la primera, se tuvo que cambiar la propiedad de la empresa de pública a privada y en términos generales una reducción de la participación del Estado en temas como la inversión y el empleo, lo que dio lugar al aumento de la responsabilidad del sector privado y la importancia de los mercados en la asignación de recursos. En tal sentido, se puede señalar la reforma de la seguridad social que es incorporada dentro del sector privado, mediante la capitalización individual de las aportaciones, con lo cual se destruye el principio de solidaridad, para financiar un sistema que atenué la desigualdad entre los que más ganan y los que menos ganan.

En materia de empleo, la reducción y reestructuración del sector público, al ser liquidadas las empresas estatales, la responsabilidad de crear nuevos puestos de trabajo recae en el sector privado, el mismo que requiere de inversiones en bienes de capital, capacitación de personal, lo cual es fundamental para mejorar la productividad y la capacidad competitiva de los trabajadores. Sin embargo, el Estado es todavía responsable de generar las condiciones favorables para que los empleadores puedan crear puestos de trabajo.

13. El nuevo rol del sector privado

El sector privado, al asumir su nuevo rol ha impuesto un nuevo orden

⁵²⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Trabajo Decente y Protección para Todos*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 1990, pp. 17 y 18.

laboral, precarizando el empleo, mediante un nuevo sistema de reglas que flexibiliza el modelo que encontró. En tal sentido se han modificado las condiciones de los contratos, afectando el principio de continuidad que tenía el contrato a plazo indeterminado y que solo por excepción, señalada en la ley, se podía suscribir el contrato a plazo fijo. Es por eso, que desde entonces la mayoría de estos acuerdos tienen un plazo de vencimiento y los de plazo indeterminado es una minoría. Igualmente, se ha implantado el despido arbitrario, en sustitución del despido causado o justificado, que facilita el despido unilateral de los trabajadores, por parte de los empleadores.

En una etapa de escasas de oferta de empleo, el sindicalismo se ha debilitado y en otros casos hasta se ha extinguido, en la medida que los despidos arbitrarios están dirigidos, en muchos casos, a los que ejercen el sindicalismo, tal como ha sucedido, por ejemplo, en nuestro medio con los trabajadores bancarios. En estos casos los trabajadores se sienten en la alternativa de preservar su puesto de trabajo, por precario que sea, aunque tengan que posponer su derecho a la libertad sindical.

En nombre de una mayor productividad y competitividad, las empresas han optado por una política de reducir los costos laborales, en razón que estos forman parte del costo total de producción. De manera que una rebaja de los primeros provocará una reducción del costo final del bien producido o del servicio prestado, con lo cual las empresas obtienen mayores utilidades. Este pensamiento ha originado el fenómeno de la informalidad de los empleadores, con el que afectan no sólo a los trabajadores, sino también a la economía del Estado.

De esta manera, algunos empleadores consideran que una reducción del costo laboral, conjuntamente con una mayor flexibilidad de los beneficios laborales, les permite ofrecer sus productos a mejores precios y aumentar los puestos de trabajo, pero con un efecto negativo sobre sus salarios y la calidad de protección social, sobre todo en materia de salud y pensiones. Se trata pues de empleos precarios muy lejos del trabajo decente que propone la propia OIT⁵²⁹.

Como se puede ver la solución que ha puesto en práctica el liberalismo, en algunos países, obedece a criterios ideológicos ya superados por la misma corriente. Así, por ejemplo, se pretende aplicar las ideas del economista británico, John Stuart Mill, del siglo XIX, quien consideraba que las personas buscan obtener la mayor riqueza posible con el menor costo posible. Según ese criterio, la teoría económica sólo es capaz de predecir aquellos fenómenos dentro de la sociedad que tiene lugar como

⁵²⁹ *Trabajo Decente y Protección para Todos*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 1999.

consecuencia de la búsqueda de la riqueza, dejando de lado cualquier otra motivación humana que correspondería a otras ciencias sociales como son la psicología, la ciencia política o la sociología.

Pero a partir del siglo XX esa concepción tradicional de la teoría económica cambia, para dar paso a la economía moderna iniciada por otros economistas como son Alfred Marshall, Ludwig Von Mises, Lionel Robbins, quienes sostienen que “la economía es, por un lado, una Ciencia de la Riqueza; y, por otro lado, aquella parte de la Ciencia Social de la acción del hombre en sociedad, que trata sobre sus esfuerzos para satisfacer sus necesidades, en la medida que estos esfuerzos y necesidades son capaces de ser medidos en términos de riqueza, o en su representación más general que es el dinero”⁵³⁰. El rol del Estado, como intermediador económico es fundamental. Después de todo, el Estado es una respuesta a un requerimiento de la sociedad.

14. Conclusión

En conclusión, el desempleo y el subempleo son temas que agobian a los países que no han sabido enfrentar ese choque de civilizaciones, que se dio como consecuencia de la emigración de la gente del campo a la ciudad. No supimos crear una sociedad agroindustrial que asumiera el requerimiento de la civilización campesina, tarea que aún sigue pendiente y que podría consistir en un retorno de la ciudad al campo.

Pero por otro lado, las ciudades tampoco asumieron el rol de la industrialización, que hubiera sido capaz de absorber, o por lo menos amortiguar, a esa población emigrante que vino del campo a la ciudad. También sigue siendo una tarea pendiente, haciendo que los centros urbanos cumplan esa función moderna. El Perú no es un centro industrial. Por el contrario, la comunidad peruana ha vivido a la expectativa de lo que la naturaleza le brinde, a través de sus materias primas. En otras palabras, es dependiente de la naturaleza y de las condiciones que le brinde la comunidad internacional.

⁵³⁰ Fernández-Baca, *op.cit.*, Tomo I, pp. 30 y 31.

15. La informalidad

15.1. Definiciones

No existe un concepto a priori sobre la informalidad, sino más bien a posteriori, en la medida que hay que buscarla empíricamente en el comportamiento social de una comunidad nacional; no tiene que ver con los fines, sino con la forma de actuar.

Las relaciones humanas en una sociedad, requieren de un orden, porque de lo contrario sería un caos. Ese ordenamiento se logra gracias a un repertorio o sistema normativo a las que las personas tienen que sujetarse. Cuando algún miembro no acata estas formas y por el contrario se revela contra las mismas, se convierte en un “informal”. Estamos, pues, frente a un autoexcluido social que genera una economía clandestina en su propio beneficio; es un fugitivo social que se aprovecha de los demás para desarrollar su individualidad; no es ni solidario ni anti solidario, en la medida que se vale de la solidaridad de los demás, pero a cambio de nada.

No existe una única definición de la informalidad, debido a que es multifactorial y se requiere de muchos esfuerzos para poder abolirla. Sin embargo, en el presente trabajo, nosotros nos concretaremos a analizar lo que es la economía informal y su repercusión en las relaciones laborales, las mismas que se presentan como una forma de organización económica, en la cual las personas informales determinan el costo beneficio y evalúan lo que implica cumplir con la economía formal y los beneficios que se recibirá a cambio de ello⁵³¹. Por eso se dice que la informalidad surge, cuando los costos de registrarse en el marco legal y normativo de un país, son superiores a los beneficios que se perciben cuando uno es informal. De aquí se concluye que la informalidad se desarrolla cuando el marco legal y normativo es opresivo; los servicios que ofrece el Estado son de poca calidad y su presencia y control son débiles.

15.2. La economía informal: concepto

Cuando hablamos de la economía informal, nos estamos refiriendo a las actividades dedicadas a la producción de bienes y servicios, que generan ingresos no regulados por el Estado porque los agentes económicos que intervienen, no se adhieren a las normas institucionales establecidas, o a

⁵³¹ Maúl, H., *Economía Informal, superando las barreras de un Estado-Excluyente*, Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, Guatemala, mayo 2006, p. 4.

los que se niegan a su protección⁵³².

Según la OIT, se trata del conjunto de actividades económicamente desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Esto quiere decir, que la actividad de estas personas y empresas no están registradas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella. Si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple, o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos.

Lo que caracteriza a la economía informal es el funcionamiento de unidades económicas con el propósito primario de generar empleo e ingresos para personas involucradas en el sector informal. Tales unidades, se sitúan en zonas urbanas de los países en desarrollo; por lo general operan en un nivel bajo de organización, con poca división o separación entre trabajo y capital como factores de producción. Sus propietarios utilizan trabajadores independientes, a veces emplean a los miembros de la familia o a algunos asalariados o aprendices, utilizan técnicas rudimentarias y mano de obra escasamente calificadas por lo que su productividad es reducida; quienes trabajan en ese sector suelen obtener ingresos muy bajos e irregulares y su empleo es sumamente inestable, agrega la propia OIT.

Consecuentemente, la economía informal es marginal y de baja productividad por tratarse de un sector urbano constituido por la suma de trabajadores auto empleados, sin profesión, con familiares no asalariados y de servicio doméstico. Es por eso que, estar en el sector informal, quiere decir encontrarse al margen de las cargas tributarias, de las normas legales, aunque también implica no contar con la protección y los servicios que el Estado puede ofrecer. De manera que la economía informal, para los trabajadores, es un signo de pobreza, donde funciona el subempleo. En cambio, para el empresario informal, desde el punto de vista económico, puede resultar, una vía de enriquecimiento, pero con una resistencia a ingresar a la economía moderna.

15.3. El origen del sector informal

El año 1971, el antropólogo británico Keith Hart introdujo el término

⁵³² Portes, A. y Haller, W., *La Economía Informal*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile 2004, p. 10.

“sector informal” en su estudio sobre actividades de bajos ingresos, de personas sin formación, que emigraban del norte de Ghana a la Capital Accra y no encontraban empleo asalariado formal, dando lugar a la informalidad ocupacional.

Terminados los treinta años gloriosos de la economía, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el advenimiento de la revolución tecnológica y la crisis del petróleo, en 1980, en los países en vías de desarrollo, la economía informal se había convertido ya en un elemento permanente, pero subordinado y dependiente del desarrollo capitalista. Las empresas formales, reformadas y descentralizadas, en respuesta, mantienen solamente a un grupo básico de trabajadores permanentes y el resto son contratados en condiciones de inferioridad; o bien, subcontratan la producción de bienes o servicios de otras empresas. Hoy se afirma que en la mayoría de regiones desarrolladas más de la mitad del empleo, no agrícola, es informal, constituido por empleo independiente informal que incluye el trabajo por cuenta propia.

En 1990 se expande la economía informal con un empleo también informal, que en muchos casos infringe la normatividad legal. Como no se puede estar desempleado se recurre a esta clase de empleo para encontrar una salida al problema, aunque sin beneficios ni seguros. A su vez, la globalización de la economía contribuyó a la informalización de la fuerza laboral, porque puede generar nuevos empleos informales y nuevos mercados, aunque inaccesibles a los productores de pequeña escala y sobre todo, por considerar al trabajador como un simple recurso humano, sin considerar su carácter humano.

Hoy, la economía informal es admitida en el mundo y existe un interés renovado por su estudio y análisis, debido a que una gran parte de la fuerza laboral y de la economía mundial es informal y su ensanchamiento continúa en muchos contextos, apareciendo en lugares nuevos y de modos distintos⁵³³. Por otra parte, hay que tener en cuenta la afirmación que ya hicimos de que la informalidad no tiene que ver con los fines, sino con la forma de actuar, lo que significa que la diferencia fundamental entre la economía formal y la informal no guarda relación con las características del producto final, sino con la forma en que éste es producido o intercambiado. Así, por ejemplo, las prendas de vestir o los alimentos que se sirven, pueden originarse en sistemas productivos regulados por la ley, o fuera de éstos.

La caracterización negativa del sector informal ha sido cuestionada por

⁵³³ Alter Chen, M., *La Economía Informal. Definiciones, teorías y políticas*, Documento de Trabajo Wiego, n. 1, Agosto 2012.

algunos estudiosos del tema, que opinan todo lo contrario. Desde este punto de vista alternativo, las actividades informales se consideran un signo de dinamismo empresarial popular, descrito por Hart (1990, pág. 158) “como una instancia en que la gente retoma en sus propias manos parte del poder económico que trataron de negarle los agentes centralizados”.

El economista peruano Hernando de Soto reformuló el concepto original de Hart y le dio nuevo impulso. En su libro titulado *The Other Path* (El Otro Sendero, 1989), de Soto define la informalidad como la respuesta popular a la rigidez de los Estados “mercantilistas” predominantes en Perú y otros países de América Latina, que sobreviven otorgando el privilegio de participar legalmente en la economía a una pequeña élite. Así, a diferencia de la concepción sostenida por la OIT y el PREALC, que la consideran un mecanismo de supervivencia, en respuesta a la falta de creación de empleos suficientes en la economía moderna, las empresas informales, para Hart y el economista peruano, representan la irrupción de fuerzas reales del mercado en una economía aprisionada por las regulaciones del Estado (Portes y Schauffler, 1993).

16. El trabajo en la revolución industrial

La revolución industrial es una respuesta a un requerimiento social del hombre de entonces, que incluye un marco ideológico que lo sustente, una nueva concepción de la economía y el cambio técnico correspondiente. Estamos pues frente a un movimiento social, ideológico, económico y tecnológico. Para cumplir con los fines que persigue el presente artículo, nos concretaremos a examinar la parte tecnológica.

El requerimiento social que da lugar a la revolución industrial, exigía producir mercancías con más rapidez y de mejor calidad que las realizadas por los artesanos o por los asalariados de la época de la manufactura. La producción masiva de productos no podía depender ya de la mano de obra y de su herramienta del trabajador. La satisfacción de las necesidades de los mercados constituía una buena fuente de beneficios económicos y en consecuencia, el que disponía de capital podía invertirlos en esta actividad para dar inicio a la empresa capitalista que justamente satisfaga el requerimiento social.

De manera que el cambio técnico consiste en el pase del trabajador y su herramienta a la máquina, cuya energía de trabajo ya no depende de la fuerza del hombre, sino de un mecanismo proporcionado justamente por la máquina. En otras palabras, dentro del proceso productivo se introduce

el maquinismo. La máquina sustituye al trabajador, al ejecutar las operaciones que éste no puede realizar por sus limitaciones humanas, como son la resistencia, la fuerza, la rapidez y hasta la habilidad. Este cambio es muy importante, por eso se le ha etiquetado como una revolución, pero haciendo presente que no estamos afirmando que en esta época se diera los primeros vestigios de la máquina. Realmente, ésta existió con anterioridad, pero no tuvo la importancia que en esta ocasión adquiere. Existían ya máquinas cuya energía dependía de las caídas de agua. James Watt, lo que hace es crear una máquina de vapor de agua que hacía producir un movimiento continuo.

Así, el maquinismo dio origen a la gran industria para producir, en primer lugar, las máquinas y luego el uso de las mismas en el cumplimiento de sus fines, requiriéndose de lugares especiales, cuya unidad es la fábrica, donde mediante la división del trabajo, se logra una producción en serie.

Ahora, el proceso productivo, antes que individual es social o colectivo. De esta manera el modelo productivo implantado por la revolución industrial obedecía a un paradigma de la producción en serie, que se aleja del trabajo individual para dar paso al trabajo social, es lo que se conoce como el modelo del fordismo. Nace así la empresa concentrada y centralizada con multitud de trabajadores, que encuentran un ambiente propicio para la formación de los sindicatos que se encargan de equilibrar el poder de los empleadores, lo que redundaba en una capacidad negociadora para acumular derechos laborales, debidamente protegidos por el derecho laboral. Como ejemplo, podemos señalar a la empresa Cerro de Pasco Corporation o la CENTROMIN PERU, que tuvieron a su cargo la explotación de la actividad minera en el centro del Perú. Este es el tipo de empresa que predominó durante la revolución industrial. Estas entidades acumulaban todas las actividades que tenían relación con la empresa, tales como explotación, exploración, construcción de viviendas para sus trabajadores, transportes, colegios, cuidado de la salud, etc.

Este cambio técnico ha dado lugar a que el maquinismo origine dos líneas en el proceso de producción. Primero, los creadores de las máquinas donde está inmersa la imaginación y el invento creativo, a los que se denominan países altamente industrializados o desarrollados, frente a los que no crean la máquina, sino simplemente la utilizan. Es lo que Rafael Caldera⁵³⁴ denomina países de tecnología creativa y países de tecnología operativa. Así, por ejemplo, los primeros fabrican aviones, el tren bala,

⁵³⁴ Caldera, R., Derecho del Trabajo del siglo XXI, Ponencia presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo 1989.

pero los países que no son creativos, simplemente usan las máquinas, pero no las crean.

Como el derecho civil no pudo regular adecuadamente este comportamiento social, económico y tecnológico fue necesaria la creación de una nueva rama del derecho como es el derecho del trabajo, basado, entre otros, en el principio protector de los trabajadores, que es la parte débil. Sobre esa base se organiza todo un sistema de protección a nivel internacional que se aprecia en la creación de la OIT, La Declaración Universal de los Derechos Humanos y muchos otros tratados. Igualmente sucede con el derecho constitucional y con las leyes nacionales. Los Estados asumen el rol de hacer cumplir todo este ordenamiento protector. Para el efecto, este nuevo orden establece un sin número de principios y formalidades, basados en una característica del contrato de trabajo que se conoce con el nombre de la subordinación.

En tal sentido, para estar protegido por el derecho del trabajo, trabajador y empleador deben estar ligados por un contrato de trabajo, resultando así presuntivo el nombre de derecho del trabajo, a pesar de que no están comprendidos, en dicha disciplina, todos los que trabajan sino los que lo hacen subordinadamente. Para controlar esta situación se ha creado, por ejemplo, los libros de planillas. De manera, que si un trabajador no aparece en la planilla no es trabajador y, por lo tanto, no puede ser un asegurado obligatorio, tampoco puede pagar tributos. Lo mismo sucede con el pago de las retribuciones, cuando se permite que el empleador pueda discutir si tal o cual concepto corresponde abonar a sus trabajadores. En conclusión, gran parte de los conflictos, entre empleadores y trabajadores, provienen del incumplimiento de las formalidades establecidas por las normas laborales. Esto nos lleva a preguntarnos si el derecho del trabajo no es demasiado formalista.

Este es el derecho del trabajo sobre el cual se sigue insistiendo en la actualidad, a pesar que el comportamiento social laboral ya no es el mismo que el de la etapa de la revolución industrial y por lo tanto, no es posible seguir aplicándolo de la misma manera. Esto ha llegado a tal extremo que hay tendencias que sostienen que el modelo debe seguirse aplicando, aunque eso signifique recortar o abolir derechos que son fundamentales para los trabajadores.

17. El trabajo en la revolución tecnológica

El hombre del presente ha sido testigo del tránsito de la primera modernidad o revolución industrial, a una segunda modernidad

constituida por una revolución tecnológica. La primera definida por unas pautas de vida colectivas, el pleno empleo, el Estado nacional y asistencial, una naturaleza amordazada y explotada. La segunda modernidad, caracterizada por la crisis ecológica, el trabajo remunerado en retroceso, la individualización, la globalización y la revolución sexual. Esto significa una variación de las ideas maestras (coordenadas) del cambio, aparentemente ultra estables. Por el otro, porque el reto principal de la segunda modernidad consiste en que las sociedades deben reaccionar simultáneamente a este cambio en todos los planos. Es, por tanto, ilusorio tratar del futuro del trabajo sin tratar del futuro del Estado nacional y asistencial, a pesar del pesimismo sobre el tema político⁵³⁵.

La situación que observa Beck⁵³⁶ es que en los países semindustrializados, los trabajadores dependientes con empleo a tiempo completo representan sólo una minoría respecto a la gran masa de los económicamente activos. La mayoría vive en unas condiciones laborales precarias. Abundan los vendedores ambulantes y los pequeños artesanos, que se ofrecen como asistentes domésticos de toda suerte o los “nómadas laborales” que se mueven entre los campos de actividad más variados. Esta población no es algo residual, sino una variante de desarrollo en rápida expansión en las sociedades laborales postmodernas, que se están quedando sin esa modalidad atractiva, altamente cualificada y bien pagada que es la plena actividad laboral. Se trata, pues, de una sociedad de riesgo que lleva implícitas las desregulaciones de relaciones laborales y la flexibilización de las mismas.

Las primeras manifestaciones de este tránsito de la primera modernidad a la segunda, se hace visible a partir de la crisis del petróleo del año 1975 y el cambio tecnológico de la producción, así como el renacimiento del liberalismo que se sustenta en las leyes del mercado de la oferta y la demanda, perdiendo su vigencia el Estado Protector, con lo cual se puso fin al esquema laboral tradicional y a sus propios principios. En su lugar, se crea una alternativa bajo la denominación de flexibilidad laboral que busca cambiar, según se dice, la rigidez imperante del modelo tradicional. Frente a tal pretensión, no aparece antítesis alguna. Por el contrario, se sostiene que no se puede detener el cambio legislativo y que lo único que queda por hacer es, por lo menos, defender los principios que sustentó al modelo tradicional.

La solución propuesta es impracticable, debido a que la nueva alternativa

⁵³⁵ Beck, U., *Un nuevo Mundo Feliz*, trad. De Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, S. A, 2000, p. 25.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 9.

no sólo ha afectado disposiciones legales, si no que ha atacado los propios principios del derecho laboral, dando lugar al modelo laboral flexibilizado, inspirado en la productividad y la competitividad, con mayores facultades disciplinarias del empleador para un mayor sometimiento del trabajador, debilitando la imagen del sindicalismo.

Como ya dijimos, anteriormente, cuando se crea el derecho del trabajo tradicional, emerge como una novedad el principio protector, que tenía como objeto suprimir la desigualdad entre trabajador y empleador, protegiendo al primero que era la parte más débil. Este principio ha sido el más afectado por el nuevo modelo de flexibilización, que propicia la informalidad. Para lograr tal propósito ha sido necesario un cambio en la estructura y funcionamiento de la empresa tradicional, sometiéndola a un proceso de descentralización y desconcentración que anula el paradigma productivo de la producción en serie o fordista, que tenía en cuenta el trabajo social, para entrar en el sistema de la globalización que busca una mayor productividad.

Para el efecto se hace funcionar en red varios elementos, varias personas, varios trozos de empresas o varias empresas para hacer algo juntos, contando con la ventaja de la flexibilidad laboral. De esta manera las micros, las pequeñas y las medianas empresas de todo el mundo se convierten en las más dinámicas, las que crean más empleo, capaces de hacer innovaciones, son generalmente intensivas en el trabajo, pero que no tienen la masa de recursos, la capacidad de competir con grandes empresas en los mercados.

Pero si nos preguntamos por qué las citadas empresas son tan dinámicas. La respuesta es que se han constituido en alianzas entre ellas, en cooperativas, en redes, pero no en redes estables. Se trata que entre las mismas se ponen de acuerdo para hacer esto este año o este mes y como se dice cuando se nos acaba esta orden que nos ha llegado y ligado, tu por tu lado y yo por el mío⁵³⁷. O incluso la propia empresa desaparece y vuelve a aparecer cuando algo puede funcionar. Como se ve se trata de entidades que sólo aceptan las leyes naturales de la propia actividad, más no soportan normatividades jurídicas que impidan u obstaculicen, su diario quehacer.

⁵³⁷ Castells, M., “Globalización, tecnología, trabajo, empleo y empresa”, *La Factoría* n. 7, octubre, 1998, pp. 1-10.

18. El trabajo precario

Como ya dijimos, en la actualidad estamos viviendo la revolución tecnológica o segunda modernidad, caracterizada por un hito histórico en la evolución de la sociedad laboral. Si la revolución industrial o primera modernidad transcurrió bajo el signo de la reglamentación y la estandarización del trabajo, en la segunda modernidad se abre paso el principio inverso de la individualización del trabajo. La nueva tecnología permite una descentralización de las tareas laborales y su coordinación en redes de interacción en tiempo real, ya sea atravesando continentes o distancias menores. Para eso están los nuevos términos sacados del mundo de la administración que indican el camino que va seguir la evolución del trabajo. He ahí los términos que vienen del idioma inglés tales como outsourcing, lean production, subcontracting, consulting, etc. Se trata de barbarismos que sirven para señalar formas de empleos precarios que van desplazando a las empresas tradicionales.

En países como España e Italia, este trabajo informal ha tenido un alto significado que se acerca a un 35% del trabajo total. Esto mismo ocurre en países como Reino Unido y EE.UU. Hay que precisar que Reino Unido fue el precursor de la estandarización del trabajo en la revolución industrial. Hoy día es nuevamente el precursor del trabajo precario. Ya a inicios de la década de los 90, la tasa del trabajo no normal fue casi del 40%, correspondiente al trabajo a tiempo parcial, de los que el 85% eran realizadas por mujeres. Esta des estandarización del trabajo se viene incrementando, desde entonces, aceleradamente. A mayor abundamiento, tanto los países de la OCDE como la OIT sostienen en que el trabajo a tiempo parcial, desde los años noventa ha aumentado rápidamente en todos los primeros países industrializados, así como el trabajo temporal y el trabajo supuestamente autónomo⁵³⁸.

Esta precariedad se debe a que en las condiciones de la sociedad-red, el capital se coordina globalmente, mientras que el trabajo se individualiza. Como sostiene Castells⁵³⁹, el conflicto entre capitalistas, completamente distintos, de una parte, y clases de trabajadores divergentes, de la otra, se unen a la contradicción más fundamental entre la lógica pura de las corrientes de capital y los valores culturales de la experiencia humana. Esto origina que el mayor índice de crecimiento de todo el mundo lo registra el trabajo “precario”. En bastiones occidentales de la sociedad del

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁵³⁹ Castells, M., *The rise of Network Society*, Malden, 1996, trad. La sociedad red, Madrid, Alianza, 1998, p. 476.

pleno empleo ha irrumpido con fuerza lo discontinuo, lo impreciso, lo informal; en una palabra, se está produciendo la precariedad de occidente. De confirmarse esta dinámica, la mayoría de los trabajadores serán informales. Se ha destruido, pues, la idea maestra del pleno empleo, a saber 2% de los parados, trabajo normal por regla general, identidad social y seguridad por cada trabajo. Esto es ya historia.

Por otra parte, las relaciones de poder se desplazan. El trabajo se torna local y el capital, global. Nunca fueron los trabajadores tan vulnerables como en esta época, en la que trabajan de manera individualizada y más dependiente que nunca en redes flexibles cuyas reglas se han vuelto indescifrables para muchos. La solución a estos problemas pasa por un cambio en la vida cotidiana y en la vida política y que debe consistir en un cambio de perspectivas. Se trata de descubrir en la falta de trabajo disfrute del tiempo y asegurar adecuadamente la actividad laboral discontinua. Es decir, es necesario crear un derecho del trabajo discontinuo, que aleje al hombre del estrés laboral y del paro masivo, que permita al trabajador cambiar entre los distintos campos de actividad y coordinarlos adecuadamente de acuerdo a sus necesidades. De esa manera el trabajador podrá prestar sus servicios a un empleador, estudiar para mejor capacitarse laboralmente, dedicarse al trabajo doméstico, etc. En el fondo, se trata de un cambio en la organización de la vida; el hombre debe desligarse de esa cadena que lo obligaba a dedicarse por completo al trabajo, a tiempo completo, bajo jornadas de trabajo tediosas.

El problema que se plantea en esta etapa del trabajo precario consiste en darle una respuesta a los seres humanos a cerca de qué hacen con su tiempo y de dónde sacan su sustento y su imagen personal y qué hacen con su currículum profesional. En estos nuevos tiempos se están imponiendo otras formas de vida, no para todos, pero para una gran cantidad de personas. Es decir, no dependen del currículum profesional, sino que están hechos para el trabajo a tiempo parcial, con contratos temporales, para trabajos no retribuidos o cívicos, todo lo cual debe ser apoyado por el poder político. En la actualidad, por ejemplo, los parados no se quedan ya cruzados de manos en la cola de la oficina de paro, sino que buscan una cartera de actividades. Como sostiene Ralf Dahrendorf⁵⁴⁰, alguno de ellos son pagados, otros no. Es un mundo completamente loco éste que nos ha tocado vivir en comparación con el modelo ordenado e implacable de la vieja sociedad laboral. Luego agrega, dicho autor, que estamos en un período de transición y esto duele bastante, sobre todo a los varones, que no se acostumbran a que su excelente currículum

⁵⁴⁰ Citado por Beck, U., *op. cit.*, nota 7, p. 102.

académico no desemboque en unas oportunidades profesionales aseguradas.

19. Los cambios en el Perú

Si bien el Perú es un país donde no llegó a consagrarse la primera modernidad. En efecto no podemos afirmar que la sociedad laboral sea del pleno empleo, en razón que se trataba de una simple aspiración antes que de una realidad. Mientras en los países industrializados el desempleo era cíclico, en el Perú, era algo permanente. Por otra parte, la informalidad siempre ha superado al 50% de de la PEA, situación que es frecuente en los demás países de América Latina. La globalización ha influido decisivamente en estas precariedades y ha abierto el mercado laboral a la economía política de la inseguridad. En conclusión, podemos afirmar que se ha producido un aumento del desempleo, la aparición del subempleo, la reducción de los sueldos, un significativo aumento de los trabajos informales y marginales y una grave crisis de las formas tradicionales de organización laboral y de los sistemas de negociación colectiva.

Hoy se afirma que lo que podríamos llamar la gran empresa sólo llega a un 2% del total de las empresas, y que las 98% restantes corresponden al sector de las micros y pequeñas empresas y con una incidencia mayor del micro empresa. Del total de todas, más del 60% son informales. Para apreciar este cambio, a los que vivimos en Lima, nos basta recordar lo que era, hasta hace unos años, las avenidas Argentina y Colonial, que unen Lima y el Callao. En estas dos vías se asentaban las grandes fábricas manufactureras sujetas a la reglamentación tradicional. Hoy día, dichos locales han sido abandonados como escombros de un pasado que propiciaban el pleno empleo. Se trataba de empresas formales que quedaron inoperativas, con maquinarias y materias primas. La explicación que se dio fue que las mismas se habían tornado en no competitivas, debido a la globalización.

No nos explicamos que esta situación se debía a un proceso de cambio tecnológico que destruyó la empresa tradicional, para dar paso a la segunda modernización, caracterizada por el trabajo precario, informal, que se lleva a cabo fuera de la fábrica, mediante la descentralización de la gran empresa, donde el trabajador se relaciona con el mercado antes que con el empleador. De esta manera el proceso productivo deja de ser colectivo y social para convertirse en individual, evadiendo todo tipo de reglamentación y formalidad. Se legisla sobre la triangulación laboral, ya sea recurriendo a la intermediación laboral o al outsourcing.

La pregunta que cabe hacerse en este momento es quién sustituyó a las empresas tradicionales en el Perú. Cómo se confeccionan, en la actualidad, los bienes manufacturados?. Gran parte de eso se hace en los talleres de la calle Gamarra y alrededores o en hogares de familia, donde los propios trabajadores hacen de tales y de empleadores, sujetos a la informalidad, sin protección alguna de seguridad social, con remuneraciones por debajo de la ley, con derechos y beneficios recortados, sin el pago de tributo alguno. Es un ámbito regulado por algunas leyes pero que no se cumplen. El Estado ha intentado poner orden en este sector, mediante el dictado de disposiciones legales, sin lograr resultados favorables hasta el momento. En tal sentido, hasta en dos oportunidades, se han dictado dispositivos legales, pero tratando de mantener la normativa que se dictó al crearse el derecho del trabajo, a pesar que los requerimientos sociales actuales son distintos. A continuación, procederemos a efectuar un análisis de esos dispositivos que tienen que ver con la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al empleo Decente.

20. Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa

El 2 de julio del año 2003 se promulgó por primera vez la Ley 28015 que establece un marco jurídico para la promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, la misma que crea un régimen laboral especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de las microempresas, mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

Si bien estos fueron los propósitos de esta ley, pero desde el punto de vista laboral constituyó un retroceso respecto a los beneficios que habían alcanzado los trabajadores de acuerdo a la legislación tradicional. Es por eso que se le da el nombre de régimen especial, en razón que sus condiciones se diferencian del régimen general que es del que gozan el resto de trabajadores. De por sí la denominación de “régimen especial” es inadecuada porque sus diferencias no provienen de la naturaleza de las labores que realizan los trabajadores, sino del propósito del legislador de recortar los beneficios laborales para motivar a los empleadores a que se formalicen. Así, por ejemplo, se rebaja a quince días el descanso por vacaciones, se reduce el monto de la indemnización por despido arbitrario, se les priva de su carácter de asegurados obligatorios para los regímenes de pensiones. A este régimen especial se le puso un plazo de

vigencia de cinco años, lo que revela que la especialidad no deviene de su naturaleza, sino de la simple voluntad del legislador.

Lo anterior indica que, para dictar esta ley, no se ha tenido en cuenta el nuevo requerimiento social que plantean las nuevas relaciones laborales de la segunda modernidad, sino que se insiste en los mismos presupuestos que se tuvo cuando se crea el derecho del trabajo en su primera modernidad. Por lo tanto, la solución que plantea la ley 28015 no es la adecuada porque no ataca el nuevo problema social que plantea la precariedad de la segunda modernidad.

Por otra parte, la supuesta solución de la Ley 28015, sólo se preocupa de solucionar los intereses del Estado que son el pago del tributo, para cuyo efecto le interesa fundamentalmente la formalidad de las empresas. Para lograr este propósito el Estado ha entrado en un proceso de desprotección laboral que implica el recorte de derechos fundamentales y de esa manera motivar a los empresarios a que se formalicen. Al final, los únicos que pagan el precio de esta formalización son los trabajadores que se ven recortados en sus derechos, y los beneficiados, son el Estado que cobra sus tributos y los empleadores que logran abaratar la mano de obra de sus servidores.

De esta manera, en aras del logro de la formalización se van creando regímenes laborales diferenciados, no para beneficiar a los trabajadores, sino para perjudicarlos, esto es, para precarizar aún más a este sector de la población, no obstante que la Constitución, la propia OIT y los Tratados Internacionales como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagran los principios de igualdad y no discriminación. Como se podrá apreciar, en el fondo, parecería que la medida no tuviera como propósito regularizar y ordenar el caos de precariedad que existe en las relaciones laborales imperantes en la actualidad, para convertirse, más bien, en un pretexto o argumento para ir recortando gradualmente los derechos de los trabajadores.

21. El agravamiento del problema: expedición del Decreto Legislativo 1086

Vencido el plazo de los cinco años de vigencia de la Ley 28015 y en vista que en ese término no se logró los resultados de formalización de las micro y pequeñas empresas, el Estado peruano radicaliza su flexibilización laboral y para el efecto dicta el Decreto Legislativo 1086. En esta oportunidad, el gobierno de turno expande el campo de aplicación de estas empresas a una mayor cantidad de población, con cuya medida se

reduce la cantidad de trabajadores comprendidos en el régimen común tradicional, tal como lo podemos apreciar en la siguiente comparación:

La Ley 28015, en cuanto a la cantidad de trabajadores, establecía que la micro empresa podía abarcar de 1 a 10 trabajadores y la pequeña empresa, de 1 a 50 trabajadores. En cambio, el Decreto Legislativo, en lo que concierne a las microempresas señala la misma cantidad de servidores, pero al referirse a las pequeñas empresas, el número máximo lo incrementa a 100 trabajadores. Lo mismo sucede con el número de ventas anuales, al señalarse en ambos dispositivos que las mismas deben llegar a las 150 Unidades Impositivas Tributarias. En lo que concierne a las pequeñas empresas, la primera Ley señalaba que el número de ventas anuales debía ser de 850 Unidades Impositivas Tributarias, en tanto que el Decreto Legislativo 1086 lo elevó a 1700 Unidades Impositivas Tributarias. Hay que hacer presente que estos requisitos son concurrentes. En esta segunda oportunidad, la flexibilización del régimen laboral se agrava. En primer lugar ya no se trata de un régimen temporal, sino que se convierte en un régimen permanente. A los trabajadores de las pequeñas empresas se les reduce su compensación por tiempo de servicios a la mitad de los que tienen los del régimen común. En tanto que los trabajadores de las microempresas ya no percibirán este beneficio. Por otro lado, las gratificaciones por fiestas patrias y navidad, para los trabajadores de la pequeña empresa que antes eran de un sueldo, en cada oportunidad, se reduce a medio sueldo, pero dicho beneficio ya no lo tendrán los trabajadores de las microempresas.

Igualmente, el descanso vacacional de los servidores de las pequeñas y microempresas se reduce a 15 días, toda vez que los del régimen común tienen derecho a 30 días.

En cuanto al monto de la indemnización por despido arbitrario o injustificado, que en la actualidad equivale al importe de un sueldo y medio por cada año de antigüedad de servicios con un tope total máximo de doce sueldos, se ha reducido, en el caso de los trabajadores de la microempresa, a diez remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un tope máximo de noventa remuneraciones diarias. Esta indemnización, en el caso de los trabajadores de la pequeña empresa, equivaldrá a veinte remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un tope máximo de ciento veinte remuneraciones diarias.

En cuanto al seguro social en salud, los trabajadores de la microempresa han sido desafiliados de ESSALUD. En su lugar se les ha incorporado dentro del Seguro Integral de Salud a cargo del Ministerio de Salud, cuyas prestaciones obedecen a un sentido caritativo y asistencialista que antes estuvo a cargo de las Beneficencias Públicas. En cambio, los trabajadores

de las pequeñas empresas continuarán aportando a ESSALUD. Esta medida perjudicará, por una parte, la economía de la entidad aseguradora, en la medida que los empleadores de las microempresas dejarán de pagar aportes. Pero por otra parte, es un acto de discriminación que priva a estos trabajadores del seguro social obligatorio, en la medida que las prestaciones que brinda el Seguro Integral de Salud no tienen la misma jerarquía que el Seguro Social Obligatorio.

En lo que concierne a las pensiones, igualmente los trabajadores de las microempresas pierden su calidad de asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones o del Régimen Privado de Pensiones. Ante esta situación, el mismo Decreto Legislativo 1086 crea un sistema voluntario de pensiones sociales al que podrán afiliarse tanto los trabajadores como los conductores de las microempresas.

Como consecuencia, en la actualidad, existe en nuestro país un régimen laboral y un régimen de seguridad social que podríamos denominar general, que sólo comprende a los trabajadores antiguos. Es lo que podríamos llamar un régimen tradicional. Pero ante la precariedad de las relaciones laborales, se han dictado diferentes modelos flexibles que ocasiona un tratamiento diferencial que no permite lo que la OIT denomina el trabajo decente. Como ejemplo podemos citar algunos casos extremos que se han producido en la legislación peruana:

Se han abolido los derechos adquiridos y la retroactividad benigna de la norma a favor del trabajador. Para el efecto, se ha modificado el artículo 103 de la Constitución. En su lugar, ha sido reemplazado por la teoría de los hechos cumplidos que aparece en el Art. III del Código Civil, lo que significa la desprotección del trabajador. Lo anecdótico es que, de hecho, esta modificación no se les aplica a las entidades extranjeras a algunos funcionarios públicos como los Ex presidentes de la República ni a los miembros del Poder Legislativo. Por otra parte, la Ley de Relaciones Colectivas prohíbe la acumulación sucesiva de beneficios, lo que significa la negociación peyorativa, al despojar al trabajador de sus derechos adquiridos e impedir la acumulación de los mismos, estableciendo el concepto de caducidad de los derechos que el trabajador obtiene mediante convención colectiva.

Pero la desprotección del trabajador es más radical, cuando al dictarse el Decreto Legislativo 1057, que regula la situación de los servidores que ingresen a laborar al servicio del Estado a los que se les recorta ostensiblemente sus derechos laborales y de seguridad social.

22. Conclusiones

La legislación laboral peruana se fue estructurando durante el siglo XX y se enmarcó dentro de lo que llamamos el pleno empleo y en el que el Estado intervenía para proteger a la parte débil, que es el trabajador.

Esta protección se desvirtuó, a partir de los años setenta, mediante un proceso de flexibilización sin límites, que da lugar a relaciones precarias que perjudicaba enormemente el trato de los trabajadores.

Ante semejante temperamento, la OIT, lanzó la proclama del “trabajo decente”, para proteger a los trabajadores de esa precariedad, pero que lamentablemente los resultados no se aprecian hasta el momento.

El fenómeno de la globalización creó sus redes en las inversiones de capitales, pero el trabajo no se globalizó nunca, desmejorando la situación de la mano de obra.

El fenómeno de la informalidad, inmerso en la precariedad, que es grave en países como el nuestro, ha llevado al Estado a legislar sobre política contra la informalidad, recurriendo, equivocadamente, a la destrucción del derecho del trabajo.

En consecuencia, la política de lucha contra la informalidad es un buen pretexto para la abolición de los derechos laborales, resultando la formalización nada más que eso.

Para la solución de la informalidad, se requiere un estudio adecuado de la sociedad laboral actual, que nos permita superar los problemas de fondo y de forma que interesa a todos los países inmersos en dicho fenómeno.

23. Bibliografía

Alter, Chen, M., *La Economía Informal*, Documento de Trabajo Wiego, n. 1 del 2012.

Beck, U., *Un nuevo mundo feliz*, trad. De Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2000.

Cabanelas, G., *Diccionario de Derecho Usual*, tomo 7, Buenos Aires, Heliasta, 2008.

Castells, M., “Globalización, tecnología, trabajo, empleo y empresa”, *La Factoría*, n. 7, 1998.

Castells, M., *The rise of network society malden*, Madrid, 1996.

Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., “Crítica de la subordinación, parte I”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, 2002.

- Fernández-Baca, J., *Macroeconomía, teoría y aplicaciones*, Tomo II, Universidad del Pacífico, Lima, 2000.
- Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., 1994.
- Friedman M. y Friedman R., *Libertad de Elegir*, Trad de Carlos Rocha, Barcelona, Grijalbo, 1980.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B., “El autónomo económicamente dependiente, problemática y métodos”, *Revista Aranzali Social*, n. 18, España, 2003.
- Informe del Comité de Libertad Sindical, República de Corea del Sur, (caso n. 2602), informe n. 350.
- Instituto Apoyo, *Economía para todos*, Ed. Bruño, Lima, 1997.
- Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ra Ed. Trad. De Eduardo García Maynes, México, UNAM, 1969.
- Maul, H., *Economía Informal, superando las barreras de un Estado-Excluyente*, Centro de Investigaciones, Guatemala, 2006.
- Nierzsche, F., *El anticristo*, trad. Antonio Nicéforo, Lima, Ed. Viacabo, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo, *Trabajo decente y protección para todos*, Lima, 1990.
- Portes, A., Haller, W., *La economía informal*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2004.

El Trabajo Autónomo: un análisis comparado de Italia y España

Alma Elena RUEDA RODRÍGUEZ*

RESUMEN: El trabajo autónomo generalmente ha sido concebido dentro del marco de las relaciones jurídicas propias del derecho privado, sin embargo, en los últimos años ha surgido una nueva forma del mismo, llamado por la doctrina italiana como trabajo parasubordinado, en España es conocido como trabajo autónomo económicamente dependiente, en Alemania como *arbeitnehmerähnliche person* y en Francia es identificado a través de los *contrats de dépendance à susjéction imparfaite* y con los *travailleur économiquement dépendant*. La presente investigación tiene como objetivo analizar el trabajo autónomo bajo dos escenarios específicos, el italiano y el español, tomando en análisis estas dos legislaciones porque Italia es uno de los primeros países que reconoció a la parasubordinación, mientras que España es el primer país que reguló sistemáticamente y unitariamente al trabajo autónomo en la Unión Europea.

Palabras clave: Trabajo autónomo, trabajador autónomo económicamente dependiente, trabajo parasubordinado.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Trabajador Autónomo. 3. Trabajo Parasubordinado o Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente. 4. La zona gris del Derecho del Trabajo. 5. Derechos Individuales. 6. Derechos Colectivos. 7. Seguridad Social. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

* Doctora en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo por la Universidad de Bérgamo (Italia), ADAPT- CQIA.

The Self-Employment: A comparative analysis of Italy and Spain

ABSTRACT: Self-employment has been conceived within the framework of the private law, however, in recent years it has emerged a new form, identified by the Italian doctrine as parasubordinate work, in Spain is known as *trabajo autónomo económicamente dependiente*, in Germany as *arbeitnehmerähnliche person* and in France is identified through the *contrats de dépendance à sujétion imparfaite* and *le travailleur économiquement dépendant*. The objective of this research is study self-employment in two specific perspectives, Italian and Spanish law, we have decided to take in analysis these legislations because Italy was one of the first countries that recognized the parasubordination, while Spain, was the first country that regulated systematically and unitary self-employment in the European Union.

Key Words: Self-employment, economically dependent autonomous worker, “parasubordinate” worker.

1. Introducción

El trabajo autónomo ha sido configurado tradicionalmente dentro de un marco de relaciones jurídicas propias del derecho privado, lo anterior debido a que su principal característica es la ausencia del vínculo de subordinación y la heterogeneidad, pues como menciona el profesor Gérard Lyon-Caen, la situación del trabajo autónomo es más bien una pluralidad de derechos – privados – de las profesiones, más o menos desarrollados y en ocasiones condicionados por la naturaleza y por objeto de la actividad ejercitada⁵⁴¹. Por ejemplo, en Italia el trabajo autónomo no contempla un tipo de disciplina unitaria, sino una serie de disciplinas diferenciadas que transitan por el *contratto d'opera*⁵⁴², y en España el trabajo autónomo se articula a través de una pluralidad de negocios jurídicos⁵⁴³, sin embargo, en los últimos años, en particular desde la segunda mitad del siglo pasado, los cambios socio-económicos han provocado que surja una nueva forma del mismo en el mundo del trabajo autónomo. Italia ha sido el primer país en reconocer esta nueva forma identificada como *lavoro parasubordinato*⁵⁴⁴, posteriormente otros países Europeos han reconocido la figura de la parasubordinación, no obstante, la han nombrado de distintas manera, por ejemplo, en Alemania se le denomina *arbeitnehmerähnliche person*⁵⁴⁵, en Francia es identificada con los *contrats de dépendance à susjéction imparfaite* y con los *travailleur économiquement dépendant*, en España se le llama trabajo autónomo económicamente dependiente, mientras que en Inglaterra esta figura se identifica directamente con los *dependent self-employment workers o dependent entrepreneurs*. Entonces, nos enfrentamos ante un nuevo colectivo, los trabajadores parasubordinados, que son quienes realizan su trabajo profesional arriesgando sus propios recursos económicos y aportan su trabajo personal, en su mayoría lo hace sin la ayuda de ningún asalariado y su principal característica es la dependencia económica, la cual justifica un nivel de protección social semejante a los trabajadores subordinados.

La presente investigación tiene como objeto estudiar el trabajo autónomo en dos escenarios específicos, el italiano y el español, hemos decidió tomar en análisis estas dos legislaciones ya que Italia es uno de los primeros

⁵⁴¹ Lyon Caen, G., “Le Travail non salarié”, éditions Sirey, Paris, 1990 citado en Bano, F. *et al.*, *Lavoro autónomo*, Torino, UTET, 2003, XVII p.

⁵⁴² Perulli A., “Lavoro Autonomo”, en Bano, F., *Lavoro Autónomo*, UTET, 2003, p. XIX.

⁵⁴³ Palomeque López, C., “El trabajo Autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, *Revista crítica de teoría y práctica*, n. 1, 2000, p. 430.

⁵⁴⁴ El *lavoro parasubordinato* se traduce como trabajo parasubordinado.

⁵⁴⁵ El cual puede ser traducido como trabajo similar al trabajo subordinado.

países que reconoció a la parasubordinación, mientras que España es el primer país que reguló sistemáticamente y unitariamente el trabajo autónomo en la Unión Europea. Es importante mencionar que, como en todas los estudios comparados, en el presente se deberá forzosamente tomar en cuenta que cada situación nacional responde a un contexto histórico, sociológico, político y económico distinto entre si.

2. El Trabajo Autónomo

En Italia el trabajo autónomo encuentra regulación en la legislación civil⁵⁴⁶, y es identificada directamente a través del *contratto d'opera*, en el Título III, intitulado “Del trabajo autónomo”, capítulo I, del libro V, del Código Civil Italiano⁵⁴⁷ y es definido como el contrato en el cual una persona se obliga ante otra a cumplir la realización de una obra o un servicio, los cuales deberán realizarse con trabajo prevalentemente propio y sin ningún vínculo de subordinación ante el comitente⁵⁴⁸. Es importante referir que el trabajo autónomo en Italia no contempla un único tipo de trabajo, sino que más bien, contempla una serie de disciplinas diferenciadas que transitan por el *contratto d'opera*, contrato que tiene dos versiones: la primera, los libres profesionistas (*liberi professionisti*)⁵⁴⁹, que son todos aquellos trabajadores que realizan una prestación de tipo intelectual y, la segunda, los trabajadores autónomos manuales (*lavoratori autonomi manuali*)⁵⁵⁰, es importante mencionar que estos no tienen ningún tipo de derecho laboral pues están regulados por el Código Civil, situación diversa a la que se presenta en España, pues el trabajador autónomo cuenta con una ley específica para ellos en el país, la Ley 20/2007⁵⁵¹, sin embargo, es preciso recordar que antes de la entrada en vigor de esta ley el trabajo

⁵⁴⁶ Del artículos 2222 al 2228 del Código Civil Italiano. El Código puede ser consultado en <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>

⁵⁴⁷ Este contrato puede ser traducido como contrato de obra en español.

⁵⁴⁸ Artículo 2222 del Código Civil Italiano. *Cfr.* <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>

⁵⁴⁹ Los libres profesionistas son definidas en el artículo 2229 Código Civil como todas aquellas que para su ejercicio deban registrarse en los respectivos registros o colegios profesionales. Éstos, para su estudio, se pueden dividir en dos: aquellos a los que es obligatoria la inscripción a un colegio profesional y aquellos a los que no.

⁵⁵⁰ El *contratto d'opera* tiene dos versiones: la intelectual y la manual.

⁵⁵¹ La ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo fue publicada en Boletín Oficial del Estado número 166 el 12 de julio del 2007. La ley Puede ser consultada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409&p=20150910&tn=0>

autónomo no contaba con un concepto jurídico específico, pues no existía ningún ordenamiento legal que lo definiese, esta situación obligó a que la doctrina realizaría una definición por la técnica de exclusión o por negativa⁵⁵². Entonces, en España la situación inicial del trabajo autónomo estaba caracterizada por una ausencia de legislación, pero tras la necesidad de introducir cierta homogeneidad normativa que garantizara la seguridad jurídica a este colectivo de trabajadores, fue publicada la legislación que regularía por primera vez sistemática y unitariamente este tipo de trabajo, la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, también llamada LETA. De esta forma, España dotó de una ley-marco⁵⁵³, pionera no sólo a la Unión Europea, sino también al mundo, pues establecía un régimen jurídico mínimo, común e inderogable para todos los autónomos. Es así que el objetivo de esta ley, además de brindar seguridad jurídica al trabajador autónomo, también fue el de crear un marco integrador que concediera cierta uniformidad a la regulación de este tipo de trabajo tan específico, destacando que en ningún momento se pretendía reglamentar todo el universo del trabajo autónomo, pues lo anterior sería una tarea imposible por la diversidad y complejidad de este colectivo, es por esta misma razón que la propia ley señala también como fuentes del derecho autónomo a las legislaciones específicas aplicables a la actividad del autónomo y a la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la relación jurídica del

⁵⁵² Sobre la técnica de exclusión o por negativa se partía de la noción subordinada del trabajador establecida en el Estatuto de los Trabajadores (ET), se tomaron en cuenta las notas típicas que identifican al trabajador dependiente o subordinado y, de esta forma, si el trabajador subordinado era definido como aquél que voluntariamente presta servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica denominado empleador o empresario, entonces, para el trabajador autónomo concurrían las notas de ajenidad, dependencia y remuneración que caracterizaban la relación contractual dependiente de esta manera, el trabajo autónomo era definido como un trabajo lucrativo que se desarrollaba por cuenta propia, de forma independiente, no remunerado salarialmente y que no se encontraba bajo la esfera de organización de un tercero. Adicionalmente este concepto que era realizado por la técnica de exclusión también era completado por la definición que brindaba la seguridad social. *Cfr.* Valdés Alonso, A., “El Trabajo Autónomo en España: evolución concepto y regulación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2000, n. 26, p. 28.

⁵⁵³ Pues era la primera vez que se regulaba al trabajo autónomo en una sola legislación, sin embargo, es importante precisar que la LETA también se caracteriza por ser una norma marco de carácter estatutario, es decir, no es una legislación que regule a detalle el régimen legal de los trabajadores, por lo tanto, se identifica como una norma con pautas de generalidad, brindando un tratamiento unitario para un colectivo bastante heterogéneo: los autónomos y los trabajadores autónomo económicamente dependientes.

trabajo autónomo⁵⁵⁴. La LETA define al trabajador autónomo como aquella persona física que realiza 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, dando o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial⁵⁵⁵.

De lo anterior podemos advertir que en España, el legislador ha creado una ley específica que regula a este colectivo, en la cual brinda una definición precisa sobre quién es el trabajador autónomo, situación diversa a la que se presenta en Italia, pues el trabajo autónomo no contempla un tipo de disciplina unitaria, sino una serie de disciplinas diferenciadas que transitan por el *contratto d'opera*⁵⁵⁶, sin embargo, a pesar de que en ambos países están regulado distintamente, se observa que el trabajo autónomo es caracterizado principalmente por la ausencia del vínculo de subordinación, por realizar una actividad con trabajo prevalentemente propio y por la heterogeneidad que presenta este tipo de trabajo⁵⁵⁷, pues al estar compuesto por diversas situaciones es imposible pretender una uniformidad.

3. Trabajo Parasubordinado o Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente

Como ya lo hemos referido, Italia ha sido uno de los primeros países que reconoció la parasubordinación, la cual encuentra su primer antecedente en la Ley número 533⁵⁵⁸, de 11 de agosto de 1973, legislación que

⁵⁵⁴ Con relación a las fuentes confróntese el artículo 3º de la Ley 20/2007.

⁵⁵⁵ Artículo 1º de la LETA.

⁵⁵⁶ Perulli, A., "Lavoro Autonomo", en Cendon, P. (dir.), Collana *Il diritto privato nella Giurisprudenza*.

⁵⁵⁷ La heterogeneidad del trabajo autónomo, es entonces una característica es común para la mayoría los sistemas jurídicos europeos que lo regulan, por ejemplo España y Francia, pues como explica el profesor Gérard Lyon- Caen, el trabajo autónomo se caracteriza principalmente por una marcada heterogeneidad de los regímenes jurídicos, pudiendo afirmar que no existe un sólo derecho que lo respalde, siendo apoyado por una pluralidad de derechos (privados) de las profesiones, más o menos desarrollada y a veces condicionada de la naturaleza y del objeto de la actividad ejercida. *Cfr.* Lyon Caen, G., "Le Travail non salarié", éditions Sirey, Paris, 1990 citado en Bano, F. *et al.*, *Lavoro autonomo*, Torino, UTET, 2003, XVII p.

⁵⁵⁸ La Ley 533 se puede consultar en: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1973-08-11;533!vig=>

específicamente reformaba el artículo 409, numeral tercero, el cual a su vez, modificaba directamente al Título IV, del libro segundo, del Código de Procedimientos Civiles. Esta reforma, con fines meramente procesales, extendía disposiciones concernientes a las controversias laborales, es decir, el derecho de interponer un proceso laboral para poder dirimir las polémicas presentadas en las relaciones de agencia, en las de representación comercial y en otras relaciones que se traducían en un empleo continuo y coordinado, de carácter personal y sin carácter de subordinación. En relación con lo anterior, podemos señalar que esta ley no se brindaba una definición precisa del trabajo parasubordinado, como lo hace hoy el artículo 2094 del Código Civil Italiano, sino que sólo indicaba una categoría de relación⁵⁵⁹ con diversas naturaleza y con la única finalidad de brindarle la aplicación del derecho laboral⁵⁶⁰. Posteriormente a la ley de 1973, en el país el trabajo parasubordinado se identificó inmediatamente a través de dos figuras principales: la *collaborazione coordinata e continuativa* y la *collaborazione coordinata e continuativa a progetto*⁵⁶¹. La *collaborazione coordinata e continuativa* o también llamada *co.co.co.*, está regulada del artículo 61 al 69 bis del Decreto Legislativo número 276/2003, comúnmente conocida como la *Legge Biagi*⁵⁶², concretamente el artículo 61 establece que la *collaborazione coordinata e continuativa* es una actividad de trabajo personal, con plena autonomía, sin un vínculo de subordinación, atribuible a uno o más proyectos específicos o a un

⁵⁵⁹ Si bien es cierto que esta ley sólo indicaba una categoría de relación, también lo es que a partir de la presencia de esta ley se pueden identificar los elementos necesarios de este tipo de trabajo: el primero de éstos es el de la colaboración, entendida como la realización de una actividad sin el vínculo de la subordinación, pues la persona no es insertada en la estructura de la organización de la empresa; el otro elemento es la coordinación, la cual reconoce al trabajador una libertad respecto de la modalidad, el tiempo y el lugar donde ejecute el servicio; otro elemento importante es la continuidad de la prestación, esto es, dicha prestación no podría ser ocasional y, por último, será necesario el carácter personal al realizar dicha colaboración.

⁵⁶⁰ Cabe mencionar, que como refiere el profesor Santoro- Pasarelli, este artículo alimentó un intenso debate doctrinal y legislativo sobre la oportunidad o no de individualizar una nueva forma de trabajo para este tipo de relación laboral coordinada y continuativa. Santoro-Pasarelli, G., *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, Jovene Editore, 2015, p. 2.

⁵⁶¹ Estos dos tipos de contrato podrían ser traducidos como trabajo coordinado y continuado y trabajo por proyecto, sin embargo, hemos decidido dejar el nombre original, pues a nuestro parecer, al realizar una traducción se perdería la esencia y la originalidad los conceptos.

⁵⁶² El Decreto Legislativo del 10 de septiembre de 2003, n. 276 y titulado: “Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30” fue publicado en a Gaceta Oficial el 9 de octubre de 2003, para su lectura: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl.htm>.

programa de trabajo o fase del mismo, determinado por el cliente y gestionado de forma independiente por el trabajador en función a un resultado. Respecto de la coordinación, ésta debe ajustarse a la organización del cliente y debe ser independiente al tiempo empleado para la realización de la actividad. Posteriormente, la Ley número 92, de 28 de junio de 2012, titulada “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, también conocida como *Riforma Fornero*, marcó un antes y un después para la *collaborazione coordinata e continuativa*, pues en su artículo 1º, de los numerales 23 al 26, se establecían diversos cambios que modificaban a la *co.co.co*, creando de esta manera un nuevo tipo de contrato denominado *contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto*, también llamado como *co.co.pro.* o bien, *lavoro a progetto*, de esta forma, se establecieron requisitos mucho más rígidos con el fin de evitar el fraude en las relaciones de trabajo subordinadas. En particular, la reforma en el número 23, eliminaba la referencia “programa de trabajo o fase del mismo”⁵⁶³, elemento que para el profesor Perulli agregaba un máximo grado de incertidumbre, pues al no dar una precisión clara de lo que se entiende por fase del mismo, establecía un concepto totalmente abierto que puede permitir excesos, por lo que a partir de 18 de julio de 2012 en adelante, todas las *co.co.pro* debían ser exclusivamente utilizadas sólo para la realización de uno o más proyectos específicos determinados por el cliente y realizados por el trabajador, esto es, el proyecto debía estar unido funcionalmente a un resultado específico y particular, el cual debía ser el fruto de un trabajo intelectual o profesional del colaborador, prohibiendo vincular este proyecto a una actividad ordinaria de la empresa, es decir, esta actividad no podía ser una mera repetición, pues seguir meramente las órdenes y realizar funciones repetitivas, era nada menos que estar bajo la subordinación del empleador. Sin embargo, esta no es la última reforma, pues el Decreto Legislativo número 184, titulado “*Decreto legislativo sulla disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni (a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183)*”, y refiriéndonos en particular al artículo 52, párrafo primero del Decreto Legislativo número 81/ 2015⁵⁶⁴, también conocido como *Jobs Act*, deroga al *contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto*, permitiendo su aplicación excepcionalmente a los contratos ya vigentes antes de la fecha de entrada en vigor de éste.

⁵⁶³ Programma di lavoro o fase di esso.

⁵⁶⁴ Titulado “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183”, el cual puede ser leído en el siguiente link: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/06/24/15G00095/sg>

Recapitulando, la figura de las *co.co.pro* ha sido eliminada, a partir de 2015⁵⁶⁵, por lo tanto, ya no se podrán celebrar este tipo de contratos, lo anterior encuentra su justificación argumentando que éstos servían para disfrazar relaciones de trabajo subordinadas⁵⁶⁶. Lo importante será ver en un futuro cómo es que estos cambios, que pueden parecer a primera vista “retrocesos”, beneficiarán o perjudicarán a los trabajadores parasubordinados. Sobre el tema, consideramos importante mencionar, que la “historia” legislativa del trabajo subordinado no termina con el *Jobs Act*, pues el pasado 28 de enero del presente año, se ha presentado una propuesta legislativa titulada “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato a tempo indeterminato*”⁵⁶⁷, y si bien es cierto que una propuesta de ley no cobra importancia hasta que no es aprobada, también lo es que en la presente investigación es significativo referirlo, pues de ser aceptada podría marcar un antecedente para que Italia legislará en un sólo ordenamiento jurídico al trabajo autónomo.

Por otra parte, en España la figura del trabajador parasubordinado es directamente identificada con el trabajador autónomo económicamente dependiente, también llamado TRADE, el cual es reconocido y regulado por el capítulo III de la misma ley del trabajo autónomo, es decir, la Ley 20/2007, específicamente el artículo 11 los define como aquéllos trabajadores que realizan una actividad económica o profesional a título

⁵⁶⁵ Al respecto, el profesor Michele Tiraboschi refiere que el legislador al abrogar esta figura ha definido el área del *lavoro etero-organizzato*. Cfr. Tiraboschi M., *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2015, p. 66.

⁵⁶⁶ En relación con esta última reforma, conocida como *Jobs Act*, existen varios puntos de vista sobre la eliminación de las *co.co.pro*, por ejemplo, el profesor Tiziano Treu, en su artículo *In tema de Jobs Act. Il Riordino dei tipi di Contrattuali*, explica que esta reforma fue guiada por la preocupación de contrarrestar el uso fraudulento de recurrir al trabajo parasubordinado, disfrazando las relaciones de trabajo subordinado, pues la parasubordinación, ha favorecido una verdadera fuga del trabajo subordinado. En este mismo sentido, la doctrina italiana ha mencionado que a través de esta ley se puede hablar de una “superación” de las relaciones *collaborazione coordinata e continuativa*, sin embargo, en realidad el *Jobs Act* plantea nuevos problemas de interpretación, pues como explica el profesor Adalberto Perrulli, el *co.co.pro* está siendo derogado con la justificación que este tipo de contrato fomentaba un tipo de trabajo precario, pero que ahora la situación será más complicada y delicada, pues sin esta figura, se está haciendo una regresión masiva y “salvaje” a los contratos *co.co.co* (*collaborazioni coordinate e continuative*) que, la mayoría de las veces, es mucho más peligrosa, toda vez que no existe ningún proyecto que cumplir, por lo que se puede fácilmente confundir con una relación de trabajo subordinado.

⁵⁶⁷ También llamado Estatuto del trabajo autónomo. Puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.governo.it/provvedimento/provvedimento-a3105392801163/4105>

lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependerán económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales⁵⁶⁸. Es importante destacar que la ley establece para el reconocimiento de éste se deberán de reunir ciertos requisitos en el desempeño de su actividad, los cuales son: no podrá tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, ni contratar o subcontratar una parte o toda la actividad que desempeña con terceros, ya sea actividad contratada con el cliente del que depende económicamente, o bien, actividades que pudiera contratar con otros clientes (sin embargo, este requisito a sido reformado⁵⁶⁹); deberá ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; deberá disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes a los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; deberá desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; y, por último, deberá percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente, asumiendo riesgo y ventura de aquélla. En alusión a lo anterior, es obligatorio referir que el TRADE además de reunir los requisitos anteriores deberá ser reconocido legalmente como éste, es decir, este reconocimiento depende de la existencia de un contrato de trabajo, el cual debe ser presentado de forma escrita⁵⁷⁰ y debe obligatoriamente ser inscrito en el registro de contratos de

⁵⁶⁸ La definición de los TRADE es establecida por el artículo 11 de la LETA.

⁵⁶⁹ Este requisito ha sido reformado el 9 de septiembre del 2016, estableciendo que con respecto a la prohibición de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, no será de aplicación en situaciones específicas, permitiendo a los TRADE la contratación de un solo trabajador siempre y cuando se cumplan con los siguientes ciertos supuestos: cuando la trabajadora esté en riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de un menor de nueve meses; en los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente; por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo; por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada y por ultimo, en el caso de tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada. La justificación de esta reforma se encuentra en la búsqueda de conciliación de la vida profesional y personal de este colectivo de profesionales. La reforma puede ser consultada en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/09/10/pdfs/BOE-A-2015-9735.pdf>

⁵⁷⁰ El contrato puede ser de naturaleza civil, mercantil o administrativa.

trabajadores autónomos económicamente dependientes. En este orden de ideas, si se presentara la hipótesis de que el TRADE no contará con un contrato, deberá solicitar a su cliente la formalización de éste a través de una comunicación fehaciente, y si el cliente se negase o trascurriera un mes a partir de la comunicación y no se formalizará la relación, el trabajador podrá requerir el reconocimiento de TRADE ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

No obstante que la mayoría de las veces en la bibliografía consultada⁵⁷¹ los conceptos de “trabajo parasubordinado” y “trabajo autónomo económicamente dependiente” suelen ser usados como sinónimos para describir a una categoría de trabajo que no es ni trabajo subordinado y ni trabajo autónomo, se debe destacar que en realidad no son del todo sinónimos pues existe una principal diferencia entre ellos, pues cuando hablamos de trabajador autónomo económicamente dependiente tal y como hace referencia la legislación Española, debemos concebir a éste como un tipo de trabajador autónomo, mientras que el trabajo parasubordinado como lo contempla la legislación italiana, ubica a este tipo de trabajo como una tercera categoría entre el trabajo autónomo.

4. La zona gris del Derecho del Trabajo

Ante el estudio de los elementos que se presentan tanto en el trabajo subordinado como en el autónomo debería ser tarea fácil distinguirlos entre sí, sin embargo, existen casos en los que debido a las propias características de la actividad desempeñada, no es fácil identificarlo como trabajo autónomo o como trabajo subordinado, pues el vínculo de subordinación se encuentra muy “esfumado” o de difícil individualización, es entonces que nos encontramos ante la comúnmente llamada área o zona gris, en este sentido, el profesor Martín Valverde refiere que el rasgo característico de la zona gris del Derecho del Trabajo, es precisamente la especial dificultad o complejidad de la calificación o no como laborales de ciertas prestaciones de trabajo⁵⁷²; en ellas la línea divisoria entre las que tienen carácter laboral y las que no lo tienen no se distingue fácilmente

⁵⁷¹ Por ejemplo, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), en su sesión celebrada el día 29 de abril del 2010, el Comité refiere que el trabajador parasubordinado es también denominado trabajador autónomo económicamente dependiente.

⁵⁷² Martín Valverde, A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 83, 2009, p. 22.

como el negro sobre el blanco. Generalmente esta problemática no se presenta dentro de grandes empresas, sino con colaboradores de un *call center* o los vendedores a domicilio, el consultor o el asesor, el colaborador de un periódico, el colaborador de un programa de televisión, etc., es decir, se presenta con relaciones que, de acuerdo a sus diversas características, podrían ser encuadradas, tanto en un tipo de trabajo como en otro diverso.

En Italia, estos problemas sobre las cuestiones de la distinción entre la relación de trabajo autónomo o el trabajo subordinado son confiados a la jurisprudencia, quien decide caso por caso cuál es la disciplina aplicable a estos particulares casos en los que exista la duda de la cualificación jurídica. Al respecto, el profesor Tiraboschi⁵⁷³ menciona que este juicio de cualificación dependerá al realizar un afrontamiento entre las cuestiones, los índices subsidiarios y las modalidades concretas en que se ejecuta la prestación; también menciona que este razonamiento no es realizado por clásico silogismo, el cuál es también llamado *metodo sussuntivo*, sino por el denominado *metodo tipologico*. Recordemos que el primer método, el *sussuntivo*, es aquel en donde en el juicio realizado para identificar al tipo de trabajo deberá existir la perfecta conformidad o acuerdo entre el caso concreto y el tipo legal de trabajo subordinado tipificado por el legislador, mientras que en el segundo método, se decidirá con base en la identificación del tipo a través de la realización de un juicio, es decir, se hará un estudio del contenido jurídico relevante del contrato, para que al final, como resultado, se elabore una interpretación, la cual no sólo estará guiada por lo que está establecido en el contrato, sino que esta cualificación será establecida con referencia a la modalidad de cómo es desarrollada o ejecutada la prestación. Sin embargo, el profesor menciona que la utilización del *metodo tipologico* no siempre es posible. De igual manera, en España el profesor Martín Valverde alude que la perspectiva de la jurisprudencia resulta particularmente apropiada para contemplar el trazado de las fronteras del contrato de trabajo, y los casos de cualificación difícil que se ubican en las proximidades de las mismas⁵⁷⁴.

Con relación a lo anterior, un cuestionamiento que podríamos realizarnos sería: ¿el trabajo parasubordinado o el también conocido trabajo autónomo económicamente dependiente se sitúa en la zona gris del derecho del trabajo?, al respecto, el profesor Perulli en un estudio encomendado para la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del

⁵⁷³ Tiraboschi, M., *Teoria e Pratica dei Contratti di Lavoro*, Adapt University Press, 2015, p. 50.

⁵⁷⁴ Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 40.

Parlamento Europeo⁵⁷⁵, afirma que este tipo de trabajo se sitúa en medio del camino entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo (la llamada zona gris), sin embargo, a nuestro parecer el trabajo parasubordinado no podría estar en la zona gris del derecho del trabajo pues es una categoría que se encuentra entre el trabajo autónomo y el subordinado la cual marca sus fronteras con sus propias características y por lo tanto no podría encuadrar en esta zona, pues más bien en ésta se encuentran, como y a lo hemos explicado, casos en los que debido a las propias características de la actividad desempeñada no es fácil identificarles ni como trabajo autónomo, ni como trabajo subordinado, ni como parasubordinado.

4.1. Los Falsos Autónomos

Los falsos autónomos en España son trabajadores que, estando inscritos en el RETA y manteniendo una relación formalmente mercantil por la empresa, desarrollan en la práctica un trabajo asalariado para un único empleador, es decir, con obligaciones de jornada, horario, vacaciones y bajo una dependencia y una retribución fija. Situación claramente fraudulenta, pues el empleador no reconoce la relación laboral de falso autónomo, colocándolo en una posición de inferioridad, pues éstos tienen las mismas obligaciones que un trabajador dependiente, pero no así los mismos derechos; por su parte, la empresa o el empleador se ven claramente beneficiados, pues se sustrae de los deberes impuestos por el derecho laboral y de la seguridad social. Lo anterior, no es más que un fraude de ley establecido en el artículo 6 del Código Civil Español⁵⁷⁶, y es calificado como una infracción grave según lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁵⁷⁷. En alusión a lo anterior, el profesor Javier Calvo Gallego menciona que es trascendental

⁵⁷⁵ Perulli, A., *Studio sul lavoro economicamente dipendente/ lavoro parasubordinato*, Commissione per l'occupazione e gli affari sociali, 2003.

⁵⁷⁶ El código civil puede consultarse en <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

⁵⁷⁷ El artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y sanciones del orden social dispone que se considera infracción grave a: “la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto de personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos, legal y reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”. Para consultar la Ley de Infracciones y sanciones del orden social diríjase a <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-15060-consolidado.pdf>

distinguir que la diferencia entre un TRADE y un falso autónomo no se encontrará establecida en la denominación que las partes den aleatoriamente al contrato, sino que el autentico criterio distintivo que se encontrará en el verdadero contenido de la prestación del individuo, es decir, su plasmación práctica es la que demostrará el contenido real del conjunto de obligaciones deducidas del contrato⁵⁷⁸.

El concepto del falso autónomo en Italia no diverge a la situación de España, pues el falso autónomo es utilizado para disfrazar las relaciones de trabajo subordinado con el fin de ahorrarse los costos económicos que conllevaría ésta, en el país el falso autónomo es conocido como la “*falsa partita IVA*”, esto es, los trabajadores estarán obligados a abrir una partita IVA – pues es un requisito para el trabajador autónomo – y trabajarán para una empresa con los requisitos fiscales de un trabajador autónomo, pero en realidad realizarán las funciones de un trabajador subordinado que trabaja para un sólo empleador. Ahora bien, recordemos que con la reformas realizadas por el *Jobs Act* se deberá poner mayor atención, pues como ya lo ha mencionado la doctrina⁵⁷⁹, a partir de la eliminación de los *co.co.pro*, una vez más el *co.co.co* será muy vulnerable a esconder un relación de trabajo subordinado, por lo mismo, a partir del 1º de enero del 2016⁵⁸⁰, y con fundamento en el artículo segundo del Decreto Legislativo número 81 se aplica la disciplina del trabajo subordinado también a las relaciones de colaboración que se concreten en una prestación de trabajo exclusivamente personal, continua, de contenido repetitivo y de las cuales el contenido de la ejecución sea organizada por el cliente también en

⁵⁷⁸ Calvo Gallego, J., Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2005, n. 81, 59 p.

⁵⁷⁹ Puede consultar a Perulli, A., *Un Jobs Act Per Il Lavoro Autonomo: Verso Una Nuova Disciplina Della Dipendenza 17 Economica?*, Wp 235/2015, 15 p.; Santoro, C., “Il Comitato Economico e Sociale Europeo si esprime sul fenomeno dell’abuso della qualifica di Lavoratore Autonomo”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2014, pag. 26; Perulli, A., “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, en Casale G., *The Employment relationship: a comparative overview*, Ginevra, ILO, pp. 137-167.

⁵⁸⁰ El Decreto Legislativo número 81, de 15 de junio de 2015, titulado “*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”, en su artículo segundo establece la reconducción: «*Riconduzione al lavoro subordinato*», *stabilisce al comma 1: «A far data dal 1º gennaio 2016 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative, di contenuto ripetitivo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*». El Decreto Legislativo número 81 es disponible en : <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-06-24&atto.codiceRedazionale=15G00095>

relación al tiempo y al lugar del trabajo. Es decir, se habla de una reconducción al trabajo subordinado para dar protección a lo que podría ser en realidad un falsa partita IVA, es decir, un falso autónomo.

5. Derechos Individuales

Sobre el tema de derechos individuales del trabajador autónomo hemos decidió sólo estudiar dos apartados específicos, el contrato y la seguridad e higiene en el trabajo. En España el trabajador autónomo puede celebrar un contrato de forma escrita o verbal, pero si éste fuera verbal, cualquiera de las partes podrá exigir la formalización del contrato por escrito en cualquier momento de la relación. El contrato podrá celebrarse para la ejecución de una obra o una serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios, con la duración que las partes establezcan, sin embargo, es importante señalar que nunca podrá existir la presunción de la duración indefinida de éste. Distinta es la situación del TRADE, pues ellos siempre deberán celebrar el contrato de forma escrita⁵⁸¹, pues, como ya lo hemos referido, éste es un requisito indispensable para el reconocimiento de su condición y de igual manera, a diferencia de los autónomos el contrato del económicamente dependiente, si no tuviese fijada la duración, se podrá presumir por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario. Respecto al contenido del mismo se deberá establecer el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal.

En Italia, como anteriormente lo hemos descrito, el contrato del trabajador autónomo es el propiamente el *contrato d'opera*, regido por el Código Civil Italiano, tiene dos versiones: la primera, los *liberi professionisti* y la segunda los *lavoratori autonomi manuali*. Este contrato debe ser por escrito y deberá contener la descripción detallada de la obra o servicio requeridos, el tiempo en que deberá entregar, etc., éste se podrá rescindir por causa justificada en cualquier momento, evitando siempre algún perjuicio para el cliente, siempre y cuando se reembolsen los gastos ya efectuados por la realización de la obra y pagando una compensación por el trabajo realizado; mientras que el contrato del trabajador

⁵⁸¹ También recordemos que según el artículo 3 de la LETA toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento.

parasubordinado no debe ser obligatoriamente escrito, sin embargo, esta formalidad se exige *ad probationem* de su existencia, pues en el supuesto de un litigio, la carga de la prueba la tendrá el cliente. El contenido del éste deberá contener los siguientes elementos: la duración, las indicaciones o el programa del proyecto de trabajo, la modalidad de pago, las indicaciones sobre las formas de la coordinación con del cliente y del trabajador (sin perjudicar su autonomía) y las indicaciones necesarias sobre la seguridad y salud del trabajador. Las partes podrán establecer en el contrato las causas de rescisión del mismo.

Por otra parte, sobre el tema de riesgos laborales y el de salud laboral en España será la administración pública quién asumirá el papel activo, pues es ella quien deberá promover una cultura de prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos. De igual forma, se instituye que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades, los trabajadores autónomos y los trabajadores de otras empresas se deberá regir por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de la Prevención de Riesgos Laborales⁵⁸², mientras que en Italia la norma aplicable para los autónomos sobre este argumento es el Decreto Legislativo número 81/2008 titulado *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*⁵⁸³, específicamente del artículo 21 al 26, en los que de forma general se establece que los trabajadores autónomos están obligados a utilizar herramientas de trabajo en perfecto estado y respetar todas la normas generales de seguridad.

6. Derechos Colectivos

En Italia los trabajadores autónomos y los trabajadores parasubordinados no son titulares de derechos colectivos, situación completamente diversa a la que se presenta en España, pues la LETA reconoce la titularidad de estos derechos a través del título III titulado “Derechos colectivos del trabajador autónomo”. Es importante señalar que la ley no realiza ninguna diferencia entre los trabajadores autónomos y los TRADE y que uno de los derechos colectivos más importantes a lo que son titulares es el derecho de afiliarse a un sindicato⁵⁸⁴ o a una asociación empresarial de su

⁵⁸² La Ley 31/1995 puede ser consultada en el siguiente enlace.: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/10/pdfs/A32590-32611.pdf>

⁵⁸³ Para consultar el Decreto dirijase a: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2008/04/30/008G0104/sg>

⁵⁸⁴ Aunque la LETA no hace ninguna señalización al tema de la afiliación a un sindicato

elección, al respecto, es importante resaltar que afiliarse no es lo mismo que crear un sindicato, pues la creación de éstos no es posible, pero en su lugar podrán crear asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos, las cuales serán asociaciones sin ánimo de lucro, cuya finalidad será la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos y éstas a su vez, podrán constituir federaciones, confederaciones o uniones. Éstas deberán inscribirse y depositar sus estatutos en el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales y Trabajadores Autónomo⁵⁸⁵ y serán regidas por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002⁵⁸⁶. En relación con los derechos colectivos es importante señalar que la LETA en el apartado 2 del artículo 3 introduce una novedad, a los Acuerdos de Interés Profesional (AIP)⁵⁸⁷, los cuales serán concertados entre las asociaciones o sindicatos que representan a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad.

7. Seguridad Social

La seguridad social de los trabajadores autónomos en Italia dependerá del tipo de trabajador, esto es, si es un trabajador autónomo o un parasubordinado, pues los requisitos, los derechos y la normativa aplicable para estas dos categorías de trabajador son diferentes⁵⁸⁸, por ejemplo, para saber cuáles son los derechos de la seguridad social de los trabajadores

se debe contemplar lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical en el que establece que para el disfrute de este derecho el trabajador no deberá tener un trabajador a su servicio. La ley puede ser leída en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-16660.

⁵⁸⁵ También podrán registrarse en el registro especial de la Comunidad Autónoma correspondiente en la que la asociación desarrolle su actividad. La comunidad autónoma será dónde el 50% de sus asociados estén domiciliados.

⁵⁸⁶ La Ley Orgánica 1/2002 puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/boe/dias/2002/03/26/pdfs/A11981-11991.pdf>

⁵⁸⁷ Los AIP son fuente del régimen profesional únicamente de los autónomos económicamente dependientes y tienen un rango superior a los contratos individuales, pues toda cláusula del contrato individual de un TRADE afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento.

⁵⁸⁸ Situación bastante criticada por la doctrina italiana, pues algunos autores, como el profesor Tiraboschi abogan por el establecimiento de un derecho del trabajo mínimo para todas las categorías de trabajadores, sin importar si se es un trabajador autónomo, parasubordinado o, incluso, subordinado, pues para ellos la realidad del mercado de trabajo italiano ha superado por mucho la diferencia entre estos tipos de trabajadores

autónomos es necesario saber si éstos entran en el grupo de libre profesionalista o en el de trabajador autónomo manual, pues cada una de estas categorías tiene distintas disposiciones y procedimientos respecto de estos derechos. Los profesionistas intelectuales inscritos a los colegios profesionales tienen la obligación de inscribirse a sus respectivas *Casse Previdenziali*⁵⁸⁹, por consiguiente, la seguridad social estará a cargo de cada una de éstas, es decir, los requisitos, cuotas, aportaciones, así como los derechos de la seguridad social (incapacidad por enfermedad, prestación por cese de actividad, permiso de maternidad y pensiones), obedecerá a lo instituido por la normativa que rige a cada *Cassa Nazionale di Previdenza*. Por otra parte, los trabajadores autónomos manuales y los trabajadores parasubordinados deberán inscribirse a la *Gestione Separata del Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, el cual es un fondo de pensiones financiado por las contribuciones de seguridad social obligatorias de los trabajadores⁵⁹⁰, al respecto es importante precisar que las prestaciones de seguridad social para cada tipo de trabajador inscrito en este fondo serán diversas y dependerán de los requisitos y características establecidos por la

⁵⁸⁹ Se puede traducir como cajas de la seguridad social o fondos autónomos y son entidades que tiene como principal actividad la recaudación y gestión de las contribuciones de la seguridad social de sus miembros. Su fundamento se encuentra en el Decreto Legislativo de 30 de junio de 1994, número 509 y el Decreto de 10 de febrero de 1996, número 103. Su fundamento se encuentra en el Decreto Legislativo del 30 de junio de 1994, número 509 (<http://www.cassaforense.it/media/1045/decreto-legislativo-30-giugno-1994-n-509.pdf>) y el Decreto del 10 de febrero de 1996, número 103 (<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1996;103>).

Entre las más importantes se encuentran: la *Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense* (<http://www.cassaforense.it/>); la *Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Dottori Commercialisti* (<http://www.cnpadc.it/>); la *Cassa Nazionale di Previdenza dei Ragionieri* (<http://www.cassaragionieri.it/cpsw/ControllerRedirect.do?fncCod=CPFurhom>) y la *Cassa Nazionale di previdenza ed assistenza a favore degli avvocati* (<http://www.cassaforense.it/>)

⁵⁹⁰ Su fundamento está en el artículo 2º, numeral 26 de la Ley 335/95 (también conocida como *Riforma Dini*). La ley puede ser consultada en: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1995-08-16&atto.codiceRedazionale=095G0382¤tPage=1>.

La inscripción a la *gestione separata*, tal y como establece el artículo segundo, numeral 26 de la Ley 335/95, es obligatoria para diversos tipos de trabajadores como lo son: los libres profesionistas de los cuales no esté prevista una *cassa previdenziale*, las *collaborazione coordinate e continuative*, las categorías de los vendedores a domicilio, los beneficiarios a una beca de estudio o de investigación, los médicos con contrato de formación de especialidad, los voluntarios del Servicio Civil Nacional, etc. Sin embargo, para el presente subcapítulo sólo son dos los tipos trabajadores los que no interesan, es decir, todos los libres profesionistas para los cuales no esté prevista una específica *cassa previdenziale* y para las formas de *collaborazione coordinata e continuative*, es decir, el trabajador parasubordinado.

legislación correspondiente y, además, por lo dispuesto por el Instituto⁵⁹¹. Distinta es la situación en España, pues la seguridad social ha sido pieza clave para el trabajo autónomo desde el año de 1966, pues la ley de seguridad social reconocía la existencia de éstos a través de un Régimen Especial para los Trabajadores Autónomos también conocido como RETA⁵⁹², régimen que en la actualidad sigue existiendo y que encuentra su fundamento en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que articula la Ley General de Seguridad Social⁵⁹³, adicionalmente a esta ley, la seguridad social de estos trabajadores está también regulada por el Decreto 2530/1970 y por el título IV de la LETA, que dedica un apartado a la protección social del trabajador autónomo. Entonces, la seguridad social del trabajador autónomo y del TRADE están reglamentadas principalmente por el RETA⁵⁹⁴, régimen que ha sufrido una reciente pero progresiva evolución⁵⁹⁵, pues al inicio la protección de este colectivo estaba limitada básicamente a las pensiones y no contaban con ningún otra cobertura (contingencias profesionales, incapacidad temporal, maternidad, etc.), sin embargo, con la publicación de la LETA la seguridad social en el país ha evolucionado⁵⁹⁶, pues la ley reconoce que

⁵⁹¹ Para mayor información se debe consultar: Gestione Separata, INPS. <https://www.inps.it/docallegati/mig/doc/pubblicazioni/miniguide/minparasubordinati.pdf>; Para consultar la ley 335/95 en el siguiente link: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1995-08-16&atto.codiceRedazionale=095G0382> y también "*Versamenti volontari per i lavoratori parasubordinati*" <https://www.inps.it/portale/default.aspx?sID=0%3B5773%3B6118%3B6145%3B6150%3B6152%3B&lastMenu=6152&iMenu=1>

⁵⁹² La Ley de Seguridad Social del 21 de abril de 1966n y nos referimos específicamente a los artículos 7 y 10.2 inciso c, donde se reconocía y ratificaba la existencia de un Régimen Especial para los Trabajadores Autónomos (RETA), el cuál se materializó mediante el Decreto 2530/1970, del 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y mediante la Orden del 24 de septiembre de 1970.

⁵⁹³ Ley en la que se estructura el Sistema de Seguridad Social en un régimen general y en varios regímenes especiales, ente los cuales se encuentran distintos el regímenes especiales y entre ellos precisamente el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos.

⁵⁹⁴ El RETA puede ser consultado en la siguiente dirección: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095318#documentoPDF

⁵⁹⁵ Valverde Asencio A., La protección social del trabajador autónomo, en Conde Viñuelas, F., *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Editorial Lex Nova, 2007, p. 243.

⁵⁹⁶ Es importante destacar que esta evolución ha seguido la esencia protectora que se le ha querido dar a este colectivo, por lo que se ha buscado equiparar la protección social de los trabajadores autónomos con la de los trabajadores por cuenta ajena, en otras palabras, se busca la convergencia entre el régimen especial del trabajador autónomo y el régimen general de seguridad social. Esta situación se presenta al querer dar cumplimiento al

este tipo de trabajadores tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de seguridad social que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, específicamente se mencionan las siguientes: asistencia sanitaria, incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente (la cual puede ser total o absoluta), jubilación, muerte y supervivencia, contingencias profesionales, cese de actividad, prestaciones familiares, asistencias social, así como servicios sociales. Al respecto, es fundamental aclarar que para el goce de cada prestación la ley establece el cumplimiento de diversos requisitos⁵⁹⁷ y también señala la posibilidad que si el trabajador realice otra actividad pueda estar encuadrado en otros regímenes de seguridad social.

Tal y como se puede observar la seguridad social de los trabajadores autónomos y la de los parasubordinados en ambos países es diferente pues en España, ambos trabajadores, el autónomo y el parasubordinado, deberán inscribirse al RETA mientras que en Italia dependerá de qué tipo de trabajador seas para saber si deberá inscribirse al colegio profesional correspondiente y posteriormente afiliarse a sus respectivas *Casse Previdenziali*, de otra manera, los trabajadores parasubordinados y los autónomos que no cuenten con un colegio profesional deberán inscribirse a la *Gestione Separata del Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, la principal diferencia se encuentra en que en España existe un solo régimen para ambos trabajadores, mientras que en Italia la protección social dependerá esencialmente del tipo de trabajador.

8. Conclusiones

Para finalizar recordemos que en España desde el 2007 los trabajadores

artículo 10.4 de la Ley General de la Seguridad Social (http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093) y a la luz de la Recomendación cuarta contenida en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto Toledo del 25 de enero de 2011, la cual señala en su punto cuarto que: “La Comisión considera necesario culminar el proceso de simplificación en orden a la existencia de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia. Dentro de este contexto sería oportuno alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes”. El Informe puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/128563.pdf>.

⁵⁹⁷ Para mayor información sobre los requisitos de cada una de las prestaciones puede consultar el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095318#documentoPDF)

autónomos y los TRADE son reglamentados por la Ley 20/2007, comúnmente llamada LETA, la cual no sólo fue una novedad para España, sino que constituyó el primer ejemplo para los ordenamientos jurídicos europeos, mientras que la situación de Italia es diferente pues este colectivo no cuenta con un único ordenamiento jurídico, sino que es regulado por diversas legislaciones. Al respecto podemos cuestionarnos ¿cuál será la manera más apropiada para regular el trabajo autónomo? la respuesta no se presenta fácil, sin embargo, la última propuesta de ley presentada en Italia para regular al trabajo autónomo – en la cual se entrega un diseño de un único estatuto –, puede ser un indicio de que el camino más adecuado es el que ha tomado el legislador español. Lo anterior, también lo podemos confirmar en la manera en que España ha establecido los elementos para identificar la dependencia económica, y por consiguiente, la forma en que reconoce al trabajador parasubordinado, ya que ha previsto en su regulación requisitos más precisos, pues en primer lugar, este tipo de trabajador deberá realizar una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales, y en segundo lugar, el contrato deberá ser siempre por escrito y ser inscrito en un registro específico, mientras que en Italia este tipo de trabajadores deberán desempeñar la colaboración de forma coordinada y continuada y, de acuerdo a las últimas reformas, no deberá contar con el requisito del proyecto específico. A nuestro parecer, los requisitos que establece la ley española para el reconocimiento de un trabajador parasubordinado son precisos, por lo que cierran las puertas a que estos trabajadores puedan situarse en la zona gris del derecho del trabajo o que puedan llegar a ser falsos autónomos.

Una última consideración que debemos concluir, es que estos dos escenarios, aunque distintos entre sí, son un importante ejemplo para los países que no cuentan con ningún marco jurídico sobre el trabajo autónomo, refiriéndonos específicamente a la región de Latinoamérica.

9. Bibliografía

Barberis F., *La ridefinizione del concetto di subordinazione in italia e in Europa*, Università degli Studi di Milano, 2014.

Berltrán De Heredia Ruiz I., “La extinción del contrato autónomo dependiente: análisis de su regulación jurídica”, *Arazandi Social*, n. 4, 2008.

- Biagi, M. y Tiraboschi, M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè editore, 2007.
- Biagi, M. y Tiraboschi, M., “Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un *tertium genus* o codificazione di uno *Statuto dei lavori*?”, *Lavoro e diritto*, n. 4, Società Editrice Il Mulino, 1999.
- Blasco Lahoz, J.F., *La reforma de la seguridad Social: El pacto Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, 1997.
- Bubola G., *Le collaborazioni coordinate e continuative e illavoro a progetto nel Jobs Act: cosa cambia?*, 2015, ADAPT. Consultese en: http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2015/03/bubola_13_03_15_slide.pdf
- Calzolaio, S., “Le casse previdenziali private sono amministrazioni pubbliche”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, vol. 16, n. 1 (marzo 2013), Società Editrice Il Mulino, 2013.
- Casale G., *The Employment relationship: a comparative overview*, Ginevra, ILO, pp. 137-167.
- Comisión Europea, *Libro Verde de la Comisión. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, noviembre de 2006.
- Conde Viñuelas, F., *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Editorial Lex Nova, 2007.
- Cruz Villalón, J., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, D.L. 1999.
- D’Antona, M., “La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia”, en Pedrazzoli, M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*, Ed. Il Mulino, Trento, 1989.
- Davidov, G. y Freedland, M., *The Subjects of Labor law: “Employees” and Other Workers*, Research Handbook In Comparative Labor Law, 2015.
- Gala Vallejo, C., *Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- Giacobbe, D., *Il lavoro autonomo: contratto d’opera*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Giubboni, S., “Il lavoro atipico nei regolamenti europei di sicurezza sociale”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4, 2013.
- Goerlich Peset, J.M., “La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente problemática y método”, *Justicia Laboral*, n. 33, 2008.
- Gómez Caballero, P., *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia, 2000.
- Ichino, P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989.

- Lyon Caen, G., *Le Travail non salariè*, editions Sirey, Paris, 1990.
- Martín Valverde, A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 83, 2009.
- Martin Valverde, A., “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitarios europeo”, en Cruz, J., (Coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Martínez Abascal, V.A., “El estatuto del trabajo autónomo: alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo”, *Revista Doctrinal*, vol. 1, n. 3, Aranzadi Social, 2008.
- Massagli, E., *I co.co.co. sono i co.co.pro. del futuro*, Bollettino ADAPT, 27 febbraio 2015.
- Monereo Pérez, J., *Los derechos de protección social de los trabajadores autónomos*, Granada, Comares, 2009.
- Novella, M., “Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce le fattispecie?”, *Lavoro e diritto*, n. 3-4, 4 (estate-autunno 2012), Società Editrice Il Mulino, 2012.
- Pavese, A., *Subordinazione, autonomia e forme atipiche di lavoro*, Padova, CEDAM, 2000.
- Pera, G., “Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 1998.
- Pérez Amoros, F., “Trabajador autónomo económicamente dependiente en el ordenamiento español una figura controvertida y contradictoria”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n. 257, 2015.
- Perulli, A., “Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia”, *Lavoro e diritto*, n. 2, 2015.
- Perulli, A., “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, en Casale, G., *The Employment relationship: a comparative overview*, Ginevra, ILO, pp. 137-167
- Perulli, A., “Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autónomo”, *Lavoro e diritto*, n. 2, 1997.
- Perulli, A., *Il lavoro a progetto, Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Perulli, A., *Il Lavoro Autonomo: Contrato d’opera e professioni intellettuali*, Giufre, 1996.
- Perulli, A., *Studio sul lavoro económicamente dependente/lavoro parasubordinato*, Parlamento Europeo, 2003.

- Perulli, A., *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 235/2015.
- Santoro, C., “Il Comitato Economico e Sociale Europeo si esprime sul fenomeno dell’abuso della qualifica di Lavoratore Autonomo”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2014, p. 26.
- Santoro-Pasarelli, G., *I Rapporti Di Collaborazione Coordinata e Continuativa. Un fattispecie in via di trasformazione?*, Jovene editore, Napoli, 2015.
- Supiot, A., “Lavoro subordinato e lavoro autónomo”, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2000.
- Tiraboschi, M., *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT Labour Studies E-Book series, n. 45, 2015.
- Tiraboschi, M., “Il lavoro etero-organizzato”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2015, Milano, Giuffrè, 2015.
- Tiraboschi, M., *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè Editore, 2012.
- Tiraboschi, M., *Teoria e ractica dei contratti di lavoro*, ADAPT Univeristy Press, 2015.
- Torollo Gonzalez, F.J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 29, 2004.
- Torollo Gonzalez, F.J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 29, 2004.
- Valdés Alonso, A., “Tipología del trabajo autónomo”, *Documentación Laboral*, n. 70, 2004.

**Panorama de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social en América Latina,
por Juan Pablo Mugnolo y
Oscar Zavala Gamboa (Coords.)
*Una reseña***

La importancia del derecho comparado ha permitido mostrar similitudes y diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos que existen a nivel internacional, así en las distintas clasificaciones doctrinales que se han hecho sobre el derecho comparado se han establecido diversas familias jurídicas como la romano-germánica y el *common law*. Los distintos sistemas jurídicos de los países en América Latina en su mayoría pertenecen a la familia romano-germánica y esto ocasiona una gran similitud en cuanto a su contexto social, político y económico que se ve reflejado en las disposiciones laborales y de seguridad social con sus semejanzas y desigualdades en la región.

Estudiar y comprender el derecho y en específico el derecho laboral desde una visión comparada ha permitido la homologación y estandarización de algunos derechos fundamentales de los trabajadores en diversos tratados de carácter internacional, tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hacen un reconocimiento expreso de ellos, mismos, que para el caso Latinoamericano son jurídicamente vinculantes en algunos países como Argentina, Colombia, México, Perú, entre otros.

El reconocimiento de un panorama general del derecho del trabajo y de la seguridad social facilita la comprensión de temas como las nuevas relaciones laborales o la flexiseguridad producto de las tendencias neoliberales en la creación del nuevo mercado laboral que día a día se va adaptando a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Como así lo afirman los coordinadores en su introducción “Las nuevas

relaciones laborales – en el ámbito individual y colectivo – han nacido y seguirán naciendo”, es importante que los estudiosos del derecho laboral cuestionen analicen estos nuevos paradigmas laborales para así dar cara a ellos, auxiliándose del derecho comparado respetando en todo momento las diferencias entre los distintos contextos sociales, políticos y económicos de cada país, pues de otro modo se estarían limitando simplemente a copiar ordenamientos jurídicos que no son acordes a las necesidades de cada país.

El libro objeto de la presente reseña, reviste una importancia adicional, dado que la Sociedad Internacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, a través de su Sección de Jóvenes Juristas en Latinoamérica, realizan un estudio en el cual se ofrece un panorama normativo en términos generales del derecho laboral y de la seguridad social de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Uruguay y Venezuela; lo que representa un esfuerzo importante y que sin lugar a dudas seguirá dejando buenos resultados.

El libro se aborda por cada uno de los países mencionados, basándose principalmente en 5 ejes temáticos: las relaciones individuales de trabajo, las relaciones colectivas de trabajo, el derecho procesal laboral, la seguridad social y una descripción jurisprudencial.

Se observa que los temas generales van siguiendo una secuencia armónica y ordenada, en la que cada uno de los coordinadores de los países participantes de este esfuerzo colectivo, realizan una breve introducción sobre el contexto social, político y económico de su país, para ir abordando uno a uno los temas de actualidad en el derecho del trabajo y la seguridad social.

Distinguimos que cada país dentro de su contexto social, político y económico, ha tenido cambios de fondo en sus concepciones del derecho del trabajo, pues esta área de estudio se mantiene dinámica debido a la gran influencia que tiene la globalización económica en ella. Las sociedades y sus cambios cada vez exigen un mayor respeto y reconocimiento a los derechos humanos, y así lo ha expresado México con la reforma constitucional del 2011, mediante la cual se incorporó a la constitución el control de convencionalidad y el principio *pro persona*, reconociendo el carácter vinculante de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México forma parte.

Un factor común que se observa en los países latinoamericanos son los cambios estructurales en las primeras décadas de este milenio, cuyos cambios han modificado los contextos sociales, económicos y políticos de cada país y han determinado su derecho laboral. En cuanto a cambios interesantes que se mencionan en el libro, cabe resaltar la transición

democrática y la reforma laboral de 2012 de México; el fortalecimiento del marco normativo en materia laboral y su política de reindustrialización nacional de Argentina tendientes a la revitalización de su mercado interno tan debilitado por las políticas económicas implementadas en el auge del neoliberalismo; los cambios que ha traído la llegada de la izquierda al poder; y el relanzamiento del derecho del trabajo en Uruguay, o el caso especial de Venezuela que ha tenido una transformación sustancial en su derecho del trabajo y en la misma seguridad social, lo anterior relacionado íntimamente con la ideología de la “revolución bolivariana”, que comenzó con el ex presidente Hugo Chávez.

Una de las similitudes en cuanto al modelo garantista de las relaciones laborales se comienza a distinguir en la intervención real de las autoridades laborales, como en el caso de Uruguay a través del Ministerio del Trabajo; Perú con una fiscalización por parte de los inspectores del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo; el caso de Argentina con la implementación de políticas de fortalecimiento y creación del empleo, o el caso de Venezuela con leyes de inamovilidad en el empleo.

En contraste con lo anterior se advierte que en México atendiendo a las realidades y en un intento por adaptarse a la modernidad y a las distintas formas de relaciones laborales se han debilitado los derechos laborales, aceptando figuras jurídicas como los períodos a prueba o la subcontratación. Así mismo, se observa en el caso chileno el gran número de subcontratación que existe en el país. En este tenor, el discurso ha sido que con las recientes reformas laborales se ha intentado regular relaciones laborales que de facto se daban; países como Perú han sancionado casos de subcontratación cuando de ello ha resultado un desplazamiento de trabajadores, Venezuela por su parte rechaza y por lo tanto prohíbe la tercerización a través de un catálogo de casos.

En cuanto a la seguridad social se advierte un común denominador y éste es la búsqueda de la universalización del sistema de salud y que ya no únicamente sea para los trabajadores. Es evidente que en los distintos países de la región la seguridad social es diferente y presenta distintos matices, por ejemplo en Argentina se ha aumentado el gasto público en el fortalecimiento de la seguridad social demostrando un avance cuantitativo en el tema. En el caso de Chile su derecho de la seguridad social, como lo mencionan los autores, pese a sus avances sigue determinado por los ejes establecidos en su dictadura.

La tendencia del derecho procesal del trabajo y la procuración de justicia laboral en América Latina han tenido notables progresos y se encamina hacia la implementación de la oralidad con la intención de que los procedimientos disminuyan el tiempo de resolución de los conflictos

laborales.

El derecho colectivo, en los distintos países muestra diferentes matices, por ejemplo; en Argentina se ha implementado una tendencia sostenida de reposicionamiento de las organizaciones sindicales; en Chile muy pocas empresas cuentan con sindicatos (como lo mencionan los autores tan sólo el 10%); el caso uruguayo advierte semejanzas con el modelo mexicano en cuanto a los contratos colectivos de trabajo y la tutela de la libertad sindical; Venezuela cuenta con un control de esquemas de negociación colectiva que le dan cierta peculiaridad; y en Perú a través del arbitraje, principalmente en el sector privado, han logrado significativos avances.

En conclusión el presente libro se torna de especial interés dado su carácter general y estructurado, los temas que en él son abordados permiten realizar un análisis comparativo sobre las diferencias y semejanzas entre las distintas normas laborales de los países estudiados en los temas de relaciones individuales y colectivas de trabajo, seguridad social, derecho procesal laboral y distintas jurisprudencias.

Carlos Eduardo Delgado Rivera*
Miguel Ángel Pastrana González**

* Egresado de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

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